|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420150028400** |
| DEMANDANTE | **JAIME ALBARRACIN DAZA** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **REPARACION DIRECTA** iniciado por **JAIME ALBARRACIN DAZA** en nombre propio en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **LA DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**

*“PRIMERA: Se declare que la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, es administrativamente responsable por las graves lesiones y daños sufridos por el señor JAIME ALBARRACIN DAZA, con ocasión a una bacteria adquirida por el retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, el cual requería con urgencia y se encontraba debidamente ordenado.*

***SEGUNDA:*** *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, a indemnizar los perjuicios a mi poderdante, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, por concepto de perjuicios morales, materiales, fisiológicos y de vida de relación, las siguientes sumas de dinero:*

***1.) PERJUICIOS MORALES:***

*100 smlmv a favor de la víctima el SEÑOR JAIME ALBARRACIN DAZA, a razón de $644.350 mensuales*

*$64.435.000*

*Los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales, o bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico.*

*La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.*

*Estos perjuicios morales o subjetivos que se reclaman corresponden a la aflicción o quebrantamiento moral padecidos por la víctima y sus familiares, consecuencia del daño infringido, los cuales son ciertos y reales, y que, según la doctrina y la jurisprudencia, se presumen o infieren, dada la relación vinculante entre el actor y el daño ocasionado. Su intensidad resulta difícil o imposible de calcular, sin embargo, su existencia no se cuestiona y así lo reconocen las legislaciones modernas.*

***2.) PERJUICIOS MATERIALES:***

***2.1 Lucro cesante presente consolidado, equivalente a:***

*La suma de CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS ($178.274.000) estimativo razonado que a la presentación de esta demanda, corresponde a la aplicación de:*

*(1 + i)n - 1*

*S = Ra x - -*

*i*

*En donde:*

*S = Es la indemnización a obtener:*

*Ra = Es la base de liquidación, que para el caso que nos ocupa, corresponde al salario devengado por mi poderdante ($1.887.912), más un incremento del 25% por factor prestacional toda vez que su reconocimiento opera en adición por disposición de la ley, lo cual arroja un monto de ($2.359.890), por el 79.86% de la discapacidad padecida, conforme al ACTA DEL TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA No 4132 (2), dejando como resultado la suma total de $1.884.608, como base a liquidar.*

*i = Interés puro o técnico, 0.004867*

*n = Número de meses que comprende el periodo indemnizable, que para el presente caso serán 78 meses, tiempo transcurrido desde el momento de ser retirado de la institución por INVALIDEZ, hasta la presentación de esta demanda.*

***2.2. Por Lucro cesante futuro:***

*La gravedad de las lesiones que presenta mi prohijado, han ido en aumento progresivo, con la consecuencia de encontrarse cada vez más discapacitado, y desde luego, privado del disfrute cabal de su calidad de vida anterior, recibiendo, por lo tanto, perjuicios de orden moral, material, fisiológicos y de vida de relación que, también han afectado de manera indirecta a los miembros de su familia.*

*Ahora, teniendo en cuenta la disminución de la capacidad laboral de mi mandante, el SEÑOR JAIME ALBARRACIN DAZA, correspondió al 79.86%, como se indicó anteriormente, resulta de manifiesto cuanto ha sido la intensidad del daño, aún más si tenemos en cuenta que la gravedad de las lesiones que presenta han ido en aumento progresivo, con la consecuencia de encontrarse cada vez más discapacitado y con menos posibilidades de acceso al campo laboral y, desde luego, privado del disfrute cabal de su calidad de vida anterior, recibiendo, por lo tanto, perjuicios de orden moral, material, fisiológicos y de vida de relación que, también han afectado de manera indirecta a los miembros de su familia. Significa, en términos financieros y de supervivencia, conforme a las tablas de mortalidad, expedidas por las SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, que los hombres de 45 años, como es el caso de mi poderdante, mantienen una expectativa de vida de 34.40 años más, es decir, el monto del perjuicio por lucro cesante se estima en el nivel de TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y OCHO MIL PESOS ($335.038.000), conforme a la aplicación de:*

*(i + on*

*S = Ra x*

*i (i + 0n*

*En donde:*

*S = Es la indemnización a obtener:*

*Ra = Es la base de liquidación, que para el caso que nos ocupa, corresponde al salario devengado por mi poderdante ($1.887.912), más un incremento del 25% por factor prestacional toda vez que su reconocimiento opera en adición por disposición de la ley, lo cual arroja un monto de ($2.359.890), por el 79.86%, dejando como resultado la suma de $387.702, como base a liquidar.*

*i = Interés puro o técnico, 0.004867*

*n = Número de meses que comprende el periodo indemnizable, que para el presente caso serán 412.8 meses como expectativa de vida conforme a los estipulado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.*

***3.) DAÑOS A LA SALUD****.*

*Jurisprudencialmente, este tipo de perjuicios autónomo que contemplan, las diferentes afecciones corporales o psicofísicas relativas a los componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano, ahora, nuestro H. Consejo de Estado manifestó: "En los casos de daño a la salud, la Sala estableció que no se puede limitar su reconocimiento y liquidación al porcentaje certificado de incapacidad, sino que se deben considerarse las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, como por ejemplo los casos estéticos o lesiones a la función sexual, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad."*

*Dentro de la calidad de daños a la salud encontramos:*

***3.1 PERJUICIOS DE VIDA DE RELACIÓN***

*100 smmlv a favor de la víctima el SEÑOR JAIME ALBARRACIN DAZA, a razón de $644.350 mensuales*

*$64.435.000*

*Para la Corte Suprema de Justicia este perjuicio está contenido en el "...daño a la vida en relación que se traduce en afecciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente alrededor de su ACTIVIDAD SOCIAL NO PATRIMONIAL" (...)*

*De esta manera, la Corte afirma que el daño a la vida de relación es un derecho a la persona, el cual debe ser reconocido por el ordenamiento. Sobre el tema la Corte hace referencia a aspectos determinantes como su distinción del daño moral, al afirmar que "a diferencia del daño moral que corresponde a la órbita subjetiva, intima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afección a la esfera exterior de la persona que puede verse alterada en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó "actividad social no patrimonial."*

*En síntesis el daño a la vida en relación es un daño autónomo, que se refleja en la vida social de una persona, lo cual no excluye la posibilidad de Que sean reconocidos otro tipo de perjuicios.*

*De esta manera, y acudiendo al desarrollo existente, la Corte Suprema advierte la importancia de esta figura al amparar su reconocimiento, el cual se debe dar acudiendo a los principios de equidad y de justicia que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.*

*La vida de relación que en este caso se subraya como perjuicio causado a mi mandante, resulta evidente, por cuanto que las lesiones no solamente perjudica de alguna forma, el desenvolvimiento de la vida externa del afectado dentro de lo que constituye su discapacidad médico laboral y demás condiciones o circunstancias de tipo social y recreativas, que lo privan de ciertas satisfacciones, sino que también tal situación afecta indirectamente a sus familiares.*

***3.2 PERJUICIOS FISIOLÓGICOS***

*100 smmlv a favor de la víctima el SEÑOR JAIME ALBARRACIN DAZA, a razón de $644.350 mensuales$64.435.000*

*Este perjuicio fisiológico causado a mi mandante como bien se entiende, apunta directamente a la alteración negativa en las funciones vitales orgánicas que fueron afectadas por las lesiones recibidas y que de alguna manera han modificado su calidad de vida orgánica y fisiológica, que, como quedó explicado antes difiere de los perjuicios externos o que se identifican como aquellos que afectan la vida de relación.*

***TERCERA****. Que como consecuencia de la condena en abstracto que eventualmente haya de proferirse, según las circunstancias probatorias del proceso, se disponga dar cumplimiento a lo preceptuado por los artículos 193 del CPACA y, 283 y 284 del Código General del Proceso.*

***CUARTA****. La condena respectiva será actualizada aplicando los ajustes del IPC, de conformidad con lo previsto en el art. 187 del CPACA (Ley 1437 de 2011).*

***QUINTA****. Se reconozcan los intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta su pago, conforme a lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.*

***SEXTA.*** *La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, en los términos del art. 192 y siguientes del CPACA (Ley 1437 de 2011).*

***SEPTIMA.*** *Que para los efectos y cumplimiento de esta sentencia se me reconozca personería jurídica y la entidad demandada dé cumplimiento a lo establecido por la ley, suministrando "Nombre, documento de identificación, número de tarjeta profesional y datos de dirección y teléfono" del suscrito apoderado, a la Subsecretaría Jurídica del EJÉRCITO NACIONAL o a la autoridad que para el momento de producirse la sentencia haga sus veces.*

***OCTAVA.*** *Disponer igualmente que por secretaría de ese Despacho Judicial, se expida al suscrito apoderado FOTOCOPIA AUTENTICA DE LA SENTENCIA, CON CERTIFICACIÓN DE SU FECHA DE EJECUTORIA, SER PRIMERA COPIA Y PRESTAR MERITO EJECUTIVO, COMO DEL PODER CONFERIDO INFORMANDO QUE AUN SE ENCUENTRA VIGENTE, EN UN TÉRMINO MÁXIMO DE 15 DÍAS QUE PERMITA LA OPORTUNA PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO ANTE LA ENTIDAD DEMANDADA QUE EN EL EVENTO DE SER CONDENADA CORRESPONDA, DADO EL ESTRECHO TÉRMINO QUE PARA ELLO DETERMINA ACTUALMENTE LA LEY Y EVITAR PERJUICIOS ECONÓMICOS A MIS MANDANTES…”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El señor JAIME ALBARRACIN DAZA perteneció a la institución - EJÉRCITO NACIONAL-; ingresó en el año 1999 en calidad de soldado regular y luego se vinculó como soldado voluntario. Durante su permanencia en la institución, demostró su compromiso y dedicación, logrando ascensos continuos; en el año 2008, cuando ostentaba la calidad de Sargento Segundo, fue retirado de las filas por INVALIDEZ.
       2. Encontrándose en el servicio, en el año 2004, sufrió un accidente de tránsito que le causó politraumatismos con fracturas múltiples en el fémur, la tibia y la cadera, requiriendo, con urgencia valoraciones, tratamientos e intervenciones, conforme a las patologías padecidas.
       3. El día 28 de abril de 2009, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional realizó Junta Médico Laboral No 30882; inconforme con el resultado, acudió al Tribunal Médico Laboral, quienes concluyeron:

"NEUMONIA SEVERA VALORADA Y TRATADA POR NEUROLOGÍA DE EVOLUCION SATISFACTORIA ACTUALMENTE ASINTOMATICO. 2) SACRALIZACION L5-S1 ASOCIADO A LISTESIS L4-L5 GRADO I VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA QUE DEJA COMO SECUELA: A) LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA SIN RADICULOPATÍA.3) PRESBICIA ASOCIADO A LEUCOMA PERIFERICO OD VALORADO Y TRATADO POR OFTALMOLOGÍA CON AGUDEZA VISUL OD 20/25 QUE CORRIGE CON MEDIOS OPTICOS ODI 20/20. -4) GASTRITIS CRONICA VALORADA Y TRATADA POR GASTROENTEROLOGÍA CON MEDIDAS DIETARIAS- 5) ENFERMEDAD POR REFLUJO GASTROESOFAGICO VALORADO Y TRATADO POR GASTROENTEROLOGÍA CON MEDIDAS DIETARIAS.- 6) TINA PEDIS VALORADA Y TRATADA POR DERMATOLOGÍA CON ANTIBIOTICOS.- 7) NEVUS MELANOCITO VALORADO Y TRATADO POR DERMATOLOGÍA CON OBSERVACION."

Conforme a lo anterior, el Tribunal Médico Laboral, determinó que padecía de una INVALIDEZ y una pérdida de capacidad laboral del 78.6%.

* + - 1. Conforme a todas las patologías, su estado de salud se veía notablemente desmejorado; sin embargo, las consecuencias de los múltiples retardos en los tratamientos y procedimientos, solo fueron conocidos por al actor hasta el 18 de diciembre de 2012, cuando, un galeno, le explicó de manera clara y entendible, que padecía de una bacteria que se encuentra en movimiento y que está afectando seriamente a otros órganos.
      2. Actualmente el actor sigue luchando contra dicha bacteria y con la difícil situación médica, pues la misma continúa causando daños permanentes; a la fecha, no solo presenta un acortamiento en un miembro inferior que dificulta su movilidad, sino que también presenta problemas renales, según lo manifestado por los especialistas, producto de la bacteria adquirida.
      3. Como si lo anterior no fuese suficiente, también se ha visto afectado psicológicamente, su expectativa de ascenso dentro de la institución es ahora una frustración que se suma a las que se generan por el hecho de sentirte enfermo y ser una carga para todo su núcleo familiar.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** 
     1. La apoderada de la demandada **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** se opuso a toda y cada una de las pretensiones consignadas en la demanda, pues su representada no puede ser declarada responsable administrativamente, ya que no se vislumbra responsabilidad patrimonial alguna por un daño que si bien es tangible materialmente, no puede ser imputable bajo ninguna circunstancia a la entidad accionada.

Lo anterior por cuanto para el presente caso opera el fenómeno de la CADUCIDAD y ha imperado la EXISTENCIA DE CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, como lo es la CAUSA EXTRAÑA Y El HECHO DE LA VÍCTIMA y el DEBER DE MITIGAR EL DAÑO que en nada toca la esfera de responsabilidad de la Administración, pues ninguna actuación suya, positiva o negativa por acción u omisión, ha generado un daño antijurídico.

Propuso las siguientes **excepciones**:

|  |  |
| --- | --- |
| **INDEBIDO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD** | En el presente medio de control habrá de estudiarse entre otros el Decreto 1716 de 2990 que reza en su artículo 3:  "Suspensión del Término de Caducidad de la Acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta: a) Que se logre el acuerdo conciliatorio o; b) Se expide las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001 o; c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero" (subrayado fuera de texto)  Para el caso objeto de estudio, hay dos circunstancias que han de analizarse, primero, se observa que la solicitud de conciliación fue radicada por el apoderado de la parte actora el día 18 de diciembre de 2014, es decir que acorde a lo anterior la procuraduría debía realizar audiencia antes del 18 marzo de 2015; como en efecto se hizo, pues tal como consta en el Acta No. 444217 la audiencia de conciliación declarada fallida y se llevó acabo el 16 de marzo de 2015. Segundo, se entiende que el demandante debió radicar la demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo el mismo 16 de marzo o en su defecto el 17 de marzo de 2015, no el 12 de marzo de la misma anualidad tal como lo muestra la hoja de consulta de procesos de la Rama Judicial (radicación y reparto).  Una vez anotadas estas circunstancias se encuentra lo siguiente, el demandante interrumpió la caducidad, y se encontraba en término hasta el 17 de marzo de 2015 para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo, el mismo, no agoto el requisito de procedibilidad en debida forma, pues para que este se materialice, no basta con la sola presentación ante el Ministerio Publico de la solicitud de conciliación, sino que dicho trámite deberá ser suscrito y avalado por el Procurador asignado por reparto para conocer dicha solicitud a través de un acta, dentro de la cual se determinen las razones por las cuales se llegó a un acuerdo conciliatorio o las razones por las cuales no la Entidad Convocada no decidió conciliar.  Dicho requisito se considerará agotado de conformidad con el artículo artículo 21 de la Ley 640 de 2001, Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.  Luego, para el momento en que el Señor JAIME ALBARRACIN, presentó la demanda que por reparto correspondió a su despacho, no había agotado el requisito de procedibilidad, pues como se ha reiterado solo hasta el día 16 de marzo de 2015 se llevó a cabo audiencia de conciliación y se expidió constancias de agotamiento de ya mencionado requisito.  Así las cosas, para el presente caso hay una ausencia de acreditación del requisito de procedibilidad, y por tanto la misma debía dar lugar al rechazo de plano a la demanda, conforme a los términos previstos en el artículo 36 ibídem.  ARTICULO 36. "Rechazo de la demanda. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda".  En el mismo sentido, el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, impone al **demandante antes de acudir a la jurisdicción, el agotamiento del trámite de la conciliación cuando en la demanda se formulen pretensiones de reparación directa:**  Artículo 161. "Requisitos previos paro demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:  Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida." (Negrita y subraya fuera de texto)  Descendiendo al caso concreto, se solicita al Despacho tener en cuenta esta excepción, pues como se observa dentro del plenario el demandante, de manera abusiva, pasando por alto el debido proceso, desistió de la conciliación como requisito de procedibilidad, requisito indispensable para acudir ante las jurisdicción Contencioso Administrativa tal como lo que preceptúa el artículo 35 de la ley 640 de 2001, ARTÍCULO 35. "Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas". |
| **CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.** | Sea lo primero aclarar al despacho que para este caso, el demandante dentro del escrito de demanda señala como fecha del hecho dañino el día 18 de diciembre de 2012, y así consta dentro del escrito de la demanda, acápite de hechos 111.4 "conforme a todas las patologías antes reseñadas, padecidas por mi poderdante, su estado de salud, se veía notablemente desmejorado; sin embargo las consecuencias de los múltiples retardos en los tratamientos y procedimientos, solo fueron conocidas por mi poderdante, hasta el 18 de diciembre de 2012, cuando un galeno, le explico de manera clara y entendible que padecía de una bacteria que se encuentra en movimiento y que está afectando seriamente los órganos"  Para lo anterior, esta defensa se permite hacer las siguientes precisiones:  1. Dentro del material probatorio, historia clínica, reposa resultado de microbiología de fecha 7 de abril de 2004, dentro del cual se señala: "cultivo secreciones varias  Cultivo se secreción fracturo de tibia: Sthapilococus ureus.  2. Historia clínica ,Hospital Militar Central, ANTECEDENTES:  16/05/2007 Osteomielitis Crónica Tibia Izquierda  Farmacológicos: BENCETAZIL  NACISTEINA.  3. A su vez reposa, Historia Clínica, Hospital Militar central, Consulta externa, fecha 24 de agosto de 2009, "paciente con antecedente de Fx. De tibia izquierda hace 4 años y ostomielittis crónica (…)".  4. Entonces, ha de entenderse que, el demandante, si tuvo conocimiento de la patología padecida por este desde el 7 de abril de 2004, fecha para la cual se le diagnóstico Sthapilococus ureus, bacteria anaerobia facultativa que produce enfermedades como la ostomielittis, patología que padecía el demandante y de la cual tenía conocimiento desde el 24 de agosto de 2009.  Teniendo claro lo anterior, se entra analizar la caducidad del medio de control de reparación directa, para el caso de marras así:  La figura de la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos, lo anterior, toda vez que dichos plazos constituyen una garantía para la seguridad jurídica y el interés general siendo esta figura la que representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado.  El numeral 2, literal i del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, establece el término para presentar la demanda bajo el medio de control de reparación directa, en los siguientes términos:  "i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia..." (Resaltado fuera de texto)  Luego, se aprecia que el apoderado de la parte actora pretende reclamar unos daños, derivados de los múltiples retardos en los tratamientos y procedimiento que requería el Señor Jaime Albarracín, los cuales solo fueron conocidas por mi poderdante, hasta el 18 de diciembre de 2012, cuando un galeno, le explico de manera clara y entendible que padecía de una bacteria que se encuentra en movimiento y que está afectando seriamente los órganos, para lo cual, se tiene que el término para interponerse la demanda de reparación directa, conforme a la materialización de daño expuesta por el demandante VENCÍA el 19 de diciembre de 2014; ahora bien para este caso se deben hacer varias precisiones, las cuales deberán tenerse en consideración con los supuestos de hecho probados y expuestos por esta defensa en párrafos anteriores:  1. Sí el demandante tuvo conocimiento de la patología padecida desde el 7 de abril de 2004, fecha para la cual se le diagnóstico Sthapilococus ureus, bacteria anaerobia facultativa que produce enfermedades como la ostomielittis, patología que padecía el demandante y de la cual tenía conocimiento desde el 24 de agosto de 2009, tal como consta en la historia clínica allegada al plenario, se entiende que la demanda de reparación directa VENCÍA el 8 de abril de 2006, o, el 25 de agosto de 2012, luego si la solicitud de conciliación se presentó el 18 de diciembre de 2014, se tiene que para el presente caso opera la caducidad de la acción.  Luego se tiene que la parte actora presento solicitud de conciliación prejudicial el casi 24 a 48 meses después del vencimiento del término establecido legalmente para acceder a la administración, así las cosas y teniendo en cuenta lo previamente indicado, le solicito señor Juez que SE DECLARE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD del presente medio de control, toda vez que no se puede pretender debatir ad infinitum los hechos por los cuales resulto aparentemente lesionado el Señor JAIME ALBARRACIN.  2. De ser cierta la manifestación hecha por el actor, en lo referente a que solo tuvo conocimiento de la patología que padecía hasta el 18 de diciembre de 2014, se entiende que el termino para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa VENCÍA el 19 de diciembre de 2014; situación que en efecto se dio pues la parte actora presento solicitud de conciliación prejudicial el día 18 de diciembre de 2014, - en termino- sin embargo antes de agotar en debida forma el requisito de procedibilidad, presento demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa el 12 de mayo de 2015, fecha para la cual aún no se encontraba habilitada para acceder ante esta jurisdicción, pues la constancia expedida por la Procuraduría 142 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual da cuenta de haber agotado el requisito de procedibilidad se expidió solo hasta ello de marzo de 2016.  Con lo anterior se le hace saber al despacho, que si bien el actor interrumpió la caducidad de la acción, este en un acto imprudente y ventajoso no agoto el requisito de procedibilidad en debida forma, por lo que la demanda debió en su momento ser rechazada plano por el despacho. Así pues para la fecha, la presente acción, se encuentra caducada.  Veamos la realidad táctica en este caso:  Termino para caducidad 2 años  Hecho Dañino con diagnóstico del 07-04-2004  Hecho Dañino con diagnóstico del 29-08-2009  Hecho Dañino con diagnóstico del 18-12-2012  Radicación de solicitud 18-12-2014  Fecha de Audiencia Prejudicial 16-03-2015  Radicación Demanda 12-03-2015  Se recalca nuevamente al despacho que, no podrá de ninguna manera omitir la falta de requisitos para previos para demandar, pues se estaría vulnerando el derecho al debido proceso, así las cosas y teniendo en cuenta lo previamente indicado, le solicito señor Juez que SE DECLARE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD del presente medio de control, toda vez que no se puede pretender debatir ad infinitum los hechos por los cuales resulto aparentemente lesionado el Señor JAIME ALBARRACIN, en la medida de que el término de caducidad está estructurado para darle certeza al ordenamiento jurídico y no para que las partes la interpreten libremente y ejerzan la acción en cualquier tiempo, reitero en nuestro caso tenía dos años los cuales ya fenecieron.    Al respecto el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 24 de marzo de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado: 20836 ha manifestado:  "En relación con la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, establece lo siguiente: (...) en ese contexto, la Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el termino de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión, a la operación administrativa fuente o causa del perjuicio. De otro lado, es posible que, en especificas ocasiones, el daño se prolongue en el tiempo, con posterioridad al momento de acaecimiento de los hechos dañosos que sirven de fundamento de la acción, sin embargo, lo cierto es que ello no puede significar que el termino de caducidad se postergue de manera indefinida, por cuanto la norma no consagra dicho supuesto. Es decir, la disposición no establece que el cómputo de la caducidad empieza a correr en el momento en que el daño se concreta por completo, sino que por el contrario determina que el mismo debe empezar a partir del día siguiente al hecho que le sirve de basamento a la pretensión, esto es, la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquel con las secuelas o efectos del mismo. Cosa distinta es que la parte demandante solo haya tenido conocimiento del daño tiempo después de la ocurrencia del hecho, omisión u operación, pues en tales eventos, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (artículo 228 CP.), el conteo debe iniciarse a partir de la fecha en que la persona- o personas- tuvieron conocimiento del daño: una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental; así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o  se pone de manifiesto" (subrayado fuera de texto).  Por todo lo anteriormente señalado, solicito se declare probada la excepción de caducidad de la acción y como consecuencia de ello se dé por terminado el presente proceso. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** reiteró *“los hechos que originan este medio de control, se concretan y materializan en los daños y lesiones causadas a mi poderdante, derivados de una bacteria adquirida cuando se encontraba en* ***TRATAMIENTO MÉDICO,*** *y de la cual, solo tuvo conocimiento el* ***18 de diciembre de 2012,*** *pero que aún continúa generando y agravando los daños ocasionados, ubicando así a mi mandante, frente a un riesgo que* ***excede los propios del servicio,*** *configurando entonces la* ***Falla del Servicio,*** *como fuente de Responsabilidad de Estado.*

*Es indiscutible que los hechos, materia de la demanda, tal como se desarrollaron, obedecieron a una conducta a todas luces irregular y contraria a derecho que provocaron sobre la humanidad de mi mandante un daño de significativa y conmovedora magnitud, que por mandato expreso del artículo* ***90 de la C.N,*** *debe ser reparado por la entidad demandada.*

*La estructuración de esta fuente de responsabilidad está dada por tres elementos axiológícos:*

1. *La presencia de la* ***FALLA DEL SERVICIO.***
2. *Un* ***DAÑO ANTIJURÍDICO.***
3. *Una* ***RELACIÓN CAUSAL ENTRE EL PRIMERO Y EL SEGUNDO.-***

*Como se puede apreciar y lo dice el informativo, la lesión recibida por mi procurado, se originó en actividad del servicio y se demuestra objetivamente como* ***FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA,*** *la cual compromete al Estado, bajo el epígrafe del* ***DAÑO ESPECIAL,*** *desde cuya perspectiva se colige el origen y surgimiento de las secuelas sobrevinientes y recaídas por causa de los irregulares y demorados tratamientos a que ha venido siendo sometido, incluidas algunas intervenciones quirúrgicas en los Centros de Salud adscritos al Ejército Nacional, en desarrollo de los cuales fue impactado por una bacteria ínterhospitalaria que ha hecho resistencia en su organismo, causándole de manera paulatina y grave, lesiones a su integridad física, como sus condiciones mentales. De ahí que resulte importante traerlo como referencia, en el resumen que a continuación se reseña:*

*"INFORME ADMINISTRATIVO No. 030 DEL 14/03/1998. LITERAL B. LUGAR Y FECHA DE LOS HECHOS: NUEVO ANTIOQUIA DEL 14/03/1998. HECHOS: SE ENCONTRABA REALIZANDO UN REGISTRO CON SU ESCUADRA EN AREA GENERAL DEL SECTOR DE NUEVO ANTIOQUIA, SUFRIO UNA CAIDA DESDE SU PROPIA ALTURA, CAYENDO DE FORMA BRUSCA SOBRE SU MIEMBRO INFERIOR DERECHO, ACCIDENTE QUE LE PRODUJO LESION EN EL MENISCO LATERAL EXTERNO Y TRAUMA CONTUNDENTE QUE LE OCASIONO RUPTURA TRAUMATICA, FUE EVALUADO INICIALMENTE EN EL DISPENSARIO DE LA DECIMA SEPTIMA BRIGADA, SE REMITIO POSTERIORMENTE AL HOSPITAL MILITAR CENTRAL DONDE SE LE PRACTICO MENISEOPLASTIA, DEL CUAL EVOLUCIONO SATISFACTORIAMENTE CON PORTERIORIDAD SE ESTABLECERA SI QUEDAN SECUELAS".*

*Esta tipología la concibe el Consejo de Estado, con la reiteración y concurrencia de esos elementos, en desarrollo de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, denominada* ***FALLA DEL SERVICIO;*** *los recoge en sus distintos pronunciamientos jurisprudenciales, con clara interpretación del artículo* ***90 de la Carta,*** *donde perentoriamente establece que* ***"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".***

*Así y siguiendo los parámetros del ordenamiento jurídico, la relación de causalidad exigible para que se dé o configure tal responsabilidad y cuya conexión sugerida es que esté configurada por el hecho constitutivo de la FALLA DEL SERVICIO Y EL DAÑO, es incuestionable que en el presente caso existe tal configuración, lo que permite afirmar categóricamente que la entidad oficial está incursa de dicha responsabilidad y que, por lo mismo, debe indemnizar de manera integral a mi mandante por los perjuicios causados, al tenor de lo establecido por aquella norma constitucional y sus normas reglamentarias”*

* + 1. La apoderada de la parte demandada **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** manifestó que *“… con el material probatorio obrante en el plenario, y conforme a la fijación del Litigio hecha por el despacho, esta defensa se permite manifestar que, quedo plenamente probado que no le asiste responsabilidad al Ejército Nacional, por las siguientes razones:*

*El 22 de febrero de 2004 el Señor JAIME ALBARRACIN DAZA, sufrió lesión de cadera y tibia del miembro inferior izquierdo, lesión por la que fue inmediatamente remitido al HOSPITAL REGIONAL DE VILLAVICENCIO, tal como consta dentro del informe administrativo por lesiones No. 0014 que obra dentro del expediente prestacional por indemnización No. 94026 a folio 33; sobre este hecho, es importante precisar que la atención médica inicial no fue dada por Sanidad Militar.*

*Con la historia clínica allegada al libelo de la demanda, por el HOSPITAL MILITAR, se evidencia lo siguiente:*

*- Fecha de ingreso 06 de octubre de 2008 10:44 DIAGNÓSTICOS*

*OBJETIVO: paciente quien en el 22/02/2004 sufre accidente de tránsito como conductor de motocicleta. Al ser arrollado por un vehículo sufriendo FX fémur izquierdo FX tibia peroné izquierdo, trauma encefálico no sabe severidad, SE ATIENDE EN HOSPITAL MILITAR DE VILLAVICENCIO DONDE REALIZAN MANEJO CON OSTEOSÍNTESIS1 RX FÉMUR FX UNIÓN TERCIO MEDIO DISTAL SE COLOCA PLACA LCP BLOQUEADA, CONDROLISIS DE CABEZA FEAAORIAL, RX TIBIA FX TIBIA SHATZKER VI SE MANEJA CON DOBLE PLACA LCP EN T. OSTEOMIELITIS CRÓNICA DE TIBIA IZQUIERDA QUE INICIA AL MES DE SER OPERADO SE REALIZAN VARIOS LAVADOS SE RETIRA MATERIAL DE OSTEOSÍNTESIS DE TIBIA 2006. POSTERIOR A ESTO CON VARIOS EPISODIOS DE SECRECIÓN EN PIERNA IZQUIERDA.*

*Al anterior diagnóstico existe dentro del acervo resultado de microbiología con fecha, del 7 de abril de 2004, dentro del cual se señala:*

*"cultivo secreciones varias*

*Cultivo se secreción fracturo de tibia:*

*Sthapilococus ureus.*

*A su vez se encuentra los siguientes registros médicos:*

*- Nov 15 de 2006 INFECTOLOGÍA: (...) paciente con que en febrero de 2004 sufre accidente de tránsito, al ser atropellado por vehículo fantasma, sufre FX fémur izquierdo, manejado con osteosíntesis FX tibia izquierda manejada con osteosíntesis.*

* *16/05/2007 Osteomielitis Crónica Tibia Izquierda*

*Farmacológicos: BENCETAZIL*

*NACISTEINA*

*Transcrito lo anterior, se logra probar lo siguiente:*

***1.*** *Que una vez el Señor JAIME ALBARRACÍN sufre la lesión el 22 de febrero de 2004 es atendido por el HOSPITAL MILITAR DE VILLAVICENCIO, y no por la unidades médicas - DISPENSARIOS DE SANIDAD MILITAR; de igual manera, con los apartes de la historia clínica antes transcritos y con la lectura de la misma, se encuentra, que ninguna de las patologías que presentaba el actor, fueron atendidas por las unidades médicas del Ejército Nacional.*

*Acá es importante señalar al despacho que, de acuerdo a los niveles de complejidad, los DISPENSARIOS DE SANIDAD MILITAR, no tienen competencia para tratar las patologías que presentaba el Señor JAIME ALBARRACÍN, y particularmente por la cual se pretende imputar responsabilidad al EJERCITO NACIONAL, es decir el trasplante de cadera y de la tibia, dado que es el Hospital Militar Central el organismo con el mayor nivel de atención y grado de complejidad en el Subsistema de Salud de las FF.MM y que trata los remplazos articulares, tal como lo ha señalado el Acuerdo 064 del 15 de mayo de 1997 en su numeral 3 DESARROLLO DE LOS NIVELES DE ATENCIÓN. 3.4. NIVEL IV DE ATENCIÓN: Patologías de Tipo Catastrófico. Son patologías de tipo catastrófico, aquellas que representan una alta complejidad en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y alto costo-efectividad en su tratamiento. Se consideran de este nivel los siguientes procedimientos:*

*•* ***Trasplante de órganos***

*• Diálisis*

*• Cirugía del sistema nervioso central*

*• Cirugía cardiaca*

*•* ***Reemplazos articulares***

*• Manejo del gran quemado*

*• Manejo de trauma mayor*

*• Manejo de pacientes infectados por VIH/Sida*

* *radioterapia para el cáncer*

*• Manejos de paciente en unidad de cuidados intensivos*

*• Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas*

***2.*** *El hospital Militar fue la Entidad que le prestó los servicios de salud requeridos por el actor, y en el cual se le realizó la operación para implantación de material de osteosíntesis, desde la fecha en la que ocurrió la lesión, tal como consta en las transcripciones anteriores, y en este sentido quedaría demostrado que no le reviste competencia al Ejercito nacional para la prestación de dichos servicios de salud.*

*Así pues, esta defensa se permite de manera muy respetuosa, realizar SOLICITUD ESPECIAL al despacho que, de OFICIO, declare la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, por las siguientes razones.*

*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la falta de legitimación en la causa se entiende como la posibilidad de que la persona formule o controvierta las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Es así como se advierte que, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la pasiva, como demandado.*

*Así mismo, se observa que la legitimación en la causa, de acuerdo a la posición de la honorable corporación, se divide en dos a saber: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.*

*Así las cosas, se tiene que la legitimación material, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño y es solamente predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar $¡ existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.*

*En el caso de marras, se tiene que la demanda fue dirigida contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional - Ejercito Nacional, por las lesiones sufridas por el Señor JAIME ALBARRACIN DAZA, con ocasión de una bacteria adquirida por el presunto retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, frente a lo cual debe preverse que el asunto que aquí se conoce, era competencia del HOSPITAL MILITAR, realizar dicha operación, pues dado su nivel de complejidad era la Entidad a la que le asistía el deber de realizar el correspondiente reemplazo de cadera, tal como lo ha consignado el Acuerdo 064 del 15 de mayo de 1997.*

*Así pues, dicha petición se hace dado que el HOSPITAL MILITAR es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, es decir, que excluye de responsabilidad al Ejército nacional.*

*Ley LEY 352 DE 1997 ARTÍCULO 40. NATURALEZA JURÍDICA. A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.*

*2. Conforme a la fijación del litigio se tiene que el actor pretende declarar responsabilidad al Ejército Nacional con ocasión de una bacteria adquirida por el presunto retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, sin embargo, esta defensa con los señalado anteriormente y con la lectura de la historia clínica se tiene, que la bacteria, NO fue adquirida por el actor, por el retardo en el remplazo de cadera y tibia como lo pretende hacer ver, dado que con el material probatorio se logró probar que la misma, fue desarrollada 1 MES DESPUÉS DE LA OPERACIÓN que se le realizo cuando ocurrió la lesión, y no hasta el año 2012.*

*- Fecha de ingreso 06 de octubre de 2008 10:44 DIAGNÓSTICOS*

*OBJETIVO: paciente quien en el 22/02/2004 sufre accidente de tránsito como conductor de motocicleta. Al ser arrollado por un vehículo sufriendo FX fémur izquierdo FX tibia peroné izquierdo, trauma encefálico no sabe severidad, se atiende en hospital militar de villavicencio donde realizan manejo con osteosíntesis4 rx fémur fx unión tercio medio distal se coloca placa Icp bloqueada, condrolisis de cabeza femorial, rx tibia fx tibia shatzker vi se maneja con doble placa LCP en T. OSTEOMIELITIS CRÓNICA DE TIBIA IZQUIERDA QUE INICIA AL MES DE SER OPERADO Se Realizan Varios Lavados Se Retira Material De Osteosíntesis De Tibia 2006, Posterior A Esto Con Varios Episodios De Secreción En Pierna Izquierda.*

*Para lo anterior, esta defensa se permite hacer las siguientes precisiones:*

*Con el resultado de microbiología de fecha 7 de abril de 2004, se le diagnostico al Señor JAIME ALBARRACÍN: Cultivo se secreción fracturo de tibia: Sthapilococus ureus.5*

*En la lectura de la historia clínica se encontró.*

*ANTECEDENTES:*

*16/05/2007 Osteomielitis Crónica Tibia Izquierda*

*Farmacológicos: BENCETAZIL*

*NACISTEINA.*

*Situación que nos lleva a corroborar la excepción de CADUCIDAD planteada por esta defensa en su contestación de la demanda, misma que se le solicita al despacho sea declarada en sentencia, por las siguientes razones.*

*El apoderado de la parte actora pretende reclamar unos daños, derivados de los múltiples retardos en los tratamientos y procedimiento que requería el Señor Jaime Albarracín, los cuales solo fueron conocidas por mi poderdante, hasta el 18 de diciembre de 2012. cuando un galeno, le explico de manera clara y entendióle que padecía de una bacteria que se encuentra en movimiento y que está afectando seriamente los órganos, para lo cual, se tiene que el término para interponerse la demanda de reparación directa, conforme a la materialización de daño se tiene que, el demandante tuvo conocimiento de la patología padecida desde el 7 de abril de 2004, fecha para la cual se le diagnóstico Sthapilococus ureus, bacteria anaerobia facultativa que produce enfermedades como la ostomielittis, patología que padecía el demandante y de la cual tenía conocimiento desde el 7 de abril de 2004, lo que significa que la demanda de reparación directa VENCÍA el 8 de abril de 2006, luego si la solicitud de conciliación se presentó el 18 de diciembre de 2014, se tiene que para el presente caso opera la caducidad de la acción.*

*Por lo anterior le solicito señor Juez que SE DECLARE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD del presente medio de control, toda vez que no se puede pretender debatir ad infinitum los hechos por los cuales resulto aparentemente lesionado el Señor JAIME ALBARRACIN, en la medida de que el término de caducidad está estructurado para darle certeza al ordenamiento jurídico y no para que las partes la interpreten libremente y ejerzan la acción en cualquier tiempo, reitero en nuestro caso tenía dos años los cuales ya fenecieron…”*

* + 1. **El MINISTERIO PUBLICO** representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 no conceptuó
  1. **CONSIDERACIONES**
  2. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

En la audiencia inicial en el acápite respectivo se declaró no probada la excepción de INDEBIDO AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD y CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA propuesta por el apoderado de la parte demandada.

* 1. **LA RAZON DE LA CONTROVERSIA**

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si la demandada NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL es responsable de las graves lesiones sufridas por el señor JAIME ALBARRACIN DAZA con ocasión de una presunta bacteria adquirida por el presunto retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, el cual requería con urgencia y se encontraba debidamente ordenado

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL por los presuntos daños sufridos por el señor JAIME ALBARRACIN DAZA con ocasión de una presunta bacteria adquirida por el presunto retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, el cual requería con urgencia y se encontraba debidamente ordenado?**

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos:

Con relación a la responsabilidad por falla médica, el Consejo de Estado ha propendido por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Así las cosas, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquélla resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso) *-que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-*, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.

La carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (hoy código general del proceso), el cual dispone que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

En conclusión, siguiendo la más reciente posición de la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

* Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “*excesivamente difícil o prácticamente imposible*” hacerlo;
* Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”;
* En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño;
* La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y
* El análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio[[1]](#footnote-1).

Quiere decir lo anterior, que cuando se demanda buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponde al interesado probar los extremos de tal responsabilidad (la existencia del daño y su imputabilidad a la parte demandada, la falla en el servicio médico y el nexo causal entre el daño causado y el servicio prestado).

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* El señor SS. ALBARRACIN DAZA JAIME es Suboficial del Ejército Nacional en retiro mediante RES-EJC No. 1662 de 09 de octubre de 2008 con novedad fiscal 09 de octubre de 2008, por INVALIDEZ con un tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares de 18 años, 5 meses y 27 días hasta el 9 de octubre de 2008[[2]](#footnote-2).
* El 16 de marzo de 2010 el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía le dictamina al señor SS ® ALBARRACIN DAZA JAIME una pérdida de capacidad laboral del 79.86%[[3]](#footnote-3).
* El 30 de septiembre de 2008 se anotó en la historia clínica del señor ALBARRACIN DAZA JAIME en el Hospital Militar Central: “PACIENTE QUIEN EL 22/02/2004 SUFRE ACCIDENTE DE TRÁNSITO COMO CONDUCTOR DE MOTOCICLETA AL SER ARROLLADO POR UN VEHÍCULO SUFRIENDO FX FEMUR IZQUIERDO. FX TIBIA Y PERONE IZQUIERDO, TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO NO SABE SEVERIDAD. SE ATIENDE EN HOSPITAL MILITAR DE VILLAVICENCIO DONDE REALIZAN MANEJO CON OSTEOSÍNTESIS, RX FEMUR FX UNIÓN TERCIO MEDIO CON DISTAL SE COLOCA PLACA LCP BLOQUEADA, CONDROLISIS DE CABEZA FEMORAL, RX TIBIS, FX TIBIA SHATZKER VI SE MANEJA CONDOBLE PLACA LCP EN T, OSTEOMIELITIS CRONICA DE TIBIA IZQUIERDA QUE INICIA AL MES DE SER OPERADO, SE REALIZAN MULTIPLES LAVADOS, SE RETIRA MATERIAL DE OSTEOSINTESIS DE TIBIA EN 2006. POSTERIOR A ESTO CON VARIOS EPISODIOS DE SECRECION EN PIERNA IZQUIERDA.

ANALISIS: SE PRESNETA PACIENTE EN JUNTA MEDICA A LA CUAL ASISTEN DR SATIZABAL-DR RUBIO-DR ARANGO. SE CONCLUYE QUE EL PACIENTE EN EL MOMENTO NO ES CANDIDATO PARA REEMPLAZO ARTICULAR DE CADERA, REQUIERE MANEJO QUIRURGICO DE SU DEFORMIDAD EN TIBIS INICIALMENTE. SE LE PROPONE OSTECTOMIA DE SITIO DE INFECCION CON ACORTAMIENTO EN AGUDO Y TRANSPORTE OSEO. POSTERIOR A ESTO SE PENSARA EN LA POSIBILIDAD DE REALIZAR EL RTC IZQUIERDA. SE SOLICITA RNM DE TIBIA PARA DEFINIR AREA INFECTADA Y PLANEAR LA OSTECTOMIA. SE LE EXPLICA AL PACIENTE LAS VENTAJAS Y COMPLICACIONES, LA DURACION DE ESTE TRATAMIENTO NO SERÁ INFERIOR A 2 AÑOS SE DA CITA CON CX PLATICA Y CITA CON ORTOPEDIA DR SATIZABAL …”[[4]](#footnote-4)

* El 22 de julio de 2009 en descripción del procedimiento se indica “… PACIENTE EN DECÚBITO SUPINO BAJO ANESTESIA GENERAL PREVIA ASEPSIA Y ANTISEPSIA Y COLOCACIÓN DE CAMPOS ESTERILES SE EVIDENCIAN HALLAZGOS SE REALIZA INCISIÓN EN CICATRIZ PREVIA ENC ARA ANTERIOR DE TIBIA, SE EXPONE TIBIA Y CAVITACIONES, SE OBSERVA PIEL DE MALA CALIDAD FRIABLE. SE REALIZA OSTECTOMIA EN CUÑA CON BASE EXTERNA DE 1.5 CM SE REALIZA MANIOBRA DE CIERRE DE CUÑA CON CHASQUIDO DE FRACTURA, SE REALIZA FIJACION DE TUTOR EXTERNO DE TRANSPORTE, SE UBICAN CLAVOPS DE SCHANZ Y ROTULAS TIPO CLAMP SE ADAPTAN A RIEL Y SE REALIZA FIJACION DE CARRO DE TRTASPORTE, SE VERIFIFCA POSICION CON RX, SE APRIETAN TORNILLOS Y SE VERIFICA ESTABILIDAD DE LA ESTRUCTURA, SE CUBRE CON VENDAJE ELASTICO.(…)”[[5]](#footnote-5)
* En el examen realizado el 7 de abril de 2004 se anotó: “(…) CULTIVO DE SECRECIÓN FRACTURA DE TIBIA: ATAPHYLOCOCCUS AUREUS (…)”[[6]](#footnote-6)
  + 1. Entremos entonces a dar respuesta al interrogante planteado **¿Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL por los presuntos daños sufridos por el señor JAIME ALBARRACIN DAZA con ocasión de una presunta bacteria adquirida por el presunto retardo en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, el cual requería con urgencia y se encontraba debidamente ordenado?**

Aunque la parte demandante aduce que los daños y las lesiones causados al señor JAIME ALBARRRACIN DAZA se derivan de una bacteria adquirida cuando se encontraba en tratamiento médico por el presunto retardo de la demandada en el trasplante de cadera y de la tibia de su miembro inferior izquierdo, el cual requería con urgencia y se encontraba debidamente ordenado, no lo demostró; de hecho ni siquiera señaló cual era la bacteria que había adquirido o cual era el daño que le había causado y si era el hecho de tener osteomielitis.

En efecto, si bien es cierto en la historia clínica del Hospital Militar Central se puede observar que el señor JAIME ALBARRACIN DAZA sufre de osteomielitis crónica en tibia izquierda, también se indicó que fue en el Hospital Militar de Villavicencio donde le realizan el manejo con osteosíntesis; que la osteomielitis crónica de tibia izquierda le inicio al mes de ser operado y el examen de laboratorio realizado el 7 de abril de 2004 se indica que en el cultivo de la secreción de la fractura de tibia se encontró la bacteria Ataphylococcus Aureus.

Ahora, aunque la literatura médica indica que el Staphylococcus Aureus es el organismo comúnmente más aislado de todas las formas de osteomielitis y que la Osteomielitis de huesos largos puede estar asociada a la osteosíntesis, no se allegó la Historia Clínica del Hospital Militar de Oriente, para por lo menos verificar que la osteosíntesis había sido realizada en dicho centro médico.

Tampoco se solicitó, ni se allegó dictamen médico que nos llevara a establecer si había existido una falla en la prestación del servicio médico por parte del Hospital Militar de Oriente y que ésta llevó a que el señor ALBARRACIN contrajera la bacteria Staphylococcus Aureus y que la bacteria fue la que le produjo la enfermedad de Osteomielitis crónica en tibia izquierda.

De otra parte, en la Junta Médica realizada al caso del señor ALBARRACIN en el Hospital Militar Central se concluyó que “EL PACIENTE EN EL MOMENTO NO ES CANDIDATO PARA REEMPLAZO ARTICULAR DE CADERA, REQUIERE MANEJO QUIRURGICO DE SU DEFORMIDAD EN TIBIS INICIALMENTE. SE LE PROPONE OSTECTOMIA DE SITIO DE INFECCION CON ACORTAMIENTO EN AGUDO Y TRANSPORTE OSEO. POSTERIOR A ESTO SE PENSARA EN LA POSIBILIDAD DE REALIZAR EL RTC IZQUIERDA. SE SOLICITA RNM DE TIBIA PARA DEFINIR AREA INFECTADA Y PLANEAR LA OSTECTOMIA. SE LE EXPLICA AL PACIENTE LAS VENTAJAS Y COMPLICACIONES, **LA DURACION DE ESTE TRATAMIENTO NO SERÁ INFERIOR A 2 AÑOS** SE DA CITA CON CX PLATICA Y CITA CON ORTOPEDIA DR SATIZABAL”, luego, no es cierto que haya existido una demora en el tratamiento médico, menos que aquella haya sido la causa de la bacteria que adquirió y que le haya producido la osteomielitis.

Por último, el dictamen aportado realizado por el perito ENRIQUE AYALA PEREZ no es posible tenerlo en cuenta, primero, porque concluye que el origen de la enfermedad fue el accidente de tránsito ocurrido el 22 de febrero de 2004 y que le es imputable a la entidad demandada porque el accidente se presentó cuando se dirigía al puesto de trabajo; no obstante, no hace referencia a cual fuera la presunta falla de la entidad demandada en la prestación del servicio médico, ni el nexo causal entre esta y el daño. Además, tampoco es especialista en la materia, esto es, un ortopedista.

Segundo, aunque determina que el señor ALBARRACIN tuvo una pérdida de capacidad laboral del 95.69%, que tomó los mismos índices que sirvieron de soporte de la Junta Medica Laboral, la cual determinó una pérdida de capacidad laboral del 79.86% y que la diferencia radica en la aplicación de la discapacidad en la tabla, también es claro en señalar en el control de dictamen que nunca vio al paciente, luego, no le es posible saber si se recuperó o cuál fue su real menoscabo.

Así las cosas, como quiera que no se demostró la presunta falla en la atención médica prestada al señor JAIME ALBARRACIN DAZA, las pretensiones deberán ser denegadas.

* 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Por su parte, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

Por último, mediante Acuerdo No. 1887 de 2003, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en su capítulo III, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, numeral 3.1.2., en los asuntos de primera instancia, inciso segundo, de los procesos con cuantía, que se condenará a la parte vencida en juicio hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Como quiera que la parte demandada no fue consecuente ni llevó a establecer qué ocurrió exactamente en el caso médico del señor JAIME ALBARRACIN DAZA, considera el despacho que **no hay lugar a la condena en costas**.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárese no probadas** las excepciones propuestas por la demandada por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: Niéguense** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: Sin condena en costas**.

**CUARTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA[[7]](#footnote-7).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. Nota de Relatoría: Sentencia del 22 de abril de 2004, exp.: 14.212 efectuada en providencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: DALILA DUICA DE PEREIRA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA - HOSPITAL CENTRAL JULIO MENDEZ BARRENECHE [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 4 del c2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 2 y 3 del c2. [↑](#footnote-ref-3)
4. FOLIO 37 DEL C2 y 95 del c3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 23 reverso del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 12 del c2 y 134 del c3. [↑](#footnote-ref-6)
7. “(…) **Artículo 203. *Notificación de las sentencias.***Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil. Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento (…)” [↑](#footnote-ref-7)