



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362013-0001400
Demandante	:	Gloria Moreno Navarrete y Otros
Demandado	:	Hospital San Rafael de Fusagasugá y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop.

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 122**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Gloria Yaneth Moreno Navarrete y Luis Alejandro Gómez Molina obrando en nombre propio y representación del menor Joel Alejandro Gómez Moreno, presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra del Hospital San Rafael de Fusagasugá ESE y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop a efectos de que se les declare responsables por la falla médica que causó las lesiones y secuelas al menor Joel Alejandro Gómez Moreno dentro del procedimiento de parto.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 36 a 38 c. principal).

2.1.Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora señaló que, la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete cursó un embarazo entre el periodo del 20 de noviembre de 2007, culminando con el parto el día 13 de agosto de 2008.

Refirió que para el día 13 de agosto de 2008, la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete ingresó a la unidad de urgencias del Hospital San Rafael de Fusagasugá, por lo que fue valorada y hospitalizada a efectos de que continuara con trabajo de parto, el que finalizó con el nacimiento del menor Joel Alejandro.

Indicó que, a pesar de las medidas biométricas reportadas ecográficamente que determinaban la presencia de un feto macrosómico, la atención del parto se había realizado sin observarse el protocolo, toda vez que ya existía sospecha de posible macrosomía fetal, la cual pudo ser comprobada por palpación clínica, lo que hubiese conllevado a establecer la selección para el adecuado proceso de parto, con los cuidados requeridos a efectos de evitar la distocia de hombro y la consecuente lesión el plexo braquial.

Manifestó que, tratándose de fetos gestacionalmente grandes existía una circunferencia de hombros mayor, antecedentes que no fueron evaluados a efectos de determinar el tipo de parto, evitando las alteraciones fisiológicas que hoy en día padecía Joel Alejandro.

Adujó que, el menor padecía de una lesión de plexo braquial derecho que le produjo una parálisis braquial obstétrica del brazo derecho por arrancamiento de las raíces nerviosas.

De igual manera señaló que, el día 7 de julio de 2011, al menor se le practicó estudio denominado electromiografía, en el que se le determinó *alteración de raíces C5 C6 actualmente escapula alada y atrofia deltoidea*.

Advirtió que durante la prestación del servicio de salud brindado a la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete, se incurrieron en diferentes fallas, consistentes en que era previsible la distocia atendiendo los antecedentes de gestación, así como, la falta de registros clínicos que no fueron diligenciados adecuadamente como lo prescribe la normatividad vigente.

Finalmente indicó que, se encontraba acreditado el nexo de causalidad de la lesión sufrida por Joel producto de la negligencia médica al no observarse los protocolos durante el parto de la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete y así mismo, no señalar claramente las pautas esenciales para el diagnóstico de la lesión generada al menor.

2.2. Contestación de la demanda.

2.3.1. La Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludecoop

Mediante escrito radicado el 27 de febrero de 2014, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones solicitadas por la parte demandante.

Refirió que, verificada la historia clínica la misma daba cuenta del acceso a los servicios médicos, diagnósticos asistenciales y quirúrgicos que fueron plenamente autorizados y garantizados por la EPS.

Añadió que, la entidad garantizó en todos los niveles la atención de la paciente Gloria Yaneth Moreno Navarrete y su menor hijo, toda vez que fueron atendidos de manera oportuna, poniendo a disposición de la paciente y bajo su consideración y elección toda su infraestructura física y su personal humano para que accediera a una prestación y atención de óptima calidad.

Indicó que, en el presente asunto no se encontraban estructurados los elementos para atribuir una falla del servicio a la entidad demandada, en tanto que, se advertía la ausencia de daño causado a la parte demandante imputable a la EPS, por cuanto se había cumplido con las funciones dentro del sistema de salud.

2.3.2. Hospital San Rafael de Fusagasugá

A través de escrito del 26 de marzo de 2014, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda.

Advirtió que, la señora Gloria Yaneth Navarrete acudió a la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá, en donde de manera oportuna se realizó valoración y diagnóstico, por lo que de

manera oportuna los equipos médicos en cumplimiento de sus deberes legales atendieron a la usuaria.

Añadió que, revisados los registros de la Historia Clínica de la madre del menor, en el momento del parto no se evidenciaba la existencia de ninguna clase de trauma obstétrico.

Adujo que, no era posible endilgar responsabilidad a la demandada por la falla en la prestación del servicio médico asistencial por cuanto el equipo de salud del hospital tuvo plena observación de la norma técnica de atención o *lex artis*, en tanto que, la atención fue prestada por el profesional idóneo, bajo las condiciones de infraestructura, técnicas y científicas con las que se contaba para ese momento.

Indicó que, en el caso objeto de análisis no se encontraba acreditado el nexo de causalidad entre la actuación desplegado por el Hospital y los presuntos daños causados a la parte actora, toda vez que, la entidad desarrolló sus funciones bajo los parámetros técnicos y científicos, informando a la paciente respecto de su situación médica y las conductas a seguir.

2.3.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 12 de septiembre de 2012 (f. 15 c. principal), ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A través de providencia del 8 de octubre de 2012, dicha Corporación declaró la falta de competencia funcional, remitiendo el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, correspondiéndole el conocimiento del proceso a este Despacho. Mediante escrito del 6 de febrero de 2013, se inadmitió la demanda (fl. 23), una vez subsanados los errores advertidos, en auto del 24 de abril de 2013, se dispuso la admisión de la demanda (fl. 48 a 51).

El día 7 de febrero de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas.

El 3 de agosto de 2017, se adelantó audiencia de práctica de pruebas (fl. 322 a 327). Posteriormente el 14 de junio de 2018, se llevó a cabo continuación de práctica de pruebas (fl. 364 – 365).

Finalmente, el 9 de octubre de 2019, se adelantó continuación de audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 455 - 456 c. principal).

2.4.Alegatos de conclusión.

2.4.1. Parte Demandante

Mediante escrito radicado el 24 de octubre de 2019, la apoderada de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión. Señaló que conforme con el material probatorio que obraban en el expediente, se encontraba acreditada la responsabilidad de las entidades demandadas, por no contar con el personal médico necesario para la atención requerida por los demandantes, por cuanto después de un largo proceso fue atendida en su parto por una enfermera y un residente.

2.4.2. Saludcoop EPS

En escrito del 24 de octubre de 2014, el apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, señalando que no existía prueba que diera certeza que la atención

médica brindada el 13 de agosto de 2008 a la señora Gloria Yaneth Moreno, le hubiese generado la lesión al menor Joel Alejandro, por lo que no existía nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la falla del servicio de atención médica que permitiera imputar responsabilidad a la EPS.

De igual manera indicó que, conforme a las pruebas que reposaban en el expediente, no se evidenciaba un actuar negligente por parte del personal médico de la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá o por su parte se hubiesen presentado inconsistencias por parte de la Entidad Promotora de Salud Saludcoop, que hayan dado origen la distocia de hombros con la lesión de plexo braquial del menor.

Finalmente advirtió que, no existía razón alguna para que Saludcoop Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo en Liquidación fuera condenada en la presente demanda.

2.4.3. ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá

A través de memorial radicado el 24 de octubre de 2019, el apoderado de la institución hospitalaria presentó escrito de alegatos de conclusión.

Refirió que, conforme a la prestación del servicio médico recibido por la demandante era claro que para el día 13 de agosto de 2008, las mismas se cumplieron a cabalidad, circunstancia que se encontraba registrada en la historia clínica.

Manifestó que, por parte del personal médico y asistencial se revisaron los antecedentes médico - quirúrgicos y la paciente al no presentar ningún tipo de documento relacionado con los controles prenatales, se partía del principio de la buena fe, atendiendo que el paciente no expresó, ni advirtió ningún tipo de situación especial que hubiese ocurrido en el transcurso del periodo gestacional.

Adicionalmente indicó que, el Hospital actuó acorde con su nivel de complejidad y prestando los servicios ofertados, sin barreras de acceso, por lo que, la atención prestada había sido brindada por profesionales idóneos y ceñidos a la *lex artis*.

2.4.4. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de la presunta falla médica en la atención médica brindada en el parto del menor Joel Alejandro Gómez Moreno.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, el Hospital San Rafael de

Fusagasugá y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la presunta inadecuada prestación del servicio de salud dentro del proceso de parto, en tanto que con posterioridad al menor Joel Alejandro Gómez Moreno se le diagnóstico lesión de plexo braquial.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.1. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(…) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

Profundizando en el plano conceptual, de la misma jurisprudencia se toma:

"(...) la Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. Este, que no halla definición en la Constitución Política y fue adoptado de la legislación foránea y delimitado por la doctrina constitucional, ha sido entendido como aquel perjuicio ocasionado por la actividad lícita o ilícita del Estado que afecta patrimonial o extrapatrimonialmente a una persona que no está en la obligación jurídica de soportarlo." Negrillas del despacho.

Y citando jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, precisó:

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades este tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo" Negrillas del despacho.

En resumen, es de suma importancia para calificar si existe o no la responsabilidad del Estado que se corrobore, como primer paso, si existe un daño y, seguidamente, si el mismo se puede valorar como antijurídico conforme a la definición jurisprudencial que se ha dado de éste.

Para agotar el primer requisito de responsabilidad por falla del servicio, el Despacho encuentra que en el caso concreto examinado el escrito de demanda, el demandante ha hecho consistir el mismo en la presunta falla *en la negligencia presentada en la atención del parto de la señora Gloria Yaneth Moreno, bajo un procedimiento en el cual no se cumplieron con los protocolos y guías de atención.*

De lo reseñado, se concluye en principio que, las afectaciones que se reclaman en el caso objeto de estudio se refieren a la inadecuada prestación del servicio de salud prestado a la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete en el proceso de parto, situación que originó la afectación de salud de su hijo Joel Alejandro Gómez.

En el caso objeto de estudio, se observa que el día 13 de agosto de 2008, el niño Joel Alejandro Gómez Moreno sufrió una lesión de plexo braquial derecho en el momento de su nacimiento, lesión que fue diagnosticada el 15 de agosto de 2008⁵, y posteriormente tratada con terapia física, sin embargo a pesar de que dicha lesión fue tratada, le sobrevino la secuela de alteración funcional de raíces C5, C6, con escapula y atrofia deltoidea.

Así mismo, de la historia clínica aportada se encuentra que, debido a la lesión sufrida, requirió de intervención quirúrgica y tratamiento atendiendo la sintomatología padecida por él referido.

Acreditado el daño, se procede a dilucidar si el mismo les resulta atribuible a las entidades demandadas.

3.3.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: 'La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos'. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.

⁴ La referida sentencia de la Corte Constitucional incluye fragmentos de pronunciamientos del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

⁵ Folio 146. C.1

927), en la que se debe determinar **la atribución conforme a un deber jurídico** (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas'.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho⁶ (se resalta).

De la responsabilidad del Hospital San Rafael de Fusagasugá y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop.

De la lectura de la demanda, se encuentra que el daño antijurídico atribuido a las entidades se constituyó de la siguiente manera:

La EPS Organismo Corporativo – Saludcoop y la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá son responsables por la prestación del servicio médico asistencial de la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrete, sin que la misma se proporcionara bajo los lineamientos del protocolo previsto para maternas.

Así mismo, se advierte que en el escrito de subsanación se indicó⁷: *(...) al no contarse con la atención de profesionales competentes, idóneos, prudentes y diligentes, ocasiona como en el caso de mi poderdante que resolvieron la oclusión de hombros del bebe halándole su cabecita y apoyándose mediante dígito –presión desde las raíces cervicales, lo cual generó la lesión para el pequeño Joel Alejandro. Por lo cual la IPS E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGA es responsable jurídico material por la negligencia en el proceso de atención médica brindada.*

Tales omisiones deberán ser estudiadas, bajo la presunta omisión en la prestación del servicio de salud por parte de las entidades demandadas. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad estatal por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual, aquélla es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la **“falla probada del servicio”**, el título de imputación bajo el que es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar por parte del demandante la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷ Folio 27

de causalidad entre aquella y éste.⁸

Por tanto, en esta materia, para que pueda predicarse la existencia de una falla, el H. Consejo de Estado ha precisado que es necesario que se demuestre que la “**atención médica**” no cumplió con estándares de calidad fijados por el Estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente; esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.

De esta manera, debe establecerse que si en el caso concreto, concurren el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado y una relación de causa a efecto entre los dos primeros, tal y como se desprende de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 Constitución Política de Colombia).

Igualmente, en el estudio que se hace del daño, en el presente asunto, ha de tenerse en cuenta que el mismo debe ser directo (relación entre el autor y la producción del daño), personal (calidad del perjudicado con el hecho y, por tanto, quien tiene derecho a reclamar) y cierto (el daño produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre).

Una vez revisada la historia clínica se advierte que en calidad de cotizante de la EPS Saludecoop el día 13 de agosto de 2013 la señora Gloria Yaneth Moreno ingresó a la unidad de urgencias del Hospital San Rafael de Fusagasugá, en lo atinente a la atención médica suministrada a la misma⁹, se advierte lo siguiente:

MOTIVO DE CONSULTA: Contracciones

ENFERMEDAD ACTUAL: Actividad Uterina que ha aumentado en intensidad y frecuencia en las últimas horas, expulsión de tapón mucoso, no amniorrea (No derrame de líquido amniótico).

No refiere antecedentes patológicos, de ninguna índole.

(...)

FECHA POSIBLE DE PARTO: 22/08/2008

EDAD GESTACIONAL: 38-5/7 Semanas

NUMERO DE CONTROLES PRENATALES: Referencia ocho (8)

ECOGRAFIAS: No trae

FECHA: Agosto 13 de 2008

HORA: 20:00

Ingresa paciente al servicio de Ginecología, procedente de Urgencias, en silla de ruedas, consistente con actividad uterina, ringer en miembro superior derecho a 100 cc cada hora, la trae la enfermera de urgencias, se asigna unidad, se toman signos vitales, Fetocardia 150, se avisa al médico de turno.

HORA: 20:30

Valoración Médica, se pasa sonda nelatón No. 14 y se evacua vejiga, elimina bastante.

HORA: 21:00

Ruptura de membrana espontánea, líquido claro, la valora la doctora. Fetocardia 152.

HORA: 21:30

Paciente con buena actividad uterina, ordenan colocar tramadol 50 mg.

HORA: 22:20

Se pasa paciente a Sala de Partos, en expulsivo, ringer a 100cc horas, se pasa paciente

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente Número 66001-23-31-000-2001-00063-01 (25075). C. P. Danilo Rojas Betancourt.

⁹ Folio 298-300

a mesa de parto consiente en expulsivo, baño genital.

HORA: 22:31

Nace niño único vivo, sexo masculino, llanto espontáneo, que quita cordón, se toma Hemoclasificación y TSM, se pesa 4000 Gramos, talla 56 centímetros, perímetro cefálico 36 centímetros, Torácico 36 centímetros, vitamina K y mg intramuscular, profilaxis umbilical, se viste al recién nacido, alumbramiento schulze completo, se coloca oxitócica 10 unidad mg goteo, no desgarros, baño genital.

HORA: 23:15

Ingresa paciente al servicio de Ginecología, procedente de sala de partos, con sangrado moderado, recién nacido al lado, se coloca en servicio de cuidados de enfermería, se motiva lactancia materna, se ofrece tetero al recién nacido, acepta y tolera una (1) onza de leche maternizada.

Ahora bien, en lo que respecta a la atención médica prestada al menor se encuentra lo siguiente:

REGISTRO DIARIO DE ENFERMERIA

FECHA: 15/08/25008

SERVICIO. Neonatos

HORA: 7:00

CAMA: 554

HISTORIA CLINICA No. 39.821.422

NOMBRE: Hijo de GLORIA YANETH MORENO

ASEGURADORA: Saludcoop

DIAGNOSTICO: Lesión plexo braquial derecho

De igual manera, se observa que al presentar dicha patología el menor Joel Alejandro Gómez Moreno es valorado por la especialidad de ortopedia ordenando la práctica de terapias.

Finalmente se encuentra que, el día 7 de julio de 2011¹⁰, al menor se le determinó la siguiente patología:

Motivo de Consulta:

PCTE CON PARALISIS DE ERB MSD, DE NACIMIENTO.

(...)

Conclusión:

Neuroconducciones y electromiografía de miembro superiores anormal, que muestran una alteración funcional de plexo braquial, a nivel de raíces C5-C6, derechas, crónica.

Ahora bien, el Despacho encuentra que el día 3 de agosto de 2017, se surtió interrogatorio de parte a la señora Gloria Yaneth Moreno Navarrate, en el que dio cuenta de las circunstancias en las que se adelantó su proceso de parto en las instalaciones de la institución hospitalaria demandada, señalando que el mismo fue traumático, en el que en diferentes ocasiones y debido a su estado de salud solicitó la práctica de una cesárea sin que fuera acogida su solicitud por parte del personal médico, por lo que su parto había sido complicado debido al tamaño del menor.

Adicionalmente indicó que, con posterioridad al nacimiento de su hijo se percató que éste no tenía movilidad en su brazo derecho.

¹⁰ Folio 16 c.2

En el presente asunto se contó con la declaración del doctor Carlos Alberto Bonilla Arbeláez médico gineco-obstetra quién valoró a la señora Gloria Janeth Moreno.

De la declaración rendida por el doctor Rafael Roberto Peña Fernández, se extrae lo siguiente:

Preguntado: Doctor Bonilla puede usted precisarnos si recuerda a la paciente Gloria Yaneth Moreno Navarrete. Interrogado: Si correcto. Preguntado: Nos puede precisar cuál fue su participación en la atención médica que se le brindó a la paciente, le voy a solicitar para que nos indique que documentos tiene ahí. Interrogado: Son documentos que les voy a pasar ustedes de unas gráficas y la explicación de las gráficas, una para sumercé y otra para las partes relacionada con la atención. La atención del parto en ese día pues yo me encontraba de turno en el hospital san Rafael, pues hicimos el ingreso a obstetricia hicimos la conducción del trabajo de parto, la atención del trabajo de parto y eso fue la intervención en la atención de la paciente. Preguntado: Qué vínculo tuvo usted con el hospital San Rafael y cuánto tiempo. Interrogante: Trabajé en el hospital San Rafael desde el año 2002 hasta el año 2014, como médico Gineco- obstetra. Preguntado: Actualmente mantiene algún vínculo. Interrogado: No señor. Preguntado: con Saludcoop. Interrogado: tampoco no señor. Preguntado: Cuáles eran las condiciones de la paciente. Interrogado: En el momento en que la paciente llegó, es una paciente que ingresó apertura de la historia clínica a las 11:00 de la mañana, por urgencia del hospital la paciente fue valorada por el médico general y fue hospitalizada en el servicio Gineco-obstetricia alrededor de las 9:00 de la noche, es una paciente que estaba en trabajo de parto en el momento de ingresar y el parto fue a las 10:00 de la noche, lo que hicimos fue la revisión de la historia de apertura de la historia de ingreso y como novedad encontramos que la paciente no traía paraclínicos habiéndose ella presentado desde las 11:00 de la mañana diciendo ya más de ochos horas de la paciente presente en la institución no llevaba en ese momento ni ecografía ni exámenes ni ningún documento que soportaba la atención del control prenatal, a la paciente le hicimos la conducción de trabajo de parto en el momento que le hicieron la historia obstétrica, la dilatación que va de cero a diez que es la primera etapa del trabajo de parto, la paciente estaba en ocho y la atención del parto se realizó sobre las 10:00 de la noche con un parto normal, sin ninguna complicación y se obtuvo el recién nacido menor con los hallazgo anotados ya conocidos de lesión de plexo braquial, después reportado por el pediatra. Preguntado: Usted participó en todo el trabajo de parto. Interrogado: El Hospital San Rafael de Fusagasugá es un hospital que tiene un solo gineco-obstetra, en aquella oportunidad solo tenía un gineco-obstetra para atención y teníamos a cargo también el personal de enfermería, el personal de internos pero nosotros éramos los que estábamos pasando revista, somos los responsables de toda la vigilancia del trabajo de parto o sea tenemos personal docente asistencial, pero nosotros estábamos presente acompañando todo el proceso del trabajo de parto, sí señor. Preguntado: En este caso la paciente se trata de una persona cuyo proceso de gestación, sus controles fueron realizados en el mismo hospital san Rafael. Interrogado: Desafortunadamente no tengo esa información señor Juez, la información que a nosotros nos llega siempre de las pacientes cuando son ingresadas al hospital es lo que ellas traigan, lo primero y lo mínimo que debe portar es un carnet prenatal, en ese carnet prenatal que se lo hace la EPS a la cual ella está afiliada bien sea por régimen contributivo o subsidiado, le están consignando todas las consultas desde el primer trimestre del embarazo donde se colocan todos los datos, se colocan los datos de hemoclasificación, los datos de identificación personal, se colocan los laboratorios, cuántas ecografías se le hicieron, la progresión de la tensión arterial, la progresión de la altura uterina de peso materno, hallazgo relevante cuando algún médico tenga alguna evaluación si le encontró la tensión alta o si tiene algún hallazgo, esta paciente no traía ese carnet y lo otro que nosotros revisamos en el momento en que una paciente ingresa son los laboratorios o paraclínicos que están definidos desde la 412 para ese momento ahora están regidos por una nueva Ley que se llama la 3280, pero para ese momento la 412, en la cual la paciente debía tener mínimo 2 o 3 exámenes de serología, 2 exámenes de VIH mínimo 3 ecografías hoy en día son 2 pero para ese momento eran 3 más los exámenes de azúcar para mirar riesgo de diabetes gestacional más los riesgos de infecciones congénitas como toxoplasma y la paciente no tenía ninguna de esta información de ningún tipo, la participación es entonces recibir la paciente, hacer el examen físico, cuando nosotros tenemos una paciente obstétrica pues primero miramos todos sus antecedentes en lo personal, lo médico lo quirúrgico y con respecto a los antecedentes obstétricos pues nosotros siempre confiamos en la buena voluntad en la buena fe de lo que la paciente exprese mas todo lo que se supone que el médico que le haya hecho el control prenatal le ha dicho a la paciente que deba expresar en el momento de ser hospitalizada en el trabajo de parto, sea de alguna consideración, en ese momento la paciente no expresó ningún tipo de consideración durante el control prenatal que se le realizó, entonces ni por parte de la paciente haya expresado ni por parte de los exámenes teníamos conocimiento de algún tipo de alteración del bebecito antes del parto. Preguntado: Recuerda usted cuáles eran las condiciones físicas de la paciente. Interrogado: Realmente no me acuerdo, pues es una paciente que, para ese momento, de tes trigueña de unos 37 años, medio crespita tal vez. Preguntado: Para ser más precisos una persona de avanzada edad, una persona que se evidenciaba anemia, características que

puedan ser visibles. Interrogado: Características que llamaban la atención por respecto a otra persona, de pronto sobre peso pero no era en se momento un diagnóstico clínico que tuviéramos para poder determinar si la paciente pasara clínicamente con un estado de obesidad o de que grado de obesidad eso clínicamente está determinado por el grado de masa corporal que es la relación entre la talla y el peso, la obesidad puede ser grado 1, 2 y 3 dependiendo si es por encima de 30 o 35 38, 40, pero entonces aquí estamos hablando de una percepción y la percepción pues estaremos hablando de una persona del común de las que atendemos en el hospital que es una persona pues que si sumercé me dijera algún rasgo característico particular no. Preguntado: Usted nos indica que usted se desempeñó o se desempeña como gineco-obstetra, tiene conocimiento que lesión presentó el menor con posterioridad. Interrogado: Con posterioridad va leyendo la historia, porque cuando el menor es egresado del hospital todavía no sé, porque todavía no les han hecho los exámenes, lo que hay son unos estudios que están presentes en el expediente donde mencionan una lesión de C5 C6 que es del plexo braquial, que es del bracito derecho. Preguntado: Usted sabe a qué puede obedecer este tipo de lesión. Interrogado: Estas lesiones pueden ser multicausal, el que se llamen lesiones obstétricas no quiere decir que sean solamente asociadas al parto, hay unas lesiones que están no asociadas al parto, que son lesiones que pueden venir desde el bebecito dentro del útero que están determinadas por malas posiciones del bebecito dentro del útero, con unos factores asociados que pueden ser diabetes, pueden ser cordón corto, que pueden ser biomas, pueden ser tumores entonces digamos que es una, lo que es la lesión del plexo braquial es multicausal no factorial sino causal, factorial es algo cuando puede favorecer pero causal es que hay una causa directa, entonces sé que el bebecito tuvo una lesión por lo que nos dice el pediatra después el doctor Robledo, pero lo que nosotros en ese momento no encontramos fue una causa directa asociada al parto. Preguntado: Usted nos indica que, siendo causal la lesión que se puede presentar de plexo braquial que se puede generar mientras se encuentra en el útero, este tipo de lesión se puede diagnosticar en el proceso de gestación. Interrogado: No. Preguntado: Porque motivo. Interrogado: Porque es una lesión que no es prevenible y no es predecible, puedo pasarle las gráficas en este momento para que ustedes puedan entender un poco más por favor, en la primera página que es donde hay un bebecito y dice promontorio arriba coloque situación presentación y hombro anterior, esto es bien importante porque dentro de la nomenclatura obstétrica nosotros cuando tenemos un bebecito hay unas maniobras durante el embarazo que se llama la maniobras de Leopoldo para determinar cuál es la situación la presentación la posición y con eso poder predecir cómo va hacer el parto hasta cierto punto, de qué manera lo podemos predecir, si el bebecito puede estar en una situación longitudinal quiere decir que el eje vertical está con relación a la mamá paralelo, lo cual quiere decir que el bebecito está para abajo, no significa que el bebecito esté de cabeza o de nalgas, eso se llama ya es presentación, entonces el bebecito puede estar longitudinal de cabeza o de nalgas y ese segundo término obstétrico se llama presentación, la presentación en este caso el bebecito sería cefálica, el tercero que sería la posición, que la posición es la relación del dorso del bebe con respecto al dorso de la mamá que puede ser derecho o izquierdo, la gráfica que ustedes están viendo es de la relación del dorso del bebe izquierdo con respecto del dorso izquierdo de la mamá en ese caso se llama dorso izquierdo, traté de buscar una gráfica que tuviera el dorso derecho pero como el 99% de las posibilidades es el dorso izquierdo la literatura obstétrica por lo general pasa las gráficas y pues no se me ocurrió voltearlas pero pues pienso que para la explicación no había necesidad de manipular la imagen por que hubiera quedado igual al revés, entonces tenemos que es un bebecito, tenemos que obstétricamente podemos decir que un bebecito puede estar longitudinal si, que tenga una presentación cefálica si, que tenga una posición derecha o izquierda si, que este bebecito cuando esté naciendo a través del trabajo de parto esa variedad de posición sea vértice anterior, vértice transversa o vértice posterior no, toca esperar a que la dilatación del cuello esté completamente en 10 cm que haya rupturas de membranas para tocar directamente la cabecita del bebe, y mirar el occipucio para saber si está anterior o posterior o transversa, ya en ese momento entonces podemos confirmar el dorso derecho izquierdo, hay donde dice promontorio ustedes van a ver como el bebecito estando embarazada la mamá el hombro está en contacto con el promontorio, y ese promontorio es un hueso que en el momento del embarazo puede estar causando el mecanismo de trauma, por mala posición del bebecito, ahí se ve en la gráfica claramente, en el momento del parto listo el bebecito sin haber nacido sin haber bajado la cabeza todavía ya puede tener un mecanismo de lesión, y obviamente después de que el bebecito nace es que ya sabemos que es lo que pasa, entonces aquí hay una, hay algo que es bien importante de anotar para este caso clínico, y es en la página 77 la parte, la página de ingreso de apertura clínica la página del folio 77, entonces en la historia obstétrica el documento que a mí me llegó fue un documento parcialmente escaneado entonces si podemos dirigirnos (...) en la historia clínica obstétrica en la página al respaldo se lee dorso fetal derecho y esto es muy importante porque el dorso fetal derecho implica que en ese momento la espalda del bebecito esta en relación con el dorso derecho de la mamá, el hombro o el bracito que está hacia la parte de arriba promontorio, perdón posterior promontorio es el derecho y el que está sobre el pubis es el izquierdo, en el momento en que le bebecito nace el bebecito nace en una occipito anterior como es normal el rota su cabecita mirando hacia abajo como decimos nosotros y el desprendimiento del primer hombro es el hombro anterior, el hombro izquierdo y luego el hombro derecho que es el hombro que después resulta lesionado, lo que nosotros tenemos en obstetricia siempre como consideración cuando hay una lesión del plexo bronquial es una entidad

que es asociada más frecuente a la retención de hombros después del nacimiento a la cabecita del bebecito el hombro anterior el que está en relación con el pubis se retiene pero en este caso el hombro que se hubiera retenido en este caso no hubo retención de hombros hubiera sido el brazo izquierdo, el brazo o el hombro que se lesiona cuando el bebecito esta sobre el dorso izquierdo es el derecho pero en este caso el bebecito venía del dorso derecho luego que si hubiera sido por tracción cefálica o por retención de hombros lo cual no existió hubiera sido izquierdo y no derecho como en el caso del bebecito, y eso para nosotros es la evidencia de que este bebecito venía con un problema de mal posición dentro del feto, perdón dentro del útero con una mala posición fetal asociada a una impactación del hombro posterior sobre el promotorio del saco. Preguntado: El trabajo de parto que se realizaría si él bebe viene en esa posición como se elabora, o sea como es la forma para poder dar la extracción del bebe. Interrogado: Hay una cuestión que se llama los mecanismos del parto en los cuales el bebecito inicialmente está como está ahí en la foto y sigo hablando sobre el izquierdo porque es la foto que estamos viendo y es que el bebecito normalmente mira hacia el lado contralateral, hacia donde está el dorso, ¿entonces en este caso me disculpa hablo de la foto o hablo de la mamá? Preguntado: De la mamá. Interrogado: Entonces hablemos de la mamá, entonces tenemos un bebecito que cuando entra de dorso derecho con presentación cefálica, el bebecito está mirando hacia el lado izquierdo de la mamá y el dorso del bebecito está al lado derecho de la mamá, es un bebecito que lo primero que tiene que hacer es una rotación interna y una flexión de la cabecita para que su eje el tamaño de la cabecita entre en el estrecho superior de la pelvis, descienda haga después una rotación externa, una extensión y después haya el desprendimiento cefálico, eso es lo que se llama los mecanismos de parto que se llaman rotación, flexión interna, descenso rotación externa, extensión y ahí sale la cabecita, entonces de pronto de lo que sumercé me está preguntando cómo es el mecanismo, ese es el mecanismo, el bebecito está mirando hacia el lado izquierdo de la mamá, después mira hacia abajo agachando la cabecita, desciende sobre la pelvis, después sale la cabecita, rota y después sale el hombro anterior que es el hombro izquierdo y después el posterior que es el hombro derecho, entonces en este bebecito cuando nace, el hombro que se hubiera retenido según la hipótesis que está planteada dentro de la historia clínica una posible retención de hombros con lesión hubiera sido el izquierdo y no el derecho, pero ni hubo retención de hombros ni hubo lesión del brazo izquierdo, aquí es derecho y es por otro mecanismo y por otra etiología completamente diferente. Preguntado: Conforme a las ecografías previas que se puedan realizar al bebe, esa posición puede variar. Interrogado: Si, un bebecito, esto es solamente un ejemplo práctico tengo una paciente que está en una situación con un bebecito con una situación longitudinal oblicua y que está en una presentación podálica y la veo a la semana 39 le programo una cesárea porque está en una presentación de nalgas, nosotros tenemos que la presentación de nalgas suele presentar muchas distocias porque el tamaño del abdomen y el tórax es mucho menor que el de la cabeza, después de que ha salido el abdomen y el tórax puede haber retención cefálica, el bebecito se asfixia porque se desencadenan los mecanismos de inicio a la respiración el bebecito esta todavía con la cabeza dentro del útero y se asfixia, entonces nosotros preferimos aunque en la obstetricia se ha documentado la posibilidad de la atención del parto de presentación de nalgas por vía vaginal preferimos hacer cesárea y hemos tenido pacientes que desde el día anterior a la cesárea estando de nalgas confirmado el día de la cesárea se ha dado la vuelta, obviamente es la excepción porque entre más pasa el tiempo menos es la probabilidad de que el bebecito se dé la vuelta más sin embargo en las ecografías es bien importante su señoría entender de que no todas las eco grafistas y todas las ecografías están hechas por el mismo personal idóneo, como yo le decía tengo mis posgrados mi entrenamiento adicional en ecografía y la información de muchas ecografías hechas por médicos familiares, médicos generales sin querer hablar mal de nadie incluso radiólogos desafortunadamente no nos dan información que necesitamos en obstetricia para poder llegar a predecir algunas cosas del trabajo de parto y del momento del parto, pero si me devuelvo en este momento tenemos una paciente que ni siquiera traía las ecografías, luego que cualquier información que esta paciente tuviera al momento del parto era una información totalmente desconocida para nosotros, que si se puede diagnosticar una distocia al trabajo de parto en el momento del control prenatal es muy difícil, es muy difícil porque hay 3 participantes para que se haga una distocia, una distocia puede ser por parte de la mamá, por parte de su pelvis, puede ser uterina por las contracciones, puede ser fetal por una mal posición del bebecito o puede ser incluso por la placenta, una placenta que este mal insertada, una placenta que tenga una base previa una placenta baja, un cordón corto, si el bebecito como le digo en el momento del parto en vez de mirar hacia arriba mira hacia abajo lo que en vez de ser una occipito anterior es una occipito posterior es un bebecito que no nace, pido disculpas voy habar de un caso de la vida real es un caso que atendí este fin de semana en el hospital de Ubaté de una paciente que tuvo un parto vaginal de 3300 gramos hace 2 años y sin ninguna complicación esta señora viene en trabajo de parto y su bebecito estuvo en vez de variedad anterior variedad posterior y este bebecito mimca nació, la operé le hicimos la cesárea, este bebecito peso 2300 50 gramos menos que el bebecito anterior y este bebecito pues sentó toda las manifestaciones en el partograma de que no iba hacer un parto distócico por la presentación del bebecito siendo que ya era una pelvis probada incluso con un bebecito más pequeño, entonces la predicción de una distocia es muy difícil incluso si estamos hablando de la distocia uterina, el útero en el momento en el que se está contrayendo tiene que tener 3 condiciones que se llama el triple gradiente y descendente, el útero tiene 2 marcapasos de donde pueden salir las

contracciones que son el derecho o el izquierdo por lo general son derechas y estos focos empiezan a propagarse de arriba hacia abajo y la intensidad debe ser de arriba hacia abajo si los focos son ectópicos o sea en otra parte en donde no sean los cuernos o la propagación es de abajo hacia arriba o no es mayor arriba hacia abajo podemos tener una mamá con la pelvis probada de 10 hijos con un bebecito que esté pequeño con una buena posición y pos una distocia uterina no va a nacer este bebe, entonces el concepto de distocia es impredecible incluso hay colegas que desde el punto de vista personal piensan que una mujer adolescente de 16 años no puede tener un parto le hacen una cesárea electiva y a los 2 minutos llega otra niña de 16 años y tiene un parto vaginal entonces es una cuestión que tiene que ver con el contenido con el contenente, con el tamaño de la pelvis, con el tamaño del bebe, con la morfología de la pelvis es una pelvis androide, platipeloide, de antropoide, androide o ginecoide, entonces los participantes en predecirse un parto va a producirse o no es muy difícil, como eco grafista una de las preguntas que a mí me hacen después de pagar una ecografía personas que pagan \$250.000, \$300.000, \$400.000 por una ecografía hecha por un colega porque no hago ecografía para particulares sino para entidades como les decía, y ecografías 4m y dicen doctor todo está bien el parto va hacer bien yo le digo no esperece un momentico la ecografía no me dice cómo va a ser el parto la ecografía lo que le puede decir es cuántos bebes hay, como está el bebe si toda la obstetricia estuviera enfocada en las ecografías no habría necesidad de hacer controles prenatales ni exámenes de sangre ni de orina sino que todo sería en un ecógrafo y que la señora venga al parto, tampoco hay forma de saberlo todo ni en los antecedentes, si existen factores de riesgo y obviamente es importante porque los factores de riesgo no permiten tratar de mirar a ver quién puede llegar a presentar algún problema, pero ya volviendo aterrizando un poquitico a lo que estamos hablando del complejo corioideo el 50% de las lesiones del complejo braquial da en pacientes sin factores de riesgo, hasta el 50% de los bebecitos que tienen lesiones del plexio braquial no han tenido factores de riesgo, segundo las lesiones de plexio braquial también se han descrito en cesáreas no solamente de partos y tercero había una publicación en la que hacían una relación estadística en cuántas cesáreas selectivas tendrían que hacerse para evitar una lesión de plexo cloideo y hablaban de 3500 cesáres selectivas para evitar una lesión de plexio corioideo la cual obviamente no para dentro de la obstetricia y la epidemiologia porque la incidencia de complicaciones para una mamá de una cesárea incluso de recién nacido las cesáreas aumentan mucho más la posibilidad de taquipnea transitoria, recién nacido aumentan mucho más la hemorragia, aumentan mucho más la infección, aumenta mucho más las posibilidades de complicación para la mamá presente y futuro, acretismo placentario de ruptura uterina, entonces una cesárea no es hacer tampoco un procedimiento inocuo que nos valla bien y que la gente este familiarizada con la cesárea y nos pida cesárea no significa que a todas las señoras se les pueda hacer cesárea, el parto sigue siendo vaginal por naturaleza y lo que nosotros tenemos que mirar era hasta dónde podemos llegar a predecir dentro de nuestra observación cuando puede llegar a ver una lesión de este tipo es absolutamente impredecible y mucho menos en una paciente que llega sin ningún documento de su control prenatal y así los hubiera tenido igual de todos modos es impredecible, más que en este momento vuelvo a la explicación como comencé, el hombro lesionado en este bebecito, el bracito lesionado es el posterior y no el anterior lo cual la etiología es por la impactación del hombro posterior dentro del útero sin que todavía hubiera salido el bebecito la cabecita por la vagina porque para que haya una lesión del hombro anterior primero tuvo que haber salido la cabeza retener el hombro y forzar a sacar el hombro pero aquí estamos hablando de que el mecanismo se hace dentro del útero por las mismas fuerzas de las contracciones uterinas, cuánta cantidad de fuerza tiene que hacer el útero, el útero tiene que hacer tanta cantidad de fuerza como para sacar un espacio de 10 cm por 10 cm, un bebecito que tiene por ejemplo en este caso 4000 gramos al nacer que su conferencia cefálica y su circunferencia abdominal son de 30 entonces la fuerza del útero tiene que ser una fuerza supremamente alta de acuerdo y esa fuerza del útero sobre el bebecito y el bebecito con el hombro impactado en el promontorio es que se produce ese mecanismo de lesión. Preguntado: Ya para clarificar el tema ya del procedimiento para realizar la extracción, usted nos indica que si él bebe conforme en la descripción que se dejó en la historia clinica tenía era el dorso derecho, o sea estamos diciendo que el dorso derecho del bebe contra el derecho de la mamá, como es el mecanismo gráficamente para ayudar o él solo sale. Interrogado: No se ayuda, él solo sale siempre, solamente necesitamos instrumental y con riesgos cuando el bebecito, entonces hablemos del occipito, el occipito es la parte posterior de la cabecita donde está la unión de la columna vertebral en la parte de atrás donde está la fontanela posterior, cuando el bebecito flexiona la cabeza, esta fontanela con relación a la parte anterior, posterior de los lados de la mamá es la que nos dice si el bebecito está girando o no está girando, este bebecito se fleja hace su rotación interna descendiende, hace su rotación externa y se produce el desprendimiento cefálico, los bebecitos nacen mirando hacia el piso, nacen con occipito anterior si el bebecito viene con occipito posterior ya les explique mi caso de allá no nace y toca operarla, a veces nosotros hacemos versiones internas, eso si se necesita una mano entrenada por las posibilidades de hacerle trauma al bebecito de que si está en occipito posterior lo intentamos rotar en el sentido según este el dorso derecho o dorso izquierdo para que quede occipito posterior y se produzca el descenso o con un parto instrumentado colocando espátulas de Velasco para ayudar con las maniobras de Ramírez quiñones para volver un occipito posterior una occipito anterior pero digamos que esas maniobras pues son de decisión del obstetra en ese momento según lo que vea, pero todos esos mecanismos que

le estoy hablando los hace el bebecito de manera espontánea dentro del útero, si el bebecito no dobla la cabeza nunca desciende y el parte no sale nos tocó operarla, lo primero que hace el bebecito es flexionar la cabeza y rotarla eso no requiere ninguna ayuda, el descenso tampoco requiere ninguna ayuda. Preguntado: Si se presenta algún tipo de lesión, nos dice que venía al lado derecho y en este caso debería haberse lesionado eventualmente el lado izquierdo, contra qué se genera esta lesión. Interrogado: Entonces esto es un caso hipotético estoy hablando respecto al escenario de retención de hombros, entonces después de que salga la cabecita, lo primero que sale es el hombro anterior y después sale el hombro posterior, todo el parto siempre ocurre de manera espontánea lo que nosotros hacemos es proteger el periné y proteger el ángulo anterior de la vagina para que no haya desgarras de la uretra y del clítoris y abajo para que no haya desgarras del periné y del recto, pero nosotros no estamos haciendo ninguna intervención para que él bebe nazca, estamos acoplado y protegiendo el periné incluso si vemos que hay un periné que esta corto o que hay una vagina que esta estrecha hacemos una incisión que se llama la epiciotomia colocamos anestesia, una incisión medio lateral derecha porque hacia la izquierda hay otras estructuras está el colon está el recto, entonces es mejor hacia el lado derecho, hacemos una incisión lo que estamos haciendo es ampliando el canal de parto para que nazca pero de todo modos el descenso es del bebecito, estaban hablando de una retención de hombros de acuerdo con una posible etiología porque esa es la causa más frecuente un bebecito macrosómico, entonces después de que nace la cabecita del bebecito como le expliqué, lo primero que sale es el hombro anterior que para este bebecito hubiera sido el hombro izquierdo y supongamos que si hubiera habido una retención de hombros el hombro anterior, el izquierdo y si hubiera hecho algún tipo de retención es del hombro contra el pubis que es el hueso que queda en la parte de arriba ya el promontorio quedó atrás ahora estamos hablando del pubis y es contra el pubis que se engancha el hombro, se retiene el hombro, en este caso debió haber sido el izquierdo, se produce la hiperextensión del plexo y se lesiona el izquierdo, es decir debió haber habido una lesión del plexo izquierdo en caso de que hubiera habido una retención de hombros, conforme a lo que en este caso fue este bebecito. Preguntado: Qué otras posibles causas pueden generar la afectación del plexo braquial a parte de la genética o la eventual retención de hombros. Interrogado: Lo que sabemos es que existen algunos factores de herencia que pueden estar asociados en la calidad de los tejidos del bebecito, me gusta explicar con ejemplos les pido el favor que me reciban este ejemplo, tengo una señora que tuvo un parto y se le cayó la vejiga y otra señora que tuvo 10 partos y no se le cayó, la señora que tiene 1 parto me dice pero porque se me cayó si apenas tengo un parto, entonces hay una calidad de los tejidos, hay una calidad del colágeno en esta señora que hace que esta señora con un solo parto se le caiga la vejiga tenga que hacerse cirugía y además de eso vuelva y recaiga, es un caso del hospital de Fusagasugá, es una paciente cuyo nombre no voy a traer pues un caso de la vida real es una paciente que estando embarazada durante el embarazo se le empezó a caer la vejiga me pidió el favor que le hiciera la cesaria le programé la cesaria por su condición para no aumentárselo la paciente desafortunadamente tuvo un trabajo de parto espontaneo, mi colega pues no vio ninguna indicación de atender su parto, tuvo su parto le hicimos la programación de cirugía en el hospital san José infantil con el doctor Diaz Tamara que en ese momento es lo último, hecho toda la sociedad estaba allá metida con mayas con toda las tecnologías se le hizo la cirugía con mayas con toda la tecnología la paciente hizo recurrencia, entonces el factor que hay ahí para estas señora de la recurrencia es la calidad de los tejidos eso es solamente una manera de ejemplos, si tenemos factores de riesgos que pueden determinarse si claro hay posibilidad de que si la calidad del colágeno, si la calidad de los tejidos del bebecito no tiene la misma de otro bebe si puede a ver un factor de riesgo pero son cosas que son muy difícil de demostrar pero a la pregunta esa respuesta, si existen otras causas asociadas, ahora también mal posición del útero cuando el útero está en retroversión y se desarrolla cuando hay biomas, cuando hay contracturas uterinas, cuando hay un cordón corto o cuando hay incluso cuando el cordón se amarra en el miembro listo, el cordón puede amarrar el miembro superior hacia atrás en el momento del parto no nos damos cuenta y eso es otras de las posibilidades no es unicausal la lesión del plexo que se llama obstétrico no quiere decir que sea únicamente del parto. Preguntado: Usted nos indica que en un 50% se puede presentar este tipo de lesión sin personas que tengan algún tipo de factor de riesgo, en los eventuales casos de personas de factores de riesgo, a qué tipos de factores de riesgo hacemos referencia. Preguntado: Lo que tiene escrito la literatura es que puede haber un factor de riesgo de lesión de plexo corioideo en pacientes que tengan diabetes gestacional, feto macrosómico, preeclampsia, básicamente eso, sobrepeso materno, añosa, o edades extremas pacientes jóvenes pacientes añosas, la macrosomía fetal, la diabetes, la preeclampsia como factores de riesgo, sin embargo yo recuerdo que un factor de riesgo no es igual a un determinante y un mecanismo directo de enfermedad, por ejemplo está descrito en la literatura que uno de los factores de riesgo para desencadenar preeclampsia es la altura de 2600 sobre el nivel del mar luego que todas las mujeres de Bogotá tienen preeclampsia, según ese factor de riesgo entonces el factor de riesgo no es igual a un determinante causa efecto del desarrollo de una enfermedad. Preguntado: Ya entrándonos en el campo de la practica al momento de atender una persona que está en proceso de parto es posible contemplar la práctica de una ecografía, previo al proceso de parto. Interrogado: No. Preguntado: Por qué motivo. Interrogado: Una cosa es que se pueda otra que este dentro de los protocolos, de poder se puede, pero también se pueden hacer tomarle todos los exámenes de laboratorio que no se le tomaron, se le puede hacer un electrocardiograma, se le puede hacer una

tomografía axial computarizada a la mamá del cerebro, se le puede hacer un ecocardiograma a la mamá, o sea de poderse hacer están todos los métodos diagnósticos una resonancia magnética, se le puede hacer todo, de poder se puede si señor. Preguntado: Pero ya puntualmente usted nos indicó que los factores de riesgo puede ser feto macrosómico. Interrogado: Macrosómico es cuando está el bebecito todo grande. Preguntado: En este caso se puede asemejar que el menor tenía esta condición. Interrogado: No. Preguntado: Por qué motivo. Interrogado: Porque antes del parto no sabíamos que el venía macrosómico, si tenemos una paciente que tiene 33 cm de altura uterina y la paciente nos dice que su control prenatal ha sido normal y que todo ha sido normal y que sus bebés han sido partos normales y no tiene antecedente macrosómico, así como no podemos sospechar que tampoco tenga un macrosómico tampoco podemos sospechar a que tenga una placenta previa, a que una recepción de placenta, que haga una ruptura uterina, que haga una hemorragia pos parto que termine en terestomía y por eso es que los partos se atienden el hospital y no se atienden en la casa, porque hay cosas que se saben es después del parto, antes nosotros le decimos oye que bien fuiste capaz de tener un bebecito de 4000 gramos sin ningún tipo de distocia durante el trabajo de parto te felicitamos, esas son cosas que uno le dice a la paciente afectivamente porque igual de todos modos es una señora con pelvis probada con 2 partos con su 3 parto sin ningún tipo de antecedente obstétrico, entonces ahí es donde yo le digo a su señoría que de poder se puede y obviamente no se cae, o sea y menos en el hospital que no hay ecógrafo el ecógrafo está en el 1 piso y no está las 24 horas disponible entonces menos en esas condiciones donde nosotros no tenemos un servicio de radiología contratado le estoy hablando de lo que en ese momento estaba para poder determinar alguna sospecha que de alguna manera nos hubiera podido ayudar y la altura uterina también es determinante, nosotros tenemos una altura uterina hasta 35, 36 cm para una paciente obesa y esta paciente si ustedes ven el ingreso de historia clínica por 2 médicos diferentes tenía altura uterina de 33cm entonces la altura uterina tampoco nos daba para sospechar una macrosomía fetal incluso la altura uterina es muy útil para predecir hasta cierto punto de que el bebecito venga grande o un poligramio o algún otro problema, entonces por ese lado clínicamente no había forma de saberlo. Preguntado: En el eventual caso de que se hubiera practicado la ecografía, se tenga la condición del feto en torno a su tamaño, cambiaba en algo su proceso de parto. Interrogado: No, porque la ecografía de tercer trimestre tiene hasta un 20% de desviación estándar hacia arriba o hacia abajo con respecto al peso estimado fetal entonces la ecografía al momento del parto no se aplica de ninguna manera para determinar el peso estimado fetal, el peso estimado fetal obedece a unas tablas pero tenemos que cuando se hace el ejercicio de cuánto mide un bebecito, en la ecografía de cuánto mide real a veces puede ser que haya 5 gramos o 10 gramos de diferencia pero pueden ser 213 entonces estamos hasta 500 dependiendo del ecografista, ahora en el momento del trabajo de parto la cabecita del bebé entra dentro del estrecho superior de la pelvis y las 2 tablas, o sea, las 2 tablas occipitales están diseñadas para súper ponerse la una sobre la otra y el diámetro biparietal es supremamente importante para la determinación del peso estimado fetal igual que el abdomen, el abdomen en este momento si es un bebecito que está en trabajo de parto está sometido a las fuerzas de presión y si ya no hay líquido distinguir donde está el límite de abdomen con respecto a las paredes del útero es imposible determinar un peso estimado fetal y si se hiciera el ejercicio, es un ejercicio que daría un error estándar que da no probabilidades desde el punto de vista del ejercicio obstétrica para predecir un feto macrosómico probable. Preguntado: En el eventual caso, teniendo la condición de un feto macrosómico se sugiere la cesárea o aun así se puede seguir el trabajo de parto. Interrogado: No cuando yo tengo una paciente empieza trabajo de parto, lo primero que hacemos es el partograma y el partograma es el que nos determina si la progresión del trabajo de parto da para que este bebecito nazca por vía vaginal y para eso es que está diseñado el doctor Frezman o el médico Frezman Europeo descubrió en sus pacientes cómo el comportamiento de trabajo de parto en pacientes de primer embarazo y de muchos embarazos con membranas rotas, con membranas íntegras, es una cuestión que se llama la curva de Frezman se sustentó después el partograma y llegó aquí a Colombia y lo adoptamos con todas nuestras normas, nuestro centro obstétrico de referencia que es la Universidad Nacional con el Instituto Materno Infantil, de ahí se desprenden todas las escuelas de obstetricia del país junto con la de Antioquia, junto con la de Cali que son nuestros ponentes, ellos lo que nos decían es desde que usted tenga un trabajo de parto normal y que cumpla la progresión adecuada del trabajo de parto puede sin dejar de girar considerar que todo va bien, vuelvo y le digo la paciente que opere una adecuada situación y solamente al momento del expulsivo que bajo hasta una estación de cero de ahí no pasó, entonces es absolutamente impredecible, el partograma para nosotros es una fuente muy importante de mirar que el trabajo de parto, así el bebecito pese 4000, 4500, 4700 el partograma para nosotros es una herramienta valiosa y por eso incluso es tan valiosa, la obstetricia ahorrilica está fundamentada en el trabajo de parto en lo que se haga con respecto al partograma. Preguntado: Que mira el partograma. Interrogado: Lo que graficamos en el partograma son la dilatación y el descenso del bebecito, en este caso lo que más nos importa es la dilatación hasta el momento del parto y lo que estamos haciendo es cotejando la dilatación del servís en tiempos hasta el momento del nacimiento del bebecito, hay unos periodos y unos tiempos definidos para las etapas del trabajo de parto, las etapas de trabajo de parto la primera que es fase latente y fase activa, la segunda que es el expulsivo y la tercera que es el alumbramiento y cada una de ellas tiene unos rangos obstétricos,

límites y estos rangos límites tienen más o menos una progresión en la fase activa mínimo mínimo 1 cm por hora máximo 2 cm por hora y en este caso pues el partograma nos muestra que ella tuvo un adecuada progresión en la dilatación con respecto al tiempo esperado. Preguntado: Cuánto tiempo. Interrogado: Estamos hablando de que la paciente cuando llegó a las 9:00 de la noche estaba en 8 cm el parto fue a las 10:30 tenemos una hora y media para 2 cm, de dilatación de 8 a 9 de 9 a 10 más el descenso más la expulsión del bebecito, el solo periodo de expulsión también puede durar hasta 1 hora, o sea los límites para ella desde el momento en el que llegó 9:00 de la noche 8 cm de dilatación era de 3 horas, 2 mínimo mínimo, si avanzaba rápido hasta las 9:00 de la noche en 9 a las 10:00 de la noche en 10 y 1 hora para que naciera o sea teníamos perfectamente hasta las 10:00 10:30 para que este bebecito naciera, está por debajo de los tiempos esperados límites para el proceso de parto.

En el presente asunto tenemos que, al segundo día de nacido, al menor Joel Alejandro le fue diagnosticado la lesión de *plexo braquial*, afección por la que le fue ordenada la práctica de terapia física, sin embargo, a pesar de ser tratada la lesión, le sobrevino la secuela de alteración funcional de raíces C5, C6 con escápula alada y atrofiada deltoidea, patología que a juicio de la parte se causó al momento del nacimiento del menor.

Respecto de las lesiones de plexo braquial, la literatura médica prescribe¹¹ *“Las lesiones del plexo braquial afectan a la red de nervios que proporciona la sensibilidad y el control de los músculos del hombro, el brazo, el antebrazo, la mano y los dedos”*.

Así mismo, sobre dicha lesión se ha indicado¹²:

Causas

Los nervios del plexo braquial se pueden afectar debido a la compresión dentro del útero de la madre y durante un parto difícil. La lesión puede ser causada por:

- *Tracción de la cabeza y el cuello del bebé hacia el lado a medida que los hombros están atravesando la vía del parto*
- *Estiramiento de los hombros durante un parto cefálico*
- *Presión sobre los brazos levantados del bebé durante un parto de nalgas (primero los pies)*

Existen diferentes formas de NBPP. El tipo depende del grado de la parálisis del brazo:

- *La parálisis del plexo braquial que afecta frecuentemente solo la parte superior del brazo. También se conoce como parálisis de Duchenne-Erb o Erb-Duchenne.*
- *Parálisis de Klumpke que afecta la parte inferior del brazo y la mano. Este tipo es menos frecuente.*

Los siguientes factores incrementan el riesgo de NBPP:

- *Parto de nalgas*
- *Recién nacido de mayor tamaño al promedio (como el bebé de una madre diabética)*
- *Dificultad para pasar el hombro del bebé después de que la cabeza ya ha salido (denominada distocia del hombro)*

La NBPP en recién nacidos es menos común ahora que las técnicas obstétricas han mejorado. La cesárea se utiliza con mayor frecuencia cuando hay preocupación acerca de un parto difícil. Aunque una cesárea reduce el riesgo de lesión, no lo previene. Una cesárea también tiene otros riesgos.

Conforme a lo anterior, tenemos que la lesión de plexo braquial consiste en una afectación a la red de nervios que proporcionan la sensibilidad y el control de los músculos del hombro, el brazo, etc.

De igual manera se advierte que, de acuerdo a la literatura médica este tipo de lesiones

¹¹ <https://kidshealth.org/es/parents/brachial-plexus-esp.html>

¹² <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001395.htm>

pueden sanar sin tratamiento, por lo que muchos de los niños que sufren esta lesión se recuperan, no obstante, hay otros que requieren de terapia física o en su defecto en casos de lesiones más graves el cuidado del menor requiere del cuidado de un equipo de especialistas (neurología, cirugía ortopédica, rehabilitación y medicina física)¹³.

Advertido lo anterior, el Despacho encuentra que en el presente asunto no es posible endilgar responsabilidad a las entidades demandadas, toda vez que no obra en el expediente elemento de prueba alguno a través del cual se logre evidenciar, que la programación de la cirugía por cesárea obedeciera a la detección de un feto de gran tamaño, puesto que contrario a lo afirmado en el escrito de la demanda, se advierte que no se requirió de la práctica de cirugía en razón de que el parto se produjo de manera espontánea, sin que existieran razones adicionales señaladas por el médico gineco-obstetra que atendió a la paciente durante su parto, para que el procedimiento debiera realizarse necesariamente por vía de cesárea.

Por lo tanto, es claro que la paciente al encontrarse con las condiciones para dar a luz fue hospitalizada y preparada para parto por vía vaginal, sin que en todo caso exista prueba en el proceso que lleve a concluir que era obligatoria la cesárea en este caso y que la decisión de los médicos especialistas de realizar este tipo de procedimiento por vía vaginal ocasionara algún tipo de daño al menor Joel Alejandro.

Adicionalmente de la revisión que se hace de la historia clínica el Despacho observa que, en el caso objeto de estudio no se presentó ninguna complicación en el momento del parto que implicara la utilización de procedimientos o elementos que pudieran ocasionar algún tipo de daño al recién nacido, contando igualmente con el personal idóneo en tanto que, quien le prestó la atención médica a la señora Gloria Yaneth Moreno fue un especialista en gineco-obstetra tal y como se desprende del estudio de la historia clínica.

En este orden de ideas, es claro que en el presente asunto no obra prueba que dé cuenta que la parálisis padecida por el menor Joel Alejandro en su brazo derecho, se hubiese producido al momento de su nacimiento, por lo que de acuerdo a la declaración del médico y conforme a la literatura médica dicha patología puede obedecer a distintas causas, incluso a eventos intrauterinos.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que conforme a la exposición efectuada por el médico, la lesión plexo braquial se puede presentar por diferentes causas, es decir que es, multicausal, por lo que no podía ser solamente asociada al parto, en tanto que son lesiones que se pueden originar dentro del útero por diversos factores -posición, biomas, diabetes, genéticos, retención de hombros, factores de herencia en la calidad de los tejidos-. Por lo tanto, no existía una causa directa que diera certeza que la lesión padecida por el menor se hubiese causado al momento del parto.

Así mismo, se indicó que era una lesión que no era previsible en tanto que, no se podía diagnosticar dentro del proceso de gestación. A su vez, el galeno explicó que posiblemente la lesión sufrida por el menor se debió a que *- el bebecito venía con una mala posición fetal asociada a una impactación del hombro posterior sobre el promontorio-*.

Por otra parte, de acuerdo al criterio del galeno y conforme a la literatura médica es claro que la lesión padecida por el menor, no solamente se presenta en partos por vía vaginal, sino que dicha lesión también se ha presentado al momento de practicarse cirugía por cesárea, por lo tanto, contrario a lo expuesto en el libelo demandatorio se advierte que aún en caso de que a la señora Gloria Yaneth Moreno se le hubiese practicado cesárea, no se encuentra probado que dicha situación hubiese prevenido la lesión padecida por el menor Joel Alejandro.

¹³ <https://kidshealth.org/es/parents/brachial-plexus-esp.html>

De la misma manera, debe destacarse que conforme a los datos registrados en la historia clínica respecto del recién nacido, se encuentra que se trató de un menor con un peso de 4.000¹⁴, es decir nos encontramos frente a un bebe grande, circunstancia que a juicio el médico declarante no se podía determinar al momento del trabajo de parto sino con posterioridad al mismo, y más aún cuando no se contaba con la información relacionada con los controle prenatales que dieran cuenta de esta condición.

De igual manera, en el presente caso es importante indicar que tal y como se evidenció en la historia clínica y conforme a la declaración del médico que atendió a la demandante se advierte que, para el día del parto la señora Gloria Yaneth Moreno no se presentó con la documental que soportaba la atención prenatal, información podía aportar la referida en dicho momento, así mismo, se encuentra que al momento del parto la paciente no manifestó ningún tipo de complicación que hubiese presentado a lo largo de los controles prenatales.

Resulta necesario, destacar el comportamiento de los demandantes, en tanto que si bien para el día 29 de agosto de 2013, obra consulta ante la SC Central Especialista de Fusa, en el que como motivo se indicó *paciente presenta limitación y pérdida de la fuerza de la mano derecha, Recomendaciones: control en 4 meses realizar terapia física*-. A su vez, se observa que, si bien en diferentes ocasiones el menor fue valorado por personal médico a efectos de que se realizaran los respectivos controles de crecimiento y desarrollo, en lo que respecta a la lesión padecida la demandante asistió a consulta el día 15 de marzo de 2010¹⁵, de dicho registro se advierte que se indicó *-paciente que asiste a consulta por presentar vencimiento de orden de ortopedia por parálisis de brazo ERB desde el nacimiento-*.

De igual manera, el día 24 de mayo de 2010 asistió a la SC IPS Fusagasugá por el siguiente motivo¹⁶:

Motivo de Consulta: *no he cumplido con las citas de pediatría*

Enfermedad Actual: *refiere que la madre que le han dado remisiones a ortopedia y no las ha cumplido refiere que esta vez si las desea cumplir.*

Al respecto es importante indicar que dada la lesión presentada por el menor era necesario la práctica de terapias que conforme a la literatura médica podían llegar a mejor dicha patología, no obstante, a todas luces se evidencia que no se cumplieron las citas de ortopedia, circunstancia que a juicio del Despacho pudo afectar el proceso de recuperación del menor.

Así las cosas, y conforme a lo expuesto en párrafos anteriores no se cuenta con la prueba idónea en la que se haya determinado el momento exacto en que se produjo la lesión sufrida por el menor y mucho menos las causas que la provocaron.

En consecuencia, para el Despacho no existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del personal de las entidades demandadas con hechos desencadenantes del daño, pues, se reitera, no obran elementos de convicción que permitan inferir que habrían sido las presuntas omisiones e irregularidades en el servicio médico prestado las que produjeron el hecho dañoso.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual responsabilidad de la entidad demandada, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del

¹⁴ Folio 300 c.1

¹⁵ Folio 2 c.2

¹⁶ Folio 6 c.2

Código General del Proceso, al preceptuar:

"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

Así las cosas, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia en la atención médica suministrada por la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop, frente a la atención médica suministrada a la señora Gloria Yaneth Moreno y el menor Joel Alejandro Gómez que dé certeza de la responsabilidad de las entidades demandadas a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor.

3.4. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si se cumplen los presupuestos de responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, por la eventual falla en el servicio originada en la atención médica suministrada por la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop a la señora Gloria Yaneth Moreno y el menor Joel Alejandro Gómez, se resolverá negativamente, por cuanto la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar el daño antijurídico, como las falencias en la prestación de la misma.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362013-0013000
Demandante	:	Ana Briceida Castillo Mateus y Otros
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional– Dirección General de Sanidad Militar - Hospital Militar Central

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 128**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Ana Briceida Castillo Mateus Kristian Raúl Díaz Martínez actuando en nombre propio y representación del menor Samuel Esteban Díaz Castillo presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar - Hospital Militar Central a efectos de que se les declare responsable por la falla en la prestación del servicio de salud que presuntamente causó las lesiones de asfixia perinatal y secuela de atrofia cortical al menor Samuel Esteban Díaz Castillo dentro del procedimiento de parto.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 22 c. principal).

1.2 Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 9 de abril de 2011, nació el menor Samuel Esteban Díaz Castillo en el Hospital Militar Central.

Indicó que, desde la manifestación del embarazo tuvo un control periódico de control de su estado gestón. de control asistido por especialista, sin que en ningún momento se evidenciara ningún tipo de anomalía con el feto.

Adujó que, el 9 de abril de 2011 ingresó al Hospital Militar Central en trabajo de parto, no obstante, la atención fue prolongada dando como resultado la asfixia perinatal en el recién nacido Samuel Esteban Díaz Castillo.

Manifestó que, una de las causales que había dejado la asfixia había sido hasta el momento *atrofia cortical* conforme al examen realizado el día 6 de septiembre de 2011 en el Hospital con Alma, Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín.

Refirió que, en la historia clínica se presentaban anotaciones que no eran exactas, por lo que se presentaban anomalías en dichos registros, por lo que se encontraba acreditado que para el segundo periodo de trabajo de parto el tiempo fue superior a los estándares médicos, acto que desencadenó la asfixia perinatal del infante.

Así mismo, señaló que una de las causas de asfixia perinatal como factores del intraparto, eran distocia de presentación, consistente en un alumbramiento anormal, situación acontecida con el menor Samuel Esteban Díaz Castillo.

Finalmente indicó que, debido a dicha patología los demandantes han sufrido perjuicios, los que son imputables a la entidad demandada.

1.3. Contestación de la demanda.

1.3.1. Hospital Militar Central

Mediante escrito del 4 de febrero de 2014, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones solicitadas por la parte demandada.

Señaló que, en el presente asunto el Hospital Militar Central no podía ser considerado como agente de responsabilidad en la medida que la valoración y diagnóstico fue oportuno y acertado.

De igual manera indicó que, dicha institución se encontraba dotada con los mejores recursos humanos, científicos, técnicos y administrativos y materiales de la llamada tecnología de punta, razón que dejaba sin fundamento fáctico la imprudencia y negligencia aludida como título de la pretendida declaratoria de responsabilidad.

Así mismo, se observa que en escrito separado la entidad llamó en garantía a la Previsora S.A. Compañía de Seguros.

1.3.2 Llamada en garantía

En escrito del 2 de marzo de 2016, la llamada en garantía presentó escrito de contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal.

Señaló que, en el caso bajo análisis, no se había configurado una falla en el servicio en tanto que no existía evidencia de responsabilidad imputable al Hospital Militar Central, toda vez que el servicio médico asistencial de atención gineco-obstetricia brindada a la paciente se realizó en cumplimiento de la *lex artis* exigida en el ejercicio de la profesión. Por lo tanto, no le asistía a la entidad hospitalaria y a la compañía de seguros ningún tipo de responsabilidad.

Advirtió que, en el presente proceso no se reunían los presupuestos generales de responsabilidad, por cuanto no se encontraba acreditado el nexo de causalidad entre el daño y la presunta conducta por la cual se pretende imputar responsabilidad al Hospital Militar Central.

1.4 Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 19 de febrero de 2013 (f. 187 c. principal), ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, correspondiéndole el conocimiento del proceso a este Despacho.

Mediante escrito del 13 de marzo de 2013, se inadmitió la demanda (fl. 189), una vez subsanados los yerros advertidos, en auto del 2 de mayo de 2013, se dispuso la admisión de la demanda (fl. 194 a 197).

A través de auto del 15 de mayo de 2015, se aceptó llamamiento en garantía formulado por el Hospital Militar Central contra la Previsora S.A. Compañía de seguros (fl. 390 – 391).

El día 14 de febrero de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 452 a 462).

El 8 de noviembre de 2018, se adelantó audiencia de práctica de pruebas (fl. 520 a 522).

Finalmente, el 12 de marzo de 2019, se adelantó continuación de audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 530 - 531 c. principal).

1.5 Alegatos de conclusión.

1.5.1. Parte Demandante

No presentó escrito de alegatos de conclusión.

1.5.2. Hospital Militar Central

Mediante escrito del 20 de marzo de 2019, el apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión.

Señaló que, en el caso bajo estudio la parte demandante no logró demostrar la responsabilidad del Hospital Militar, en tanto que no existían méritos objetivos que permitieran declarar responsable a la entidad.

Adujo que, no estaban probadas las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad administrativa de la entidad, toda vez que se encontraba acreditada la diligencia, pericia, pertinencia y oportunidad respecto del tratamiento y actuar de los galenos.

Advirtió que, revisado el material probatorio se concluía que no se encontraba probado el daño antijurídico, circunstancia por la que se interrumpía la relación causal respecto de la participación del Hospital Militar Central, razón por la que, se debía desestimar las pretensiones de la demanda.

1.5.3. La Previsora S.A. Compañía de Seguros

A través de escrito del 27 de marzo de 2019, la apoderada de la llamada en garantía presentó escrito de alegatos de conclusión.

Manifestó que, desde el día 9 de abril de 2011, que ingresó la paciente a la Hospital Militar Central, se le prestó la atención oportuna, idónea y adecuada, permitiendo en todo momento monitorear el estado de salud de la demandante y el de su hijo, teniendo a su disposición especialidades de pediatría y gineco-obstetricia y así como, todos los procedimientos adecuados y necesarios para su trabajo de parto.

Añadió que, mientras el menor estuvo en las instalaciones de la institución hospitalaria fue valorado por la especialidad de neuropediatría, descartando que este hubiese presentado asfixia perinatal durante el trabajo de parto, como de manera errónea lo aducía la parte demandante, puesto que el menor no cumplía con los criterios de un paciente propio de asfixia perinatal.

A su vez refirió que, de acuerdo a las pruebas recaudadas, la atención, valoración y tratamiento efectuado a la paciente y su menor hijo se realizó en todo momento de manera prudente y diligente de acuerdo a los protocolos y guías de práctica médico institucional, sin que las secuelas presentadas por el menor tuvieran como causa la prestación del servicio

médico.

1.5.4. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de la presunta falla médica en el proceso de parto del menor Samuel Esteban.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar - Hospital Militar Central debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la inadecuada prestación del servicio de salud dentro del proceso de parto en tanto que, al menor Samuel Esteban Díaz le fue diagnóstico lesión de asfixia perinatal.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.1.Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3.2 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Profundizando en el plano conceptual, de la misma jurisprudencia se toma:

"(...) la Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. Este, que no halla definición en la Constitución Política y fue adoptado de la legislación foránea y delimitado por la doctrina constitucional, ha sido entendido como aquel perjuicio ocasionado por la actividad lícita o ilícita del Estado que afecta patrimonial o extrapatrimonialmente a una persona que no está en la obligación jurídica de soportarlo." Negrillas del despacho.

Y citando jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, precisó:

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades este tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo" Negrillas del despacho.

En resumen, es de suma importancia para calificar si existe o no la responsabilidad del Estado que se corrobore, como primer paso, si existe un daño y, seguidamente, si el mismo se puede valorar como antijurídico conforme a la definición jurisprudencial que se ha dado de éste.

Para agotar el primer requisito de responsabilidad por falla del servicio, el Despacho encuentra que en el caso concreto examinado el escrito de demanda, el demandante ha hecho consistir el mismo en la presunta falla de *la atención prolongada en el trabajo de parto dando como resultado la asfixia perinatal en el recién nacido Samuel Esteban Díaz Castillo, que trajo como secuela atrofia cortical*.

De lo reseñado se concluye en principio que, las afectaciones que se reclaman en el caso objeto de estudio se refieren a la inadecuada prestación del servicio de salud prestado a la señora Ana Briceida Castillo Mateus en el proceso de parto, situación que originó la afectación de salud de su hijo Samuel Esteban Díaz.

En el caso objeto de estudio, se observa que la señora Ana Briceida Castillo Mateus ingresó el 8 de abril de 2011, con embarazo de 40.4 semanas, sin trabajo de parto, por lo que se requirió la inducción del mismo, y así mismo, se hizo necesaria la práctica de cirugía por cesárea.

Por otra parte, se advierte que el día 6 de septiembre de 2011, al menor le fue practicada resonancia magnética en el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín, en el que se dictaminó *sugiere diagnóstico de atrofia cortical, parénquima cerebral normal no hay hallazgos*

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ La referida sentencia de la Corte Constitucional incluye fragmentos de pronunciamientos del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

sugestivos de secuelas de encefalopatía hipoxica.

Acreditado el daño, se procede a dilucidar si el mismo le resulta atribuible a las entidades demandadas.

3.3 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: ‘La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos’. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio – simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

‘La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen’ (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las ‘estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho”⁵ (se resalta).

- De la responsabilidad del Hospital Militar Central

De la lectura de la demanda, se encuentra que el daño antijurídico atribuido a la demandada se constituyó de la siguiente manera: a) *La atención prolongada en el trabajo de parto expulsivo da como resultado la asfixia perinatal en el recién nacido Samuel Esteban Díaz Castillo* b) *La historia clínica presenta anotaciones amañadas e incompatibles (...) en el caso de estudio existen anomalías en las anotaciones no existe una verdadera anotación que indique lo acontecido.*

Tales omisiones deberán ser estudiadas, bajo la presunta omisión en la prestación del servicio de salud por parte de las entidades demandadas. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad estatal por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual, aquélla es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la **“falla probada del servicio”**, el título de imputación bajo el que es posible configurar

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar por parte del demandante la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.⁶

Por tanto, en esta materia, para que pueda predicarse la existencia de una falla, el H. Consejo de Estado ha precisado que es necesario que se demuestre que la “**atención médica**” no cumplió con estándares de calidad fijados por el Estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente; esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.

De esta manera, debe establecerse que si en el caso concreto, concurren el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado y una relación de causa a efecto entre los dos primeros, tal y como se desprende de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 Constitución Política de Colombia).

Igualmente, en el estudio que se hace del daño, en el presente asunto, ha de tenerse en cuenta que el mismo debe ser directo (relación entre el autor y la producción del daño), personal (calidad del perjudicado con el hecho y, por tanto, quien tiene derecho a reclamar) y cierto (el daño produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre).

Una vez revisada la historia clínica se advierte que el día 8 de abril de 2011, la señora Ana Briceida Castillo Mateus acudió al servicio de urgencias del Hospital Militar Central, refiriendo la siguiente sintomatología:

Enfermedad Actual

Paciente femenina con embarazo a término 40 4/7 semanas, quien acude a servicio de urgencias refiriendo dolor tipo contracción leves y movimientos fetales presentes sin descargos vaginales⁷

08/04/11 07:42 p.m.

Ginecología y Obstetricia Turno Noche:

Paciente de 35 años con diagnóstico de:

1 Embarazo de 40.4 semanas por ecografía / G1P0A0

2 Parto

3 Feto único vivo

Sí Paciente refiere sentirse bien, movimientos fetales (+), niega actividad uterina, niega pérdidas

vaginales, sin síntomas de vasoespasmo. Diuresis (+) sin alteración, no deposición.

08/04/11 23:30

Dx 1 emb 40.4 sem x FUR

2 fase latente de trabajo de parto

3 Maduración cervical.

Sí Refiere leve dolor en hipogastrio, percibe movimientos fetales, niega pérdidas vaginales.

O/ Paciente en adecuadas condiciones generales.

TA 110/70 FC80, cardiopulmonar sin alteraciones, abdomen útero grávido, feto único

09/04/10 16:30

NOTA OPERATORIA

Dx pre Qx:

1 Emb 40 4/7 sem x FUR

2 G1P0

3 Detención del descenso

4 Instrumentación fallida.

Dx. Post Qx: 1 IDEM

- Intervención: Cesárea segmentaria transperitoneal.

- Hallazgos: RN vivo de sexo masculino a las 15:37, de 48 cm, peso 3310gr, meconio espeso reciente grado III, agar

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Expediente Número 66001-23-31-000-2001-00063-01 (25075). C. P. Danilo Rojas Betancourt.

⁷ Folio 8 c. 1

- Cirujano: Dr. Zabala
- Ayudante: Luisa Sarmiento
- Instrumentadora:
- Anestesiólogo: Dr. Sarmiento
- Complicaciones: ninguna⁸

"Servicio tratante: Ginecología y Obstetricia

Diagnósticos

Parto por cesárea, sin otra especificación

Objetivo PCTE FEMENINA DE 35 AÑOS CON IDXPOP CESAREA POR INSTRUMENTACION FALLIDA RECIEN NACIDO VIVO PUERPERIO MEDIANO DIA 25: DEAMBULA, TOLERA VIA ORAL, NIEGA FIEBRE, SANGRADO GENITAL ESCASO.

(...)

PACIENTE ESTABLE HEMODICAMENTE, CON ADECUADA EVOLUCION DE POSOPERATORIO INMEDIATO Y MEDIANO, SIN SIGNOS SIRIS, EN CONDICIONES OPTIMAS PARA EGRESO. POR LO QUE SE DECIDE DAR SALIDA CON RECOMENDACIONES Y SIGNO DE ALARMA⁹".

Ahora bien, de la atención brindada al menor se encuentra lo siguiente:

LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO

9 abril 2011

Producto 1 embarazo edad 35 años madre 35 años

GIPOVICI CPN normal parto cesárea no bajó el bebé instrumentado

cefalohematoma

hospitalizado 6 días por cefalohematoma parietal.

28 abril/11

GINECOLOGIA

Paciente en control puerperal

Cesárea: hace 3 semanas post instrumentación fallido

Actualmente evolución puerperal satisfactoria, el bebé se encuentra control por neuro

- pediatría

La pte ha evolucionado satisfactoriamente se da manejo para flujo genital y recomendaciones de manejo.

Ahora bien, en el presente asunto se advierte que el día 8 de noviembre de 2018, se adelantó audiencia de práctica de pruebas en la que se recepcionó el testimonio de 2 de los médicos que atendieron a la señora Ana Briceida Castillo.

En primer lugar, tenemos la declaración del doctor Daniel Zabala Castillo, médico especialista en ginecología y obstetricia, de dicho testimonio se extrae lo siguiente:

Preguntado: Por favor sirvanos indicar qué conocimiento tiene con relación a la atención que se le brindó a la señora Ana Briceida Castillo. Interrogado: Tuve la oportunidad de revisar la historia clínica ya que esta situación se presentó hace unos meses. Preguntado: Se deja constancia que se pone de presente al Doctor Daniel la historia clínica que obra a folio 29 y siguientes del cuaderno principal. Interrogado: Yo tuve la oportunidad de revisar la historia clínica en el hospital pero prefiero con el texto en la mano hacer un resumen de la misma, fue una paciente que consultó al servicio de urgencias de maternidad del Hospital Militar en abril del 2011, la paciente venía a control por el servicio de urgencias, refería tener un embarazo de 40 semanas 4 días y referida tener dolores bajos tipo contracción, como antecedentes de importancia no se encontró ningún antecedente de importancia, pero dentro de sus antecedentes tenía una fecha de última regla del 29 de junio de 2010 que para la

⁸ Folio 385 c.1

⁹ Folio 7 C.1

época de la consulta le daba un embarazo de 40 semanas 4 días, era una primigestante, a quien se le había realizado el control prenatal en las instituciones de las fuerzas militares, en el examen físico se encontró una paciente con buen estado general con signos vitales normales con una altura uterina de 35 cm, se le hizo un tacto vaginal en el que se encontró un cuello largo cerrado, se hicieron diagnósticos de embarazo de 40 semanas 4 días de primigestante y un parto, con esos diagnósticos se decidió hospitalizar la paciente para desembarazarla porque tenía un embarazo de más de 40 semanas y la conducta en los embarazos de más de 40 semanas es desembarazar la paciente, se le ordenó ponerle un óvulo de dinoprostona, que es un óvulo que se usa para madurar el cuello y lograr un buen trabajo parto, esta paciente se hospitalizó el día 8 de abril a las 3:00 de la tarde, se le colocó el óvulo de dinoprostona que es un óvulo que actúa durante unas 24 horas para lograr que ese cuello se madure y dilate para lograr inducir el trabajo de parto y que se logre un trabajo de parto vaginal exitoso, entonces se le colocó ese óvulo de dinoprostona y la paciente empezó con actividad uterina y al día siguiente, o sea el 9 de abril en las horas de la tarde la paciente entró en franco trabajo de parto, la paciente entro en fase de expulsivo alrededor de las 2 de la tarde en la que estaba en 10 cm de dilatación con un borramiento del 100% se condujo ese trabajo de parto durante el seguimiento del expulsivo que es la segunda etapa del trabajo de parto, se vio que hubo una detención del descenso de la presentación del feto, por lo cual se intentó una instrumentación a ver si se lograba descender un poquito esa presentación, una instrumentación es colocar unas espátulas para ver si el bebé baja, esa instrumentación fue fallida por lo cual se decide desembarazar a la paciente por cesárea, esta conducta se tomó a los 55 minutos de la fase expulsiva, esa paciente se llevó a cesárea el 9 de abril a las horas de la tarde, se hizo una cesárea, se obtuvo un recién nacido de sexo masculino a las 3:37 de peso 3.310 gramos con meconio, el meconio es cuando el bebé se hace deposición dentro del útero y puede significar que ese bebé estaba en sufrimiento, el bebé salió hipotónico por lo cual fue necesario entregárselo a pediatría para que lo reanimaran, hipotónico es que salió con poco esfuerzo respiratorio con poco tono fetal, el concurso del obstetra llega hasta ahí, uno entrega el recién nacido al pediatra, el recién nacido fue recibido por los pediatras para su reanimación, nosotros continuamos con el procedimiento quirúrgico que no tuvo ninguna otra complicación, la paciente después evoluciona satisfactoriamente y se le dio salida, eso es más o menos el resumen que se le dio a esa paciente en ese momento en el servicio de urgencias. Preguntado: Conforme a la historia clínica podría precisarnos la hora de llegada y la hora en la cual se dio inicio al trabajo de parto. Interrogado: Si la paciente ingresó al servicio de urgencia, o sea a las salas de maternidad el 8 de abril a las 3:15:10 según registra en la historia clínica, cuando la paciente ingresa al servicio de urgencia permanece monitorizado por los grupos de turno, por ejemplo cuando ella ingresó yo no estaba de turno, estaban otros especialistas, se le colocó ese óvulo que les mencioné anteriormente que dura 24 horas para lograr la maduración del cuello, siguió las 5 de la tarde, luego 7 de la noche, 8 de abril, 11 de la noche seguía en maduración cervical únicamente, cuando se pone el óvulo lo que hace uno es valorarla más o menos cada 2, 4 horas, si se le hace una monitoria permanente a las 2:00 de la mañana del 8 de abril seguía con el óvulo de dinoprostona y ese 9 de abril al día siguiente a las 8:00 de la mañana seguía con la maduración cervical, a las 10:00 de la mañana se le hace un tacto vaginal y el cuello ya había modificado un poco, estaba en 1 cm corto y duro, eso quiere decir que, el óvulo ya había hecho efecto en lo que estábamos buscando, que era madurar ese cuello, a las 12 seguía con contracciones irregulares y a las 2:30 la paciente entró en franco trabajo de parto, o sea a las 2:30 del día siguiente del 9 de abril. Preguntado: Nos indica usted en su declaración que una vez tuvieron un poco de dilatación del útero trabajó con espátulas a efectos de poder realizar el trabajo de parto y ante el infructuoso trabajo de parto se realizó el trabajo con cesárea, puede usted indicarnos cuál es el momento o cuáles son las condiciones que se debe tener una paciente para determinar si su trabajo de parto debe ser a través de cesárea o no. Interrogado: Lo que se busca en todos los trabajos de parto es que el parto sea vaginal, es lo ideal en todos las pacientes, para eso nosotros monitorizamos todos los trabajos de parto y en la fase expulsiva que es la fase final del trabajo de parto, el bebé tiene que ir descendiendo estrictamente 1 cm por hora en ese canal del parto y es solo a 1 monitorizando durante los exámenes que hace uno a la paciente cuando el bebé deja de descender, entonces es un signo de alarma para ver si es necesario intervenir durante ese trabajo de parto o bien sea con instrumentación la hacemos con espátulas de Velasco o con fórceps para lograr descender más ese bebé y si no se puede con las espátulas o con los fórceps, entonces el especialista decide si hace cesárea o no, pero hay muchas indicaciones necesarias, por ejemplo, si el bebé está en el expulsivo y empieza a hacer desaceleraciones que sugieren que hay sufrimiento fetal, uno hace la cesárea inmediatamente o si durante el expulsivo no hay un sangrado masivo, pues uno tiene que hacer la cesárea inmediatamente o si durante el expulsivo se hace prolapso del cordón, que quiere decir que, el cordón sale por el canal del parto, eso llevaría a ese bebé a un sufrimiento fetal, entonces el obstetra tiene que hacer cesárea inmediatamente, o si ese bebecito viene sentado desde que uno lo toca y están expulsivo y está sentado, uno no lo pasa a cesárea inmediatamente, hay múltiples causas o indicaciones de intervenir con cesárea a las pacientes de trabajo de parto, en este caso en especial, fue una detención del descenso sea el bebecito, dejó descender exclusivo aquí dice que duró 55 minutos que está dentro de los parámetros de un expulsivo, se intentó extraer ese bebé con unas espátulas lo cual no se pudo hacer porque a veces uno coloca las espátulas y son difíciles de poner o no cuadran o el bebecito está muy alto, entonces la instrumentación puede ser muy traumática y el especialista decide hacer cesárea en vez de poner las espátulas que fue lo que se hizo en este caso, este caso se intentó, no se pudo, entonces se decidió ir a hacer una cesárea porque hubo una detención del descenso sin que el expulsivo hubiera sido prolongado y sin que se evidenciara signos de sufrimiento fetal. Preguntado: Se indica que el bebé tuvo una asfixia perinatal, tiene usted conocimiento a qué obedeció dicha asfixia. Interrogado: La asfixia intraparto, es un síndrome bien complejo y yo tuve especial cuidado en revisar la historia clínica y siempre que un bebecito sale deprimido, cómo fue este caso, los pediatras ponen asfixia, intra parto, de hecho eso lo consignaron en la historia clínica. Pero en otras notas más adelante, los pediatras

ponen que en este caso no hubo evidencia precisa para catalogar de que hubiera habido asfixia, intraparto y lo dicen textualmente, no hay criterios clínicos para asfixia intraparto y lo que conlleva a la asfixia es a un problema neurológico y ellos ponen ahí claramente que no hubo, no hay evidencia clínica ni paraclínica de una asfixia intraparto moderada o severa, el bebé nació deprimido, fue necesario que lo entubaran, entubaron es que le ponen un tubo porque no puede respirar por sus propios medios (...), pero ese proceso fue durante sólo 5 minutos, lo entubaron 5 minutos, después se quitó el tubo y siguió perfecto, después los gases arteriales estuvieron bien, el examen neurológico estuvo bien y las valoraciones de neuro pediatría que yo lei en la historia clínica dicen que el bebé neurológicamente está bien, de hecho creo que el desarrollo neurológico del bebé ha sido normal, lo que pasa es que aquí solo vi una consulta que hubo a los 40 días de nacido pero no sé qué haya pasado con ese bebé y dos años después qué sé, debe tener ahora 7 años 6 años, asumo que lo que pasa es que el parto y el expulsivo es tan difícil que pronto se produjo un colapso de la circulación por el cordón porque se comprime el cordón transitoriamente, dejó de llegar el aporte, por eso hizo meconio el bebé y por eso nació deprimido pero los bebés toleran esas cosas, es decir, hay muchos bebés que se les corta la circulación y si eso es transitorio que uno no lo pueda evitar porque por ejemplo yo ordené la cesárea o sea las 12 de la tarde y a las 12:05 ya estaban naciendo ese bebé, si en ese lapso de 5 minutos el cordón se comprimió eso no lo puedo evitar pues es muy difícil, solo que uno cuando saca el bebé nace un poquito deprimido, y eso fue transitorio, es probablemente lo que le produjo el daño, la otra es que el bebé tenga algún trastorno neurológico que lo haya hecho susceptible a que esa injuria no la tolere tan fácilmente, entonces sino depende ni el médico, ni del obstetra, ni de nadie, sino que son cosas que traen inherentes los recién nacidos. Preguntado: Podría precisarnos a qué se refiere con trastornos neurológicos. Interrogado: no sé, alguna predisposición genética del bebé, algún problema que traiga genéticamente o que traiga el bebé de alguna encefalopatía o alguna predisposición neurológica que no son evidentes al examen físico sino con el tiempo. Preguntado: Nos indica usted que el bebé presentó meconio, qué contraindicaciones puede traer esa contaminación con un recién nacido. Interrogado: Si, la presencia de meconio, son las heces, o sea, el esfínter anal se dilata y sale el contenido intestinal a la carga uterina, estas heces son estériles, eso no, no son infecciosos, son estériles, lo que pasa es que el obstetra siempre está pendiente de la presencia de este signo clínico, porque puede traducir en el 50% de los casos un compromiso del bienestar fetal, pero en el otro 50% de los casos esos bebés están bien, entonces, si uno en el trabajo parto ve la presencia de meconio, entonces alerta y hace más monitorización y si la monitoria es mala opera el bebé antes de que vaya verse complicaciones serias, pero el meconio no necesariamente implica sufrimiento fetal, solamente el 50% de los casos si yo tengo un trabajo parto y el bebé hace meconio y la monitoria me dice que todo está bien, se puede perfectamente tener un trabajo de parto, el problema del meconio es que los bebés lo aspiran, y lo aspiran y hacen dificultad respiratoria y eso no lo podemos evitar nosotros los obstetras, porque en el trabajo de parto hay meconio y voy, hago cesáreas, saco a ese bebé antes de que estuvieran expulsivo, pero ese bebé ha hecho, es probable que pueda haber hecho broncoaspiración a los pulmones de meconio desde antes de que ingresara a la sala de partos entonces el meconio por eso es tan complicado, si él bebé lo aspiró en el útero, yo hago la cesárea, ese bebé va a salir comprometido y el obstetra no puede hacer nada para evitar, es básicamente el problema del meconio (...).

La anterior declaración da cuenta de la atención médica prestada a la señora Ana Briceida Castillo, en su trabajo de parto, pues se trató de una paciente que se encontraba con más de 40 semanas de gestación, requiriendo del suministro de medicamentos – ovulo dinoprostona – con el fin de lograr la dilatación e inducir el trabajo de parto vía vaginal, así mismo, se advierte que, durante la segunda etapa del trabajo de parto que es el expulsivo, se presentó una detención del descenso del feto, circunstancia que requirió la implementación de instrumentación con el fin de lograr que el feto descendiera, no obstante, la instrumentalización fue fallida, por lo tanto el personal médico decidió practicar cesárea.

De igual manera, se advierte que en dicha audiencia, rindió declaración la doctora Nury Isabel Mancilla Gómez, médico especialista en neurología pediátrica, galeno que atendió al menor, de dicha declaración se advierte lo siguiente:

Preguntado: se le otorga el uso de la palabra para la doctora Nury para que nos indique qué conocimiento tiene relación con la atención que se le brindó a la señora Ana Briceida. Interrogado: Bueno, se trató de un recién nacido que fue valorado en los servicios de neonatología, en consulta externa y en urgencias también de pediatría, por cursar con alto riesgo por haber presentado en una upgar bajo recuperado, una taquipnea transitoria del recién nacido, se le hizo seguimiento por el alto riesgo y además porque consultó (...), aparentemente por presentar unos movimientos que sugieren crisis o convulsiones, se hospitalizó, se tomó un electroencefalograma, fue reportado como normal y se solicitó una resonancia magnética cerebral, la cual sería revisada posteriormente en consulta externa, en la evolución se encontró que, el paciente a los primeros meses de vida no tenía ninguna alteración, pero en la valoración por consulta externa a los dos meses (...) después de ese momento no fue valorado, por ejemplo, en mi consulta, ni tampoco evidencio una consulta por Neurología pediátrica. Preguntado: Podríamos remitirnos un poco antes, conforme a la historia clínica, hay una valoración el día 12 de abril de 2011, podría confirmarnos si es su rúbrica. Interrogado: 12 abril del 2011, Si,

Una valoración por Neurología pediátrica sí, aquí está, dice que se trató de un paciente que nos los Interconsultan para valoración por una instrumentación fallida, y requirió una realización de cesárea de urgencia. Si, en el momento se valora el paciente, se encuentra que el único criterio fueron unos gases de cordón alterados, que el apgar estuvo bien y que no cumple todos los criterios para encefalopatía hipóxica isquémica, sin embargo, se recomienda un seguimiento por la consulta externa de Neurología pediátrica. En ese momento no se encontró ninguna alteración al recién nacido. Preguntado: Dicha valoración se hace con base en el examen físico del paciente, o se basa en algún tipo de examen diagnóstico. Interrogado: En el examen físico del paciente se revisaron los gases iniciales, los gases, controles, en donde desapareció la acidemia metabólica y en una tomografía de cráneo, que estaba reportada como normal, excepto por un cefalohematoma que está acá el reporte, el TAC tiene un reporte que ellos reportan un encefalograma (...). Preguntado: Podría explicarnos a qué hace referencia. Interrogado: O sea, que a nivel cerebral no se evidenció ninguna lesión en el paciente, por lo tanto, no a nivel intraparenquimatoso, a nivel cerebral no se evidenció lesión, por tanto, no se considera que hubo daño a nivel de tejido cerebral o por lo menos reportado en ese examen. Preguntado: Estamos frente a un paciente que presentan asfixia perinatal, conforme a lo que se pudo observar en la historia clínica, una vez él bebé nace, cuál es el paso a seguir clínicamente, a qué especialista le hacen el paso al bebé para que lo examine. Interrogado: Una vez el paciente nace, el paciente es valorado por neonatología, son los neonatólogos el eje de las valoraciones del paciente y luego en las otras especialidades empiezan a participar como en Neurología pediátrica y la participación de oftalmología y si lo requiere, la valoración de fisiatría, en general, es un equipo multidisciplinario que le hace seguimiento a neonatos de alto riesgo, que el alto riesgo hace que el paciente tenga seguimiento por esta especialidad, pero en el primer momento la adaptación y todo la hace es el neonatólogo, el pediatra que está en la unidad de cuidado intensivo neonatal. Preguntado: Para efectos de descartar cualquier tipo de lesión que pueda sufrir el bebé durante el proceso de parto qué exámenes se autorizan practicarle. Interrogado: Lo primero es la valoración, una historia clínica y un examen neurológico completo (...) el examen neurológico incluye el estado de conciencia, los pares craneales, la parte sensitiva, el nivel motor, la integración de los reflejos primitivos y el tono de la fuerza muscular y el tono muscular del paciente una vez uno realiza examen neurológico, le da unas pautas para un control para solicitar control de neuro imágenes (...) dependiendo si se encuentra un hallazgo o no que sugiera un compromiso de estas vías, es como un tamizaje que se hace para hacer una detección temprana y una intervención precoz. Preguntado: De lo que pudo revisar en la historia clínica, qué exámenes de estos se le practicaron aquí al menor. Interrogado: Se disponen solamente de una historia clínica hasta mayo del 2011, si, o sea, se le había solicitado una resonancia magnética, cerebral y de unión cráneo cervical, pero el paciente no consultó, ya no tengo ningún folio donde diga que el paciente haya consultado, entonces no sé si el paciente continuó seguimiento en otra institución diferente al Hospital Militar Central o en los controles por Neurología pediátrica, porque no dispongo de ese folio, de ese registro. Preguntado: Este TAC cerebral que tuvo usted a su alcance fue ordenado por usted. Interrogado: Cuando yo llegué a ver el paciente, la interconsulta ya había sido solicitado por el servicio de neonatos. Preguntado: Fue usted la que hizo el estudio del resultado del TAC. Interrogado: Cuando yo llegué, el TAC estaba solicitado, igualmente tenía una lectura por el neuro radiólogo e igualmente fue revisado por mí y se corroboran los hallazgos descritos por el radiólogo, no hay ninguna incongruencia entre los reportados, y lo que yo vi. Preguntado: Lo que usted nos indica que puede ver para corroborar los resultados con el TAC, en su experiencia qué tipo de aspectos puede usted notar que puedan conllevar a establecer una lesión en un bebé. Interrogado: Por ejemplo, la presencia de edema cerebral, la presencia de ventrículo más grandes, sangrado intra parenquimatoso, es decir, dentro del cerebro o lesiones isquémicas como tal, que de pronto son los hallazgos que podría mostrar en una neuro imagen, pero en este paciente, el TAC fue reportado normal excepto por la descripción de colección de cefalohematoma que ya habíamos descrito previamente. Preguntado: Esta última relación con el encefalomatoma que nos indican, qué indicaciones tiene, o sea, qué operaciones o qué implica en el desarrollo de una persona. Interrogado: Aparentemente no tiene ninguna consecuencia porque en oportunidades, un hallazgo esperado relacionado con el moldeamiento de la cabeza durante el trabajo de parto, en la medida que el paciente va descendiendo por el canal, puede haber alguna deformidad de la cabeza que se produce de manera fisiológica sí, y esto en general, no tiene ninguna consecuencia a futuro en el neuro desarrollo, cómo fue paciente instrumentado con una instrumentación fallida y el hallazgo de cefalohematoma, a veces esos cefalohematomas pueden enmascarar o de pronto pueden haber fracturas debajo y por eso se hizo necesario tomar un TAC precisamente como les decía, para ver la ventana ósea y descartar que no hubiera ninguna fractura y en este caso el paciente no tuvo ninguna fractura asociada. Preguntado: Puede indicarnos si científicamente es posible establecer la causa de una asfixia perinatal. Interrogado: Sí claro, porque están los criterios establecidos para asfixia perinatal, no los criterios, los que enunciaba antes del colegio americano de ginecología y obstetricia, donde se habla de una acidemia metabólica, una base, acceso y, a mayor, a menos 16 la presencia, o sea persistente después de la primera hora de vida, el apgar bajo, el apgar menor a 5 después de los 5 minutos, la presencia de compromiso de órgano blanco, la disfunción multi sistémicas, la necesidad de ventilación mecánica y la presencia clínica de una encefalopatía hipóxica isquémica, le dije, la clasificación del apgar nos ayuda a determinar si es una asfixia leve y una asfixia moderada o si es una asfixia severa y reuniendo todo, puede decir, si es una asfixia o definitivamente fue un paciente que requirió una adaptación conducida y pues los parámetros fueron negativos, hay unos signos indirectos que le pueden decir a uno si hay un compromiso de un órgano blanco y son unas medidas bioquímicas y en este paciente se le tomó una troponina que indica a ver si hubo compromiso órgano blanco, en este caso corazón y la troponina del paciente fue negativa. Si, ahí está menor de punto 01. Preguntado: Podría referenciarlos en la historia clínica. Interrogado: Menor a punto 01, pero este es el registro de la historia clínica del 12 de abril espere le buscamos el paraclínico, el reporte oficial del laboratorio está reportada en la historia clínica del 12 pero no

encuentro el paraclínico del laboratorio el reporte oficial del laboratorio no lo encuentro en los folios que aquí se me presentan, hay un ecocardiograma también del 12 de abril, donde no hay disfunción miocárdica, la troponina nos indicaría si existe o no disfunción miocárdica y el paciente por ecocardiograma no la tiene. Preguntado: Podría indicar la diferencia entre asfixia e hipoxia. Interrogado: Hipoxia es la disminución de la oxigenación sí, y ya en la asfixia como tal, hay compromiso sostenido después además de la disminución de la oxigenación, si hay compromiso de órganos, órganos blanco a veces los términos podrían ser indeterminados, digamos que algunos autores los manejan como hipoxia neonatal o asfixia neonatal como sinónimos, realmente a veces no es posible hacer una como una diferenciación entre lo uno y lo otro por la variedad de términos, pero en general, cuando uno, porque en el diagnóstico clínico de nosotros, cuando hay una asfixia uno puede decir que hay una encefalopatía hipóxica isquémica, encefalopatía se refiere a que compromete el cerebro una asfixia, además podría comprometer otros órganos blandos con o sin el cerebro. Preguntado: Y en cuanto al diagnóstico de una hipoxia perinatal, la misma puede estar sujeta a qué tipo de lesiones o afectaciones durante el trabajo de parto. Interrogado: A los mismos, los mismos criterios, por eso el paciente teniendo en cuenta los criterios que le enuncié, no están dentro de lo que uno consideraría como tal una asfixia, el paciente requirió una adaptación conducida, pero en los primeros 5 minutos, que es el apgar para medir si hay o no una hipoxia, el paciente se recupera sí, incluso, cuando se hizo esa clasificación, el apgar, después de los 5 minutos, se consideró como un valor pronóstico para mirar a ver si entre sí, el apgar permanecía bajo a los 5 minutos y había más posibilidad de una lesión neurológica, se consideró como un factor pronóstico en la evolución del paciente. Preguntado: En este caso, a su juicio, de la evolución del paciente, qué conllevó a ese estado actual. Interrogado: Señor juez, yo desconozco el estado actual del paciente, o sea. El paciente en ese momento lo único que mostraba era una alteración del tono, sí, pero esa alteración del tono no puedo decir que sea una consecuencia como tal, porque realmente no tuve en este momento, no puedo establecer si existe o no una secuela, porque no sé cómo está el paciente(...).

Por parte el Despacho encuentra que, obra dictamen pericial rendido por la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, en el que se absolvió el cuestionario remitido por la parte actora con base a la historia clínica de la señora Ana Briceida Castillo, documento que fue suscrito por el médico gineco-obstetra del grupo de peritos de la referida federación suscribió el dictamen

A su vez se advierte que el día 12 de marzo de 2019, se llevó a cabo contradicción del dictamen, en el que el galeno indicó:

Preguntado: A usted se le sometió a la elaboración del dictamen a efectos de establecer la pertinencia y adecuado trato médico que se le brindó a la señora Ana Briceida Castillo, así como al menor Samuel Esteban Díaz Castillo durante el trabajo de parto, qué podría usted comentarnos al respecto de lo que pudo evidenciar de la historia clínica y de las conclusiones a las cuáles usted llegó respecto de dicha atención. Interrogado: Yo tengo una copia del dictamen que presente. Preguntado: Permitame para corroborar que sea el mismo documento que se allegó, el Despacho deja constancia y coteja que se trata del mismo documento que fue presentado a este Despacho y por lo tanto, se autoriza al perito consultar las conclusiones a las que llegó. Interrogado: Sí, en este peritaje solicitado, básicamente se hace un resumen de la atención que recibió la señora Ana Briceida Castillo Mateus, durante el trabajo de parto en el Hospital Militar Central y se responde a unas interrogantes que envía el solicitante del peritaje y respecto a la procedimiento que fue realizado en el hospital y, a si este procedimiento se atuvo a Lex artis en la forma en que fue ejecutado, (...) esta es una señora que ingresa al Hospital Militar en trabajo de parto, iniciando su trabajo de parto con un embarazo de 40.4 semanas, era una paciente primerigestante y en razón a los factores de riesgo que presentaba ella, en ese momento referentes a su edad y al estado mismo del embarazo, que era de 40.4 semanas, es decir, que se encontraba ya en el límite del término, fue hospitalizada para iniciar la inducción del trabajo de parto con la utilización de prostaglandinas vaginales, medicamento este que inicia o induce el trabajo de parto, es decir, la dilatación y el borramiento del cuello, se produjo finalmente, la señora entra en el período expulsivo, es decir, el período en el cual la presentación del feto está ya listo para el parto, pero en esta parte se detuvo el descenso de la presentación, fue sometida a una instrumentación mediante la aplicación de espátulas que fueron fallidas, por lo cual se le llevó a una intervención de cesárea, como resultado de esto, se obtuvo un recién nacido que se encontró con líquido miconial y que fue llevado a la unidad perinatal después de esto, el recién nacido es sometido a una serie de exámenes, uno de ellos en el Hospital Pablo Nuri de Medellín, donde encuentran una lesión a nivel cortical que presentaba en ese momento el recién nacido, este es el resumen de la atención y se interroga en varios aspectos que me permito leer, determinar si el diagnóstico y la atención médica hospitalaria recibido por la señora Ana Briceida Castillo Mateus al momento de su parto el 9 de abril del 2011, fue adecuada desde el momento de su ingreso al Hospital Militar Central y si se adoptaron los tratamientos médicos, de acuerdo a la Lex artis. Se respondió en este peritaje. Revisada la historia clínica se encuentra que al momento del ingreso de la señora Ana Briceida Castillo Mateus al Hospital Militar Central, esta se encontraba clínicamente con un embarazo a término de 40.4 semanas en fase de pre parto con cuello uterino sin cambios, considerando los factores de riesgo de la paciente dados por ser primigestante mayor con embarazo a término, deciden hospitalizarla para control, la recomendación existente en las guías de manejo del Ministerio de Salud del año 2013 es el parto electivo, es decir, a través de inducción

sin sobrepasar la semana 41, inician proceso de maduración cervical con medicamento dinoprostona correspondiente, prostaglandina que se utiliza para el inicio de contracciones uterinas activas previa realización de monitoria fetal electrónica, considerada como categoría 1, es decir, que no muestra alteración del estado fetal al momento de efectuarse, si bien es cierto que el trabajo de parto se efectúa en un período de 4 horas anotado en el folio 10, lo cual es acelerado pero no precipitado, el descenso de la presentación en el período expulsivo activo, por lo cual efectúan a los 55 minutos una toma con espátulas de Velasco que no fue efectiva, es decir, no logró complementar el parto, por lo cual deciden efectuar intervención de cesárea, si bien es cierto que la duración normal de la fase activa del expulsivo en nulíparas es de hasta una hora si no tienen analgesia neuro axial y de hasta dos horas si la tienen, la intervención efectuada en este caso luego de casi una hora de expulsivo, se ajusta a la lex Artis. La segunda pregunta, si el procedimiento realizado por los médicos del Hospital Militar Central fue acorde con los protocolos establecidos para las primerizas en trabajo de parto expulsivo, la respuesta es, si fue acorde. Si hubo trabajo de parto prolongado o expulsivo prolongado, la respuesta, la duración normal de la fase activa del expulsivo en nulíparas está de una hora si no tiene analgesia neuro axial y hasta dos horas si la tiene, en este caso la duración del período expulsivo activo fue de 55 minutos, lo cual lo sitúa en el límite de tiempo aceptado por las guías para la definición y podría aceptarse como un período de expulsivo prolongado tercero. Si se evidencia inconsistencias en las anotaciones de la historia clínica de la demandante por parte de los médicos tratantes con las de las enfermeras, la respuesta en la revisión efectuada de los folios enviados de la historia clínica, no se encontró inconsistencia en las anotaciones efectuadas por el grupo enfermería y las efectuadas por parte de los médicos. Cuarto, si la asfixia perinatal que padece el infante, Samuel Esteban Díaz Castillo, aconteció antes de su nacimiento, durante su gestación en trabajo de parto, o después de su nacimiento, teniendo en cuenta las anotaciones efectuadas a folio 27 sobre los hallazgos del recién nacido, conillitas, recién nacido de sexo masculino de peso 3310 gramos, meconio espeso, reciente grado 3, bebé sale empujado de salas, apgar al minuto de 4, 8 a los 5 minutos, 9 a los 10 minutos, gases arteriales compatibles con asfixia perinatal moderada en el folio 27 y considerando que las monitorias y controles durante el trabajo de parto se encontraban normales en relación al estado fetal, es posible que el compromiso que determinó estos cambios se diera durante el período del parto, la hipoxia perinatal corresponde a la falta de oxígeno en general o en diversos órganos que se produce en el feto o el recién nacido, un neonato, la hipoxia perinatal puede aparecer debida a causas que afectan a la madre, a la placenta y/o al cordón umbilical o al propio feto y neonato como en los casos de deterioro de la oxigenación materna por enfermedades cardiopulmonares y anemia e insuficiente irrigación placentaria por hipotensión materna, anomalía de la contracción uterina, alteración en el intercambio de gases, en la placenta por desprendimiento prematuro, placenta previa, insuficiencia placentaria, interrupción en la circulación umbilical por compresión o accidentes en el cordón o incapacidad del feto para mantener una función cardiocirculatoria adecuada como los casos de anemia fetal, anomalías cardíacas y arritmias. Preguntado: Una vez realizado el recuento de las conclusiones a las que usted llegó. Podría manifestarnos y aclararnos los motivos por los que llegó a la conclusión de que el trabajo de parto se realizó conforme a la Lex artis, para este objeto usted podría indicarnos a qué hace referencia cuando se indica período expulsivo o activo. Interrogado: El trabajo de parto como tal tiene varias fases, tiene una fase que se denomina de latencia, es aquel período en el cual en la señora se inician contracciones irregulares, es decir, inician la sensación de dolor, de contracción uterina, pero estas contracciones no son suficientes para causar cambios en el cuello uterino, que es el que debe cambiar durante el trabajo de parto para que se produzca la expulsión del feto. Una vez que estas contracciones se regularizan y llegan a ser alrededor de 3 en un período de tiempo de 10 minutos, con una duración mayor a 30 segundos y una intensidad mayor a 180 yz, es la multiplicación de la duración por la intensidad, esto causa una actividad de cambio en el cuello, causando la dilatación del cuello y que el cuello se acorte a fin de que el feto pueda producirse la expulsión, esto se denomina período activo del trabajo de parto, este período activo a su vez, tiene dos fases, una primera parte que va aproximadamente hasta los 5 cm de dilatación del cuello y una segunda parte que va entre los 5 y los 10 y una tercera parte que es cuando ya está completamente dilatado el cuello y se produce la expulsión del recién nacido debido a las fuerzas de contracción del útero, a las fuerzas de presión de la pared abdominal que se suceden por el pujo de la madre durante el período expulsivo, este período expulsivo puede verse demorado por falta de fuerza de la contracción, es decir, el útero no se contrae de manera adecuada por falta de pujo de la madre en periodos o en situaciones en las cuales la madre llega este período muy cansada, deshidratada, en una condición deficiente por analgesia severa que se le puede aplicar a la madre también, entonces pierde la intensidad del pujo o por defectos a nivel de la pelvis de la madre que se hace una pelvis inadecuada para el parto, esto produce que este período expulsivo en las pacientes que no han tenido hijos, es decir, aquellas que se denominan nulíparas, pues puede ser hasta de una hora cuando ya tienen algo de analgesia para el parto, es decir, los músculos han tenido una seducción y se contraen un poco menos fuertes, perdón, hasta una hora si no la tienen hasta dos si tienen este tipo de analgésico, en la mujer que ha tenido ya varios hijos este período pues es más corto, si este período se prolonga después de este tiempo pueden acaecer circunstancias que de alguna manera pueden lesionar al recién nacido por disminución de la oxigenación del mismo y entonces entra en lo que se llama una situación no beneficiosa o un estado fetal insatisfactorio, en el cual la oxigenación del recién nacido disminuye, comienza por producirse un fenómeno de acidosis en el organismo fetal y secundario a esto se produce una manifestación que se denomina la expulsión de meconio, que es la expulsión por el recto del material verdoso que inicialmente es líquido después se va concentrando y se vuelve muy espeso, si el bebé está todavía dentro del ámbito del útero, él puede aspirar, tragar este material, producir obstrucción de las vías respiratorias y cuando es expulsado, pues impide su respiración adecuada y puede producir una lesión severa del feto, es por eso que en este caso acortaron este período expulsivo o intentaron acortarlo con la aplicación de unos instrumentos que se denominan espátulas, que son como unas cucharas que no se articulan diferentes

a los fórceps, que si se articulan, sino que van rectas, se colocan rectas en la pelvis y se traccionan de manera lineal una vez que las aplicaron vieron que el descenso de la presentación no se ha efectuado, eso se denomina una toma de prueba, si se aplica una fuerza mayor, se puede producir una lesión en la cabeza del recién nacido, por eso si no se ve un descenso, debe retirarse y tomar otra conducta como lo hicieron, en este caso, que fue decidir desembarazarla por cirugía a través de una cesárea en este punto, pues podría decirse que la conducta que tomaron fue una conducta adecuada y está descrito así en las diferentes guías de qué debe aplicarse, si es necesario la espátula o la instrumentación de prueba, pero que si esta falla, puede resolverse el caso a través de una intervención quirúrgica. Preguntado: Podría precisarnos a qué se refiere una hipoxia perinatal. Interrogado: La hipoxia perinatal se produce cuando la cantidad de oxígeno que está recibiendo el bebé a través del cordón umbilical que viene de la placenta disminuye a un término que los tejidos empiezan a presentar un cambio de acidosis, es decir, no tienen el suficiente soporte de oxígeno para mantenerse y entrar en un proceso de acidosis, esta acidosis puede ser leve o puede ser severa y dependiendo del grado de acidosis que presente, se va a presentar un fenómeno que inicialmente causa bradicardia en el recién nacido, primero causa taquicardia, es decir, aumento de la frecuencia cardíaca para tratar de que la sangre circule un poco más rápido y se oxigene, pero si persiste el fenómeno entra en una fase de bradicardia, es decir, identifica la frecuencia, se aumenta la acidosis, se produce una depresión cardiovascular del bebé y una afectación también a nivel de la irrigación de los órganos nobles como el cerebro y el riñón, esto depende de la intensidad de la noxa, del daño y del tiempo que este dure. Preguntado: Esta falta de oxígeno cuando se trata de un bebé, es falta oxígeno que le transmite la madre o falta oxígeno ya del bebé con el contacto con el aire desprendido de la madre. Interrogado: No, cuando hablamos de periodo perinatal es aquel periodo que va cuando el bebé todavía no ha sido nacido y los primeros momentos después de haber nacido, usualmente estos procesos pueden darse antes de que nazca, justo antes de que nazca puede ser durante el embarazo, puede ser durante el trabajo de parto, puede ser durante el expulsivo o puede ser muy recién que haya nacido el bebé, si es durante el periodo que está dentro del útero, pues es secundario a procesos que tienen que ver con el cordón umbilical, y con la placenta, que son los órganos encargados de la producción de la alimentación de oxígeno para el bebé, si es una vez que haya nacido, pues sí, tiene que ver ya con el intercambio del bebé con el medio ambiente. Preguntado: Puede usted indicarnos a qué se hace referencia cuando se habla de atrofia cortical. Interrogado: El cerebro tiene pues dos capas, una de ella es la corteza cerebral que debe tener unos grosores ya establecidos, en este caso se refiere a un examen que se le practicó al bebé, donde aparentemente evidencia, es un solo examen que está referido en la historia, donde aparentemente evidencia una disminución del grosor cortical que debería tener para el momento en que lo practican. Preguntado: Dicha disminución a qué puede obedecer. Interrogado: Puede ser a muchas causas, puede ser un proceso congénito secundario, alguna alteración genética puede ser secundario a un proceso infeccioso, puede ser secundario a un proceso de hipoxia severa, hay algunas causas que se denominan indeterminadas, es decir, que no se conoce exactamente por qué se produce. Preguntado: En el presente caso es posible determinar la causa de hipoxia prenatal o de la asfixia o falta de oxígeno que pudo tener. Interrogado: Es muy probable que se haya producido durante el periodo del expulsivo, porque hasta que durante el periodo el control prenatal las monitorias, que es un examen que se realiza para ver cómo está la oxigenación del bebé, mostraron que el bebé se encontraba bien. En la calificación de apgar, sin embargo, la calificación de apgar es una tabla que se coloca para calificar el estado del bebé al momento de nacimiento y da 3, dan varios puntajes, el momento inicial en que nace el bebé a los 5 minutos y a los 10 minutos el bebé puede nacer un poco deprimido inicialmente, pero de recuperarse rápidamente en los primeros minutos y la calificación de apgar que dieron aquí fue de 4 que es decir, este un bebé deprimido al inicio, 8 a los 5 minutos, es decir, ya se había recuperado y 9 a los 10 minutos que muestra un bebé ya recuperado en un tiempo, lo cual quiere decir que el impacto de la probable hipoxia que hubiese tenido no fue un impacto severo porque tuvo una recuperación muy rápida, al igual que hacen otros exámenes allí donde hablan de que no pudieron calificarlo como una hipoxia severa si no lo calificaron así las personas que examinaron al bebé. Preguntado: En este caso usted nos indicó que el periodo expulsivo tiene unos términos, si estos términos o estos tiempos se acude la instrumentación, qué es el uso de las espátulas, este uso de las espátulas puede generar algún tipo de afectación que lleve a la pérdida o falta oxígeno. Interrogado: La aplicación de las espátulas justamente se utiliza para evitar un tiempo prolongado del bebé dentro de la pelvis materna y que a través de esto disminuya su oxigenación, es un aceleramiento del expulsivo para evitar que el bebé pueda entrar en un fenómeno de hipoxia, pero ellas mismas como tal pues no lo causa. Preguntado: Y ya en cuanto a tiempos bajo su experiencia, en cuanto a tiempos a la recuperación y la categorización de apgar que se le dio al menor, considera usted que se puede presentar una hipoxia por falta en el mejoramiento en el estado de salud. Interrogado: Si este bebé no se hubiese recuperado, es decir, si la calificación de apgar hubiese persistido 4 al minuto 5 o 6 a los 10 minutos diría uno este es un bebé que está severamente afectado, pero lo que uno ve acá en esta calificación es que a los 10 minutos estaba en 9 la máxima calificación es 10, también le hicieron los gases arteriales que dice, lo leo aquí, gases arteriales compatible con asfixia perinatal moderada, que lo que se pudo presentar al momento del expulsivo pero que recuperó rápidamente, la capacidad de recuperación de un bebé es una recuperación grande afortunadamente, entonces uno ve como niños que nacen niños deprimidos, inicialmente se recupera muy bien y usualmente no tienen afectación alguna. Preguntado: Este examen que usted nos indica, nos refiere de gases arteriales compatibles con asfixia perinatal moderada, conlleva a indicar que efectivamente el menor presentó, valga la redundancia, una asfixia, cuánto tiempo se establece o cuánto es el tiempo estimado para que se logre una recuperación pronta del menor. Interrogado: Los primeros 10 minutos.

Expuestos los diferentes medios probatorios allegados al presente proceso, el Despacho

encuentra que en el caso bajo examen, se encuentra acreditado que, la señora Ana Briceida Castillo ingresó el 8 de abril de 2011 a la unidad de urgencias del Hospital Militar Central, con embarazo de 40.4 semanas sin trabajo de parto activo, circunstancia por la que se hizo necesario la inducción del trabajo de parto, proporcionándosele medicamento –dinopristona- para lograr maduración cervical, proceso que duraba por lo menos 24 horas, realizándose el respectivo monitoreo, el cual durante dicho proceso era categoría 1, es decir que, el feto se encontraba adecuadamente con oxígeno.

Así mismo, se encuentra que una vez dilatado el cuello uterino, se advirtió que no se presentaba descenso del feto, razón por la que, se requirió instrumentación con espátulas de Velasco, procedimiento que resultó fallido, por lo tanto, se procedió a la práctica de cirugía de cesárea, extrayendo a un bebé de sexo masculino de peso 3310 gramos.

A su vez, de la lectura del dictamen pericial, se advierte lo siguiente:

Hallazgos: RN de sexo masculino peso 3310 r. merconio espeso reciente G III. No califican apgar. Bebé sale entubado de salas (a folio 27 se lee) apgar al minuto 4- 8 a los 5 min, 9 a los 10 min. Gases arteriales compatibles con asfixia perinatal moderada (folio 27) cefulohematoma en región biparietal, sin alteración neurológica. Sin criterios clínicos para encefalopatía hipóxica moderada ni severa (folio 28) a folio 39 se lee resultado de tac cerebral del RN sin evidencia de lesiones expansivas ni calificaciones patológicas, sistema ventricular normal. Tejido hemático frontoparietal derecho, caput succedaneum.

De igual manera, se observa que con ocasión a la utilización de instrumentación, fue necesaria la práctica de exámenes al bebé a nivel cerebral con el fin de descartar algún tipo de fractura, resultados que arrojaron que, el bebé no había presentado ninguna lesión, por lo que se consideró que no hubo daño a nivel del tejido cerebral.

Así las cosas, el Despacho analizará si los hechos constitutivos de negligencia o impericia médica o inadecuada atención hospitalaria aludidos en la demanda se encuentran probados en el plenario.

En el caso bajo estudio se cuestiona, entre otros aspectos, la atención brindada a la paciente consistente en la prolongación en el trabajo de parto, circunstancia que a juicio de la parte actora causó asfixia perinatal en el recién nacido Samuel Esteban Díaz Castillo.

Sobre el particular el Despacho encuentra que, no se advierten las irregularidades aludidas por la parte actora en tanto que, de las pruebas testimoniales como del dictamen se extrae que, la atención brindada por el Hospital Militar Central fue adecuada y conforme a la literatura médica.

Como se ha explicado con anterioridad, la señora Ana Briceida Castillo al momento de ingresar a la unidad de servicios del Hospital Militar Central fue catalogada como una paciente con factores de riesgo, en tanto que, *i)* tenía un embarazo de 40.4 semana, *ii)* sin trabajo de parto activo, *iii)* era primigestante mayor, situaciones que conllevaron a la hospitalización y posterior inducción del parto mediante la aplicación de medicamentos para lograr la maduración cervical, por lo que la paciente estuvo en monitoreo fetal permanente durante del trabajo de parto, sin que se advirtiera ningún tipo de alteración del feto, sin embargo, en una de las etapas de dicho trabajo de parto – expulsiva- no se evidenció el descenso del feto, por lo que se efectuó una toma con espátulas de Velasco que no fue efectiva, circunstancia por la que se decidió practicar cesárea; manejo médico que conforme a lo expuesto en el dictamen médico se brindó de acuerdo a la *lex artis* y guías expedidas por el Ministerio de Salud.

Así mismo, se precisó que para el caso que nos ocupa, el periodo expulsivo activo fue de 55 minutos, lo que se situaba en el límite de tiempo aceptado por las guías para la definición y

por ende, podría aceptarse como un periodo de expulsivo prolongado.

De igual manera, de las diferentes declaraciones rendidas por los galenos en la etapa probatoria se advierte que, el trabajo de parto surte una serie de etapas, las que conforme a las reacciones de la madre y del feto, el médico analizará el uso del procedimiento adecuado, por lo que para el caso que nos ocupa, en primer lugar ante la falta de trabajo de parto de la paciente, se hizo necesario la implementación de medicamentos y posteriormente la instrumentalización, y finalmente como última opción, la cirugía de cesárea, por lo tanto, la paciente fue monitoreada constantemente sin que los mismos sugirieran que hubiere compromiso fetal que obligara a la práctica de una cesárea recién ingresada.

Así las cosas, tenemos que los procedimientos adelantados por el personal médico fueron adecuados y dentro de los tiempos establecidos por la literatura médica, sin que se advierta que en el presente asunto, se haya presentado una prolongación o dilación en la atención brindada a la señora Ana Briceida, razón por la que, el Despacho no comparte los argumentos aludidos por la parte actora.

Ahora bien, en lo que respecta a la *asfixia perinatal* padecida por el menor Samuel Esteban Díaz, que a juicio de la parte actora se debió en el trabajo de parto, el Despacho advierte que, dicha afección se puede presentar por diferentes causas, sin que se encuentre acreditado que específicamente se causó por circunstancias exclusivas al momento del parto.

En lo que respecta a la *asfixia perinatal* encontramos que la literatura médica¹⁰ ha señalado:

"La asfixia perinatal es una condición caracterizada por un deterioro en el intercambio de gases respiratorios que normalmente realiza el organismo (oxígeno y bióxido de carbono). Este deterioro da como resultado una disminución del oxígeno (hipoxemia), elevación del nivel de bióxido de carbono (hipercapnia) acompañado de acidosis metabólica (incremento de la acidez del plasma sanguíneo), o una privación total de oxígeno (anoxia) situación que daña, a cada uno de los órganos y sistemas del cuerpo en diverso grado según su intensidad y duración.

Sin embargo, el daño más importante se produce en el Sistema Nervioso Central (cerebro) con graves consecuencias en cuanto a mortalidad y secuelas. La anoxia cerebral es una condición que generalmente resulta en daño cerebral permanente.

¿CUÁNDO SE PUEDE PRESENTAR LA ASFIXIA PERINATAL?

La asfixia perinatal es la que se puede presentar antes, durante o después del parto y puede producirse por causas que afecten a la madre, a la placenta y/o cordón umbilical o al propio feto.

Desafortunadamente, la anoxia y la hipoxia son peligros que se presentan muy frecuentemente durante el momento del parto, por ejemplo, algunas veces, el cordón umbilical puede estar doblado o torcido y esto hace que se impida la llegada de sangre oxigenada al bebé haciendo que no respire.

El tiempo que dure esta situación, o sea, el tiempo que el bebé deje de respirar, determinará la disminución de los niveles de oxígeno. Es así que si el bebé tarda un minuto en respirar, puede tener hipoxia, mientras que si tardó más de tres minutos, es más probable que tenga anoxia.

¿QUÉ SUCEDÉ DURANTE LA ASFIXIA PERINATAL?

Dado que el periodo perinatal es un periodo muy corto de tiempo. Un bebé con asfixia perinatal es un bebé que nace flácido y sin movimientos.

Algunas veces, el neonatólogo puede estar monitorizando los signos vitales del bebé durante la labor de parto y reconocer de inmediato cuando se presenta una disminución alarmante de oxígeno y asfixia lo que puede provocar que el bebé nazca por cesárea de emergencia.

Otras veces, el bebé nace por vía vaginal pero no llora, está laxo o sin tono muscular y con asfixia perinatal. En ambos escenarios, el equipo médico trabajará de inmediato para hacer que el bebé respire lo antes posible.

Un problema no muy común es el prolapso del cordón umbilical que significa que el cordón salió

¹⁰ <https://infogen.org.mx/hipoxia-perinatal/>

antes que el bebé y, si además está doblado o torcido, el bebé puede estar sin su fuente de oxígeno y es probable que el médico consideraría necesario realizar una cesárea de emergencia”.

De lo anterior se extrae que, la asfixia perinatal es la falta de oxígeno que sufre el feto, que se puede presentar antes, durante o después del parto y puede producirse por causas que afecten a la madre, a la placenta y/o cordón umbilical o al propio feto.

De las declaraciones rendidas por los especialistas médicos y de acuerdo al dictamen pericial tenemos que, la hipoxia perinatal puede aparecer debido a diferentes causas que afectan a la madre, a la placenta o al cordón umbilical como: *deterioro en la oxigenación materna (enfermedades cardiopulmonares y anemia) insuficiente irrigación placentaria (hipotensión materna, anomalías en la contracción uterina)* entre otros.

Es decir que, son múltiples las causas por las que se puede presentar la hipoxia perinatal, sin que en el presente asunto se acreditara que la patología diagnosticada al menor se haya causado por circunstancias exclusivas y atribuibles al momento del parto.

Por otra parte, el Despacho no desconoce que en el caso objeto de estudio, en lo que respecta a la fase del proceso de parto denominado *expulsivo* se presentó complicación en tanto que el feto no descendía, circunstancia por la que como última opción requirió la práctica de cesárea, por lo que el bebé salió deprimido siendo necesaria su entubación, por cuanto no podía respirar por sus propios medios, proceso que duró tan solo 5 minutos, por cuanto en dicho tiempo el bebé reaccionó, razón por la que los médicos tratantes, una vez realizados los exámenes del caso, refirieron que no habían criterios clínicos para determinar una asfixia intraparto de ninguna índole, esto es, moderada o severa.

Aunado a lo anterior, se observa que con ocasión las situaciones presentadas en el trabajo de parto, el menor fue valorado por la especialidad de neurología pediátrica, requiriendo de la práctica de exámenes – TAC- a nivel cerebral, resultados en los que no se evidenció que el bebé hubiese padecido algún tipo de fractura o lesión.

Así mismo, el Despacho advierte que, atendiendo los testimonios técnicos recibidos en el presente asunto, es dable indicar que, si el menor al momento de su nacimiento se hubiese demorado en reaccionar, dicha circunstancia sí daría indicio de una posible afectación, circunstancia contraria a lo aquí ocurrido en tanto que, el menor respondió dentro de los tiempos establecidos por la literatura médica.

Finalmente, no se puede desconocer que dados los riesgos que presentaba la señora Ana Bricelda se podían presentar complicaciones en el proceso de parto, sin que se encuentre acreditado que la patología presentada por el menor sea atribuible a la atención brindada por el cuerpo médico del Hospital Militar Central.

Por otra parte, en lo que respecta a las presuntas irregularidades presentadas en las anotaciones de la historia clínica, se debe precisar lo siguiente:

En lo relativo a la historia clínica, el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, “*Por la cual se dictan normas en materia de ética médica*”, dispone:

“ARTICULO 34. La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

Por su parte, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹¹ ha precisado “*en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de*

¹¹ Sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11.878 y 28 de febrero de 2011 expediente 18.515.

calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa”.

En tal sentido, es claro que una de las obligaciones de los médicos abarca también la de dar apertura, manejo, custodia y conservación de la historia clínica como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso en particular.

Al respecto tenemos que, en el escrito de la demanda la parte actora señaló *si existe un daño que demuestra la prolongación en el segundo periodo del parto que, en el caso de una primipara como la Sra. Castillo Mateus, no debe ser superior a 60 minutos (...).*

Sobre el particular tenemos que, tanto en el dictamen como en la contradicción, el perito indicó que, no se advertía inconsistencias en las anotaciones registradas en la historia clínica por el personal de enfermería y médico, por lo que, se estaba efectuando una mala interpretación, advirtiendo que el trabajo de parto no duró 55 minutos, por lo que fue el periodo denominado expulsivo, el que era una fase de trabajo de parto, refiriendo que la paciente llegó sin trabajo de parto y el personal médico adelanta una inducción produciéndose unas situaciones, que fueron abordadas por el personal médico dentro de los tiempos establecidos y bajo la conducta adecuada atendiendo la circunstancia presentada.

Así las cosas, el cargo aludido por la parte actora consistente en el indebido registro de anotaciones en la historia clínica de la señora Ana Briceida Castillo no tienen vocación de prosperidad.

Aunado a lo anterior, es importante indicar que si bien en el presente caso se allegaron pruebas como testimonios técnicos y dictamen pericial, dichas pruebas no lograron demostrar las presuntas irregularidades en las que a juicio de la parte actora había incurrido el Hospital Militar Central con ocasión a la atención brindada a la señora Ana Briceida Castillo y su hijo Samuel Esteban, es decir que, no se logró demostrar que la asfixia perinatal padecida por el menor Samuel Esteban y su eventual secuela se causó por una negligencia en el trabajo de parto.

En consecuencia, para el Despacho no existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del personal de las entidades demandadas con hechos desencadenantes del daño, pues, se reitera, no obran elementos de convicción que permitan inferir que habrían sido las presuntas omisiones e irregularidades en el servicio médico prestado las que produjeron el hecho dañoso.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual responsabilidad de la entidad demandada, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar:

“ Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. ”

Así las cosas, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia en la atención médica suministrada por el Hospital Militar Central frente a la atención médica suministrada a la señora Ana Briceida Castillo y el y el menor Samuel Esteban Díaz que dé certeza de la responsabilidad de las entidades demandadas a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor.

3.4. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si se cumplen los presupuestos de responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, por la eventual falla en el servicio

originada en la atención médica suministrada por el Hospital Militar Central a la señora Ana Briceida Castillo y el y el menor Samuel Esteban Díaz, se resolverá negativamente, por cuanto la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar el daño antijurídico, como las falencias en la prestación de la misma.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAQA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362013-0033900
Demandante :	Andrea Marcela Ramírez Zapata y Otros
Demandado :	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 129**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Andrea Marcela Ramírez Zapata quien actúa en nombre propio y representación de los menores María Camila Medina Ramírez, Nycoll García Ramírez, Michel García Ramírez y Juan José García Ramírez, Amalia del Socorro Zapata Garcés; Heider Hernando Ramírez Zapata y Sebastián Ramírez Zapata, presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC a efectos de que se le declare responsable por los perjuicios causados con ocasión de las fallas en la atención médica prestada a la señora Andrea Marcela Ramírez Zapata, mientras se encontraba privada de su libertad.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 288 a 291 c. principal).

1.2 Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora refirió que, la señora Andrea Marcela Ramírez se encontraba privada de la libertad desde el 25 de febrero de 2010 en la cárcel de Sogamoso, en virtud de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Duitama (Boyacá).

Indicó que, para los últimos días del mes de abril del año 2011, la señora Andrea Marcela comenzó a padecer una fuerte cefalea, solicitando a la dirección de sanidad del centro penitenciario atención médica, formulándole para tratar dicha patología diclofenaco, acetaminofén, fencafe y propanol, sin embargo, los dolores de cabeza se intensificaron con el tiempo.

Indicó que, para el mes de mayo del año 2011, el médico de sanidad formuló dipirona intravenosa y así mismo, ordenó una revisión neurológica y un TAC, examen que no fue practicado inmediatamente, en tanto que, la actitud que tomaron los funcionarios del INPEC frente a la situación fue omisiva y negligente.

Advirtió que, fueron constantes y reiterativos los dolores de cabeza sin que la entidad adoptara las medidas necesarias para que se brindara la atención médica requerida por la interna.

Adujo que la señora Andrea Marcela fue remitida al Hospital de Sogamoso, institución en la que fue atendida por médico internista, formulándole medicamentos sin que los mismos hicieran efecto.

Refirió que, dados los fuertes dolores de cabeza, la interna solicitó el traslado a sanidad, el que fue negado y tan solo le fue suministrado unas gotas de tramadol sin tener en cuenta las consecuencias que podía tener el suministro de dicho medicamento, refirió que al día siguiente, la interna se despertó con dolor de cabeza y completamente ciega.

Añadió que, dado el estado de salud de la señora Andrea Marcela, requirió de atención médica por diferentes especialistas, así mismo, fue trasladada al centro reclusorio el Buen Pastor y con posterioridad a la cárcel Pedregal en la ciudad de Medellín.

Indicó que, la afectación en la vista de la interna se causó como consecuencia directa de la negligencia, descuido y la atención tardía brindada por parte del INPEC.

1.3. Contestación de la demanda.

1.3.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

Mediante escrito radicado el 1 de diciembre de 2015, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que, en el presente proceso se presentaba una inexistencia de nexo y relación de causalidad, toda vez que el hecho generador no fue originado por la entidad demandada, por lo tanto, el daño no era atribuible.

Refirió que, a través de los establecimientos carcelarios en donde estuvo recluida la señora Andrea Marcela Ramírez, el INPEC actuó conforme a lo ordenado en el ordenamiento jurídico, por lo que, tal y como se advertía de la historia clínica, a la interna le fue brindada la atención médica requerida.

Adicionalmente indicó que, la parte actora no había demostrado la presunta falla del servicio por parte de la entidad demandada, toda vez que no obraba material probatorio que diera cuenta de las presuntas irregularidades en las que había incurrido la entidad.

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. Parte Demandante

Mediante escrito del 6 de junio de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Advirtió que, en el presente asunto la entidad demandada incurrió en una flagrante omisión y falla en la prestación del servicio médico asistencial a la interna Andrea Marcela, en tanto que, la referida requería de atención médica que le permitiera recuperar su estado de salud, por lo que, se evidenciaba que el tratamiento requerido por la demandante debió ser especializado, situación que permitía inferir que la entidad demandada incurrió en el incumplimiento de sus deberes.

Añadió que era obligación de la entidad brindar una adecuada atención médica, situación que no ocurrió en el presente asunto, por cuanto la demandada no suministró una correcta prestación de los servicios médicos asistenciales.

1.4.2. Entidad demandada y Ministerio Público. No presentaron escrito de alegatos de conclusión.

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de las irregularidades presentadas en la atención médica.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de los perjuicios causados con ocasión a las fallas en la atención médica prestada a la señora Andrea Marcela Ramírez mientras se encontraba privada de la libertad.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.1 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2 De la falla del servicio

En lo que, respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*–

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

el H. Consejo de Estado² ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²⁶. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”.

4. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por los perjuicios causados a la señora Andrea Marcela Ramírez por las presuntas irregularidades en la atención médica proporcionada cuando se encontraba privada de la libertad.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”³.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado erige

“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

³ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."⁴ (Negrilla fuera del texto)

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

Se observa examen médico consistente en TAC practicado por la Empresa Social del Estado Hospital Regional de Duitama del 19 de septiembre de 2011⁵, en el que como hallazgo se reportó:

"Línea media central

Parénquima cerebral presenta adecuada diferenciación córtico subcortical sin lesiones locales expansivas, hemorrágicas o isquémicas.

OPINIÓN: PROMINENCIA DEL SENO DURAL TRANSVERSO DERECHO HALLAZGO QUE PUEDE CORRESPONDER MAS PROBABLEMENTE A VARIANTE ANATOMICA SIN QUE SE PUEDA DESCARTAR TROMBOSIS DE SENO VENOSO. RESTO DE ESTUDIO SIN EVIDENCIA DE ALTERACIONES.

Obra historia clínica del Hospital el Tunal⁶, de la que se extrae:

Fecha: 10/11/2011 **Especialidad:** Neurología

Enfermedad Actual: Refiere que hace 3 meses inicio cefalea que se acompañó de pérdida de visión por el ojo izquierdo, no ha recuperado la visión, persiste con la misma, en el momento continúa cefalea, le fueron tomadas las resonancias.

Revisión sistema: Se revisa resonancia magnética cerebral, no hay masas, se encuentra que hay leve atrofia para lo esperado para la edad.

(...)

Análisis impresión Diagnóstica

Paciente con cuadro de cefalea que después se acompañó de pérdida visual y hay papilitis asociada bilateral, llama la atención leve atrofia cerebral, considero que la paciente debe ser manejada por urgencias de neurología inicialmente se buscará hipertensión endocraneana, otras opciones que deben considerarse en el caso son infecciones tipo lues o VIH menos probable neuritis óptica autoinmune pero es un diferencial DX: 1. Hipertensión.

De igual manera, se advierte que el 19 de noviembre de 2011, en el Hospital el Tunal se practicó intervención quirúrgica a la señora Andrea Marcela Ramírez, cuyo procedimiento consistió en derivación ventrículo peritoneal⁷.

Así mismo, obra constancia de la atención brindada por la Fundación Instituto Neurológico de Antioquia, en el que como diagnóstico se determinó *hidrocéfalo obstructivo*, motivo de consulta control⁸.

A su vez se avizora que, el día 23 de julio de 2012 la demandante ingresó a la unidad de urgencias de la Fundación Instituto Neurológico de Colombia⁹, de dicha atención se extrae lo siguiente:

ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE CON AP DE HIPERTENSIÓN ENDOCRANEANA BENIGNA DIAGNOSTICADA EN 2011 DURANTE RECLUSIÓN EN INSTITUCIÓN CARCELARIA DE BOGOTÁ PRESENTÓ CEFALEA VISIÓN BORROSA REQUIRIÓ DVP EN NOVIEMBRE 2011 CON MEJORÍA COMPLETA DE LA CEFALEA

⁴ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

⁵ Folio 228

⁶ Folio 17

⁷ Folio 35

⁸ Folio 53

⁹ Folio 55

RECONSULTADA POR CUADRO DE 8 DÍAS DE EVOLUCIÓN DE CEFALEA DE IGUALES CARACTERÍSTICAS, FRONTAL, PULSATIL, NO IRRADIADA, ASOCIADA A NAUSEAS VÓMITO FOTO Y SONOFOBIA EMPEORA CON MANIOBRAS DE VAISALVA Y USO DE OPIOIDES NO OTROS DESENCADENANTES NIEGA SÍNTOMAS FOCALES.

PATOLOGÍAS ASMA. ÚLTIMA CRISIS 2 AÑOS MEDS: PREDNISOLONA EN DESMONENTE ORDENADA POR NEUROCIRUGÍA EN SAN VICENTE FUNDACIÓN (...)

DIAGNOSTICO DE INGRESO:

CEFALEA: (PRINCIPAL) (OBSERVACIONES) HIPERTENSION INTRACRANEAL BENIGNA.

De igual manera se advierte que, la señora Andrea Marcela Ramírez fue atendida por instituciones médicas tales como, Fundación Clínica del Norte y Hospital Universitario con ocasión al síndrome de cefalea padecido por la referida.

Por otra parte, se observa que obra dictamen No. 43192041-6349 del 25 de octubre de 2018, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el que se efectuó resumen de las diferentes especialidades por las que fue atendida la señora Andrea Marcela Ramírez tales como, neurología, oftalmología, reumatología, neurocirugía, determinándose una pérdida de la capacidad laboral del 33.60%¹⁰.

Imputabilidad

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: ‘La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos’. SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio - simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

‘La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen’ (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las ‘estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y

¹⁰ Folio 553 a 555

*Democrático de Derecho*¹¹ (se resalta).

Es impórtate indicar que, en casos como el que aquí se estudia, para que pueda predicarse la existencia de una falla, el H. Consejo de Estado ha precisado que es necesario que se demuestre que la “**atención médica**” no cumplió con estándares de calidad fijados por el Estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente; esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance¹².

De esta manera, debe establecerse que si en el caso concreto, concurren el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado y una relación de causa a efecto entre los dos primeros, tal y como se desprende de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 Constitución Política de Colombia).

Igualmente, en el estudio que se hace del daño, en el presente asunto, ha de tenerse en cuenta que el mismo debe ser directo (relación entre el autor y la producción del daño), personal (calidad del perjudicado con el hecho y, por tanto, quien tiene derecho a reclamar) y cierto (el daño produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre).

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

Del estudio que se hace del material probatorio, se advierte que obra constancia emitida por el COPED Medellín en el que se indicó¹³:

“En atención al oficio de la referencia, comedidamente me permito comunicarle que verificado el sistema SISPEC WEB, se constató que la señora Andrea Marcela Ramírez Zapata, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.192.044 registra la siguiente información:

FECHA DE CAPTURA: 25/02/10

FECHA DE INGRESO EPC SOGAMOSO: 25/02/10

TRASLADO RM BOGOTÁ: 06/10/2011

TRASLADO RM PEDREGAL: 12/04/12

FECHA DE SALIDA: 17/05/12, Libertad Condicional, ordenada por el Juzgado 6 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad RDO 2010-80095

Por otra parte, el Despacho advierte que el día 5 de abril de 2019, se estableció conexión con el Centro de Servicios Penales de Sogamoso lugar al que fue trasladada la testigo Liliana Marcela Avella, de la declaración rendida por la referida se extrae que, la declarante para dicha fecha llevaba privada de la libertad 54 meses, conociendo a la señora Andrea Marcela en el establecimiento carcelario en la reclusión de mujeres de Sogamoso, en el año 2010, ostentando la calidad de internas compartiendo aproximadamente por el término de 3 años.

De igual manera adujo que, un año después del ingreso de la señora Andrea Marcela Ramírez al reclusorio, empezó a presentar constantes dolores de cabeza y fue remitida al Hospital Regional de Sogamoso, lugar en el que la citada fue hospitalizada y después remitida a la ciudad de Bogotá.

Indicó que, dada la enfermedad padecida por la señora Andrea Marcela, esta fue trasladada al establecimiento carcelario el Buen Pastor, siendo la testigo también

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente Número 66001-23-31-000-2001-00063-01 (25075). C. P. Danilo Rojas Betancourt.

¹³ Folio 439

trasladada, añadió que, a pesar de que no compartían la misma celda, en diferentes ocasiones brindó acompañamiento a la señora Andrea Marcela dado los padecimientos y en especial que la referida perdió su vista, la que fue recuperada con posterioridad debido a la cirugía que le fue practicada.

En lo que respecta a la atención médica brindada a las internas indicó que había un médico, sin embargo, la atención era regular y que en diferentes ocasiones a pesar de la sintomatología sufrida por la interna, no era atendida, por lo que tan solo se proporcionaban medicamentos.

Es importante precisar que en lo que respecta a la citada testigo, el Despacho requirió al dragoneante encargado del traslado de la interna para que remitiera copia de la cartilla bibliográfica y del documento de identidad, a efectos de tener fe de que la persona trasladada era la persona que había citado el Despacho, documental que no fue remitida.

Por otra parte, se advierte que en dicha audiencia se llevó a cabo contradicción del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, del que se extrae lo siguiente:

Preguntado: Conclusiones a las que llegaron. Interrogado: En la valoración médica se trató de una paciente de 33 años ocupación hogar, la paciente refirió en el momento de la consulta que, estando recluida en el centro de reclusión de Sogamoso, en Boyacá, durante 2 años que estuvo allí comenzó a presentar cefalea permanente que le duró varios meses y refirió que no le habían dado atención médica y que a eso se asoció una pérdida progresiva de la visión, finalmente decidieron llevarla a atención médica, fue hospitalizada y posteriormente fue trasladada al Buen Pastor, de allí la remitieron a una institución, en el Hospital el Tunal, donde le realizaron estudios médicos dentro de los cuales se incluyó una función lumbar, encontrando que cursaba con una hipertensión endocraneana, fue llevada a cirugía y le hicieron un implante, una válvula de hakim, la cual requirió recambio en 2 oportunidades posteriores, con este tratamiento dice que logró recuperar la visión del ojo derecho y del izquierdo un poco, hace referencia a que ve los colores muy pálidos y le cuesta trabajo enfocar la visión en la lectura o cuando va a subir escaleras, refiere además cefalea constante, diaria, que en ocasiones aumenta o disminuye pero que siempre está presente, al revisar la historia clínica, entonces se encuentra que en octubre de 2011 hay una consulta específicamente por la especialidad de oftalmología, en la que refieren que tiene un cuadro de una pérdida de visión de ambos ojos y se sospechó inicialmente una patología una papilitis o una afección del nervio óptico, entonces el oftalmólogo requiere o recomienda que sea remitida a otra institución para hospitalización y estudio posterior, en noviembre de 2011 se encuentra una consulta por neurología que dice que hace 3 meses había iniciado cefalea que se acompañó de pérdida de visión por el ojo izquierdo que no había recuperado la visión en ese momento, le hicieron resonancias magnéticas y otros estudios que descartaron patología a nivel intracraneana, se consideró que debía ser manejada por urgencias y que se hiciera estudio para descartar una hipertensión endocraneana, fue hospitalizada efectivamente y se le realizaron los estudios confirmando una hipertensión endocraneana idiopática, por lo cual le hicieron una cirugía que fue la derivación ventrículo peritoneal, eso fue más o menos en diciembre de 2011 y posterior a eso, presentó buena evolución, sin embargo al poco tiempo como al mes volvió a presentar nuevamente cefalea, fue hospitalizada nuevamente, le encontraron que necesitaba hacer recambio de la válvula, le hicieron un recambio del sistema y con lo cual mejoró, finalmente pues se documenta que ella presenta una pérdida residual de la agudeza visual parcial no total y la Junta Regional de Calificación consideró que esta era la secuela a calificar, por lo tanto otorgó puntaje por el déficit de la agudeza visual en ambos ojos otorgando un porcentaje de pérdida total de capacidad laboral del 33.60% y se estructuró en el 2011, 15 de diciembre de 2011 que fue en la consulta por neurocirugía después del implante de la derivación del ventrículo peritoneal. Preguntado: Nos indica usted que con base en la historia clínica en relación con la especialidad de oftalmología se precisó la disminución de la visión, no era necesario hacer un nuevo examen para establecer si la visión había disminuido desde el año 2011 al año 2018 en el cual se realizó el dictamen. Interrogado: De hecho según lo referido y lo que se pudo evaluar y lo referido por los especialistas en las consultas hubo mejoría de la visión por el ojo derecho, el ojo izquierdo fue el que no logró recuperar la visión. Preguntado: Y eso se trata ya de una patología irreversible o susceptible de poder ser rehabilitado o recuperada con alguna intervención. Interrogado: No su señoría ya es irreparable. Preguntado: En razón a qué. Interrogado: Porque se produjo una lesión del nervio óptico a nivel del ojo izquierdo y eso no se recupera. Preguntado: Usted nos indicó un implante de válvula de hakim, esa válvula a qué hace referencia. Interrogado: Es un sistema que se implanta al interior del cerebro, es una válvula que permite que parte del líquido cerebral que normalmente se encuentra al interior del mismo pueda ser derivado por un sistema de un conducto hacia el sistema vascular del abdomen y así se evita que haya un aumento de la presión al interior del cerebro. Preguntado: De la revisión de la historia clínica que usted realizó nos podría precisar cuál fue el origen de dicha pérdida de visión. Interrogada: La hipertensión, es decir el aumento de la presión dentro del cerebro generada por el exceso de líquido ocasionó la pérdida de la agudeza visual. Preguntado: Nos indica usted o nos

indicaron en el dictamen en cuanto a las áreas de calificación de otras áreas ocupacionales 5 puntos específicos, puede decirnos en que se basó la calificación de cada uno de estos puntos. Interrogado: Bueno la valoración del rol otras áreas ocupacionales se subdivide en dos aspectos adicionales uno que es el rol laboral y la otra que es la calificación de otras áreas ocupacionales, las otras áreas ocupacionales se refiere a la limitación que tiene la persona en las actividades de la vida diaria, de la vida cotidiana y estas se evalúan según la secuela con la deficiencia que presente la persona, en este caso pues se tiene en cuenta la pérdida de la agudeza visual o la disminución que presenta en la agudeza visual y cómo la afecta para desarrollar estas actividades de la vida diaria, se tienen en cuenta actividades como aprendizaje, aplicación de conocimiento, comunicación, movilidad autocuidado personal, y vida doméstica que son los ítems que se registran en el dictamen, de acuerdo a la severidad del compromiso se asignan los puntajes respectivos y eso se suma al puntaje de la deficiencia para el puntaje total. Preguntado: Tiene usted la calificación que se hizo respecto de cada uno de los componentes que se hizo en estas áreas ocupacionales. Interrogado: Su señoría la verdad esa información la tiene es la psicóloga de terapia ocupacional que es la persona encargada de evaluar en el momento de la valoración todas las actividades de la vida diaria, obra en el expediente la hoja que ella diligencia para poder asignar dicho puntaje, entonces no sé si quiera que le lea los ítems. Preguntado: Los que considere que son más importantes. Interrogado: En actividades del aprendizaje laboral y la comunicación se tuvo en cuenta que tiene dificultades para leer, para escribir, para llevar a cabo tareas simples, en las actividades de comunicación entonces se consideró que tiene dificultad para comunicarse con recepción de mensajes escritos, elaborar mensajes escritos utilización de dispositivos o técnicas de comunicación, en la parte de movilidad se consideró que tenía limitación para andar y desplazarse en el entorno, para desplazarse a distintos lugares, para utilizar el transporte público para poder levantar y llevar objetos en el momento que los coge, en la vida doméstica entonces se consideró que tiene dificultades para realizar compras para preparar comida, para realizar los quehaceres de la casa, la limpieza de vivienda, cuidados del hogar, en el cuidado de animales y finalmente en el cuidado personal entonces se consideró que tiene algo de limitación en las actividades de aseo en las actividades de vestirse, en el cuidado de su salud y en el control de la forma física.

De igual manera se advierte que al presente asunto se allegó dictamen emitido por la Sociedad Oftalmología obrante a folios 541 – 542.

Sobre el particular es importante indicar que, en audiencia de práctica de pruebas del 22 de mayo de 2019, se adelantó contradicción del dictamen, en el que el médico indicó las conclusiones a las que llegó en el dictamen, tal y como se advierte a continuación:

Preguntado: De manera breve y concreta, en qué se basó su dictamen y cuál fue la conclusión a la que pudo llegar. Interrogado: Bueno, se trata de una persona que sufre de diversos trastornos de la visión con complicaciones muy graves, complejas porque amenaza con la pérdida de la visión de ambos ojos en un proceso médico muy complejo, no es una enfermedad común y corriente, no es una patología que una vea con frecuencia y realmente pues a pesar de que ella pues no termina la ceguera, si queda con trastornos visuales importantes con pérdida de ciertas zonas de la visión que no es que la incapaciten como discapacitada, pero si le ocasionaron pues una disminución muy importante en la calidad de su visión pues hubiera podido ser manejada en la forma más intensa consultando pues diferentes especialistas que se hicieron, pero no, no con la intensidad que hubiera querido que fuera tratado uno mismo, entonces pues es mi veredicto y realmente pues fulió como intensidad en el manejo de sus problemas visuales. Preguntado: Podría concretarnos en qué se basaron dichos problemas visuales, qué tipo de patología o enfermedad atravesó la paciente y en qué consiste la misma. Interrogado: La enfermedad como les digo, es muy rara, muy atípica y consistió en una inflamación grave de los nervios ópticos de ambos izquierdo y derecho, y que implican pues una pérdida definitiva de ciertas zonas, de su capacidad visual cómo les dije, es un caso muy complejo y muy raro, no es de esos casos cotidianos, no se trata de enfermedades conocidas como es el glaucoma, como las cataratas, sino fue algo bien atípico que prácticamente aún hoy en día no puede conocerse cómo fue que se produjo, cómo fue la teología y no sé cómo será el estado del paciente hoy en día, porque no sé si ha seguido progresando o no, pero pues si, es un caso muy especial desde el punto de vista científico oftalmológico que no se ha llegado todavía a una conclusión final. Preguntado: Nos indica usted en una intervención anterior que el tratamiento de esta enfermedad ameritaba un mayor seguimiento. Interrogado: Si un seguimiento más intenso. Preguntado: A qué hace referencia con esta apreciación de más intenso. Interrogado: Pues debió haber sido remitida especialistas en neurooftalmología, he rendido y más exámenes tratando de buscar la causa de su problema, se hicieron muchos esfuerzos, pero no, en mi opinión no se tomó con la intensidad que yo hubiera manejado un paciente que estuviera en mis manos. Preguntado: A efectos de poder contextualizarnos, esa intervención o tratamiento que usted se refiere, hace referencia a una vez la paciente pierde la visión o momentos anteriores a los que la paciente pierde la visión, esto es, tenemos un caso de una paciente que empieza con problemas de dolores de cabeza que posteriormente pues conllevan las repercusiones en las cual usted valoró lo relacionado con la pérdida de visión, al tratamiento que se hace referencia de que se hubiera podido haber ordenado más exámenes para obtener el origen a qué hace referencia, momento después de que pierde la visión o momentos antes de que pierde la visión, atendiendo las patologías que estaba presentando

la paciente. Interrogado: No en el momento que ella pierde la visión si ella fuera mi paciente yo hubiera intensificado la forma de encontrar qué es lo que está pasando, haber pedido más exámenes, en oftalmología existen más de 20 subespecialidades y una de ellas es la neurooftalmología, en la cual pues da para que un médico dedique toda su vida y todo su tiempo y hay sociedades de oftalmología, es una subespecialidad muy importante. Preguntado: Usted tuvo la posibilidad de revisar toda la historia clínica de la paciente. Interrogado: Si revisamos la historia. Preguntado: Antes de que perdiera la visión conforme a las patologías y problemas que venía presentando, era posible prever este tipo de enfermedad oftalmológica. Interrogado: No, no creo. Preguntado: En razón a qué. Interrogado: No, en razón a que los síntomas fueron muy vagos, empezó con dolor de cabeza y después con problemas visuales, entonces realmente, y decir, no todos los dolores de cabeza tienen pérdidas visuales, pero en ella inició con dolor de cabeza y problemas de cefalea, pero en una en una fase de la evolución clínica empezó a perder visión, entonces el momento en que el especialista debe enfocarse decir que lo que hay, qué hacer allá, se hicieron muchas cosas, que hicieron cirugía se hicieron, es decir, el concepto de nosotros, como usted, oftalmólogos, es que la pérdida visual es dentro de los sentidos que el ser humano aprecia más es la visión, entonces cuando hay algo que afecta la visión es decir el médico, buscar la forma de prever y determinar cómo se cura o cómo se mejora, cómo se trata ese problema. Preguntado: En este evento, una vez la paciente sufre el episodio a través del cual se disminuye su capacidad visual cuál era el procedimiento a seguir o qué tipo de exámenes serían los recomendados a efectos de salvaguardar la vista o generar algún tipo de tratamiento de mejoría. Interrogado: No, como lo dije anteriormente, en este caso, como es atípico, no es manejable por el ciento por ciento de los oftalmólogos si no que hubiera sido interesante o importante haberla remitido a una neurooftalmología, ella fue vista por neurólogos y ponemos nuestro, cómo era una cosa con visión la opinión de un neurooftalmólogo hubiera sido muy importante, quizá no sé, él hubiera podido ayudar en la causa o la solución al problema. Preguntado: Nos dice usted que no 100% de los especialistas podrían haber hecho esa remisión, a qué hace referencia, por qué dicha apreciación. Interrogado: No, si estoy hablando como si yo fuera el médico, entonces ahí, aunque yo domino muchas especialidades, si me llegó un caso en el que yo veo que no encuentro, una explicación al fenómeno, pues busco remitirla a alguien que sepa más que yo en esa área. Preguntado: Y en este caso, la remisión al neurólogo. Interrogado: Ella fue remitida a un neurólogo, sí, pero como el problema era visual, pues en mi opinión debió ser vista por un neurooftalmólogo. Preguntado: Con posterioridad a dicha valoración y conforme a los conceptos neurólogos y su conocimiento nos indica que se trata de un caso atípico, sabe usted cuáles son las posibles causas de esta. Interrogado: No, pues eso podría haber sido muchas causas y podría haber sido un tumor, una infección contaminada, es decir una infección adquirida pero fue un proceso que no era común, no se puede clasificar como congénito, sino que lo adquirió en un momento de su vida y la solución había sido detectarlo lo más pronto posible para llegar a prevenir si hubiera sido posible, pues la pérdida de la visión que tampoco fue tan grave como lo sostuvo, pues no quedó ciega, pero la visión es algo importante para el ser humano. Preguntado: Puntualmente se le realizaron dos preguntas en su dictamen, esto es, si la atención suministrada por establecimiento carcelario, la procedencia de traslados fácil, la procedencia de los traslados a centros hospitalarios, si estos fueran oportunos y consecuentes con la patología que presentó la señora Andrea Marcela Ramírez y que nos indicará si la patología que padece la paciente deviene de la negligencia por parte de establecimientos donde estuvo reclusa, a ambas respuestas usted responde sí, (...) si estamos hablando de que si hubo una atención oportuna, y que la enfermedad después deviene es de la negligencia, podría usted aclararnos dicho aspecto si es tan amable. Interrogado: Si tal vez yo no diría negligencia, pues negligencia suena un poco sancionatorio, no, pero si hubo una falta de lo que yo llamo, yo con yo, decir qué le hago yo a esta paciente para que no siga sufriendo y pues como especialista vuelvo a insistir y la paciente, aunque fue remitida a un especialista, el doctor Soto Cuéllar que es especialista en estrabismo y otras cosas, pero decir y hubiera sido posible más tempranamente haber consultado con un neurooftalmólogo, en mi concepto. Preguntado: Pero hablamos, es únicamente del punto de partida ya posterior a que sufrió la pérdida de visión. Interrogado: Cuando empezó a perder visión. Preguntado: Y en este caso para finalizar las preguntas del Despacho considera usted que esa remisión a un neurooftalmólogo hubiese podido haber cambiado la situación de la paciente. Interrogado: Pues sí, mi opinión, yo creo que sí. Preguntado: En qué sentido, qué exámenes conoce usted o qué tratamiento. Interrogado: Yo no soy neurooftalmólogo. Preguntado: De lo que usted tenga conocimiento que pudiese haber pasado, qué tipo de tratamientos hubiera aceptado. Interrogado: No sé el neuro-oftalmólogo hubiera podido decidir, hay muchos casos como el presente que se mejoran con procedimientos semi invasivos cómo es aplicar drogas en el nervio óptico, a través de inyecciones de detrás del ojo que en muchos casos logran recuperar o mejorar el cuadro clínico pero que realmente su caso especial desde el punto de vista oftalmológico, no es un caso común y corriente. Preguntado: Para concluir entonces a su juicio, se presentó una atención general. Interrogado: Sí, sí, pero hubiese podido ser mejor.

Del estudio que se hace del anterior material probatorio, es claro que la señora Andrea Marcela Ramírez estando privada de la libertad en el establecimiento carcelario de Sogamoso, presentó dolores de cabeza intensos y constantes, requiriendo de atención médica, la que en principio fue brindada por Caprecom IPS, y debido a los constantes episodios de cefalea presentados por la demandante requirió la remisión a las especialidades de neurología y oftalmología, en tanto que, fue perdiendo la visión.

Adicionalmente, se observa que dada la atención médica que requería la señora Marcela Andrea, fue trasladada al establecimiento penitenciario el Buen Pastor en la ciudad de Bogotá, recibiendo atención médica en el Hospital el Tunal, diagnosticándosele *hipertensión endocraneana*, practicándose cirugía y así mismo, le hicieron implante de *válvula de hakim* logrando recuperar la visión del ojo derecho y del izquierdo en menor proporción.

Ahora bien, de la lectura de la demanda, se encuentra que el daño antijurídico atribuido a las entidades se constituyó de la siguiente manera: *omisión por parte del INPEC de garantizar el servicio de salud y la existencia de la relación causal evidente. La lesión de la interna fue consecuencia de la falta de una adecuada y responsable atención médica.*

Revisadas las pruebas aportadas al expediente el Despacho advierte que, contrario a lo expuesto por la parte actora no se encuentran las irregularidades u omisiones en las que presuntamente incurrió la entidad demandada respecto de la atención médica requerida por la señora Marcela Andrea Ramírez, en tanto que, se observa que presentada la cefalea por la referida se ordenó la práctica de exámenes, así como las remisiones a distintas especialidades, incluso debido a la atención médica requerida por la interna, esta fue trasladada al establecimiento carcelario el Buen Pastor de Bogotá, a efectos de que le fuera brindada atención médica por instituciones de dicha ciudad.

Como se indicó en párrafos anteriores, la señora Andrea Marcela sufrió pérdida de la visión, la que conforme con la declaración rendida por la integrante de la Junta Regional de Invalidez, se debió a la hipertensión, *es decir al aumento de la presión dentro del cerebro generado por el exceso de líquido ocasionó la pérdida de la agudeza visual.* Por lo tanto, ante la pérdida residual de la visión por parte de la señora Andrea Marcela la Junta Regional de Invalidez otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 33.60%.

Por su parte, se advierte que en la contradicción del dictamen emitido por la Sociedad Oftalmológica el doctor Eduardo Arenas Monsalve, refirió que la persona valorada se trataba de una persona que había sufrido diversos trastornos de la visión con complicaciones muy graves, en tanto que, amenazaron con la pérdida de la visión, patología que no era una enfermedad común y corriente, es decir que no era una enfermedad común que se presentara con frecuencia, en tanto que se trataba de una inflamación grave de los nervios ópticos, por lo que a su juicio se trataba de una enfermedad atípica.

Adicionalmente el galeno indicó que, con anterioridad a la pérdida de la visión, conforme la sintomatología presentada por la señora Andrea Marcela no era posible determinar que la referida padeciera este tipo de enfermedad oftalmológica, en tanto que, a su juicio los *-síntomas fueron muy vagos, empezó con dolor de cabeza y después con problemas visuales entonces realmente y decir no todos los dolores de cabeza tienen pérdidas visuales, pero en ella inició con dolor de cabeza y problemas de cefalea, pero en una en una fase de la evolución clínica empezó a perder visión-*.

Por otra parte, se advierte que a juicio del especialista se presentó una atención general en la prestación del servicio médico prestado a la señora Andrea Marcela, por lo que no se podía hablar de negligencia, censurando en cierta forma el actuar de los especialistas, en tanto que, se debió indagar a profundidad sobre la causa de la enfermedad padecida por la citada, no obstante, se advierte que dicha irregularidad no se podía advertir en el momento en que la señora Andrea Marcela Ramírez perdió la visión, por cuanto en su concepto la paciente requería de la valoración de *neurooftalmólogo*. Es decir que, el médico no hizo alusión respecto de presuntas irregularidades en las atenciones médicas prestadas con anterioridad a que la paciente perdiera su visión.

Adicionalmente, la apreciación realizada por el perito, se da en fase de retrospectiva desde el análisis de la historia clínica, pues en desarrollo de la atención médica que se brindó, si bien bajo la apreciación subjetiva de este, se ha podido indagar más sobre la

enfermedad atípica que presentó la señora Andrea Marcela Ramírez, no por ello se descalifica la atención previa brindada, pues conforme a las patologías y problemas que venía presentando, no era posible prever qué tipo de enfermedad oftalmológica aquejaba a la demandante, así mismo, si bien se hizo alusión a la eventual participación de un *neurooftalmólogo*, no se allegó prueba alguna que indicara si en una eventual remisión a esta especialidad, las condiciones de la paciente hubieran sido diferentes, pues esta se adujo fue ya con posterioridad a la pérdida de visión.

Así las cosas, el Despacho encuentra que en el presente asunto no se logró acreditar que la entidad demandada hubiese incurrido en irregularidades en la atención médica brindada a la señora Andrea Marcela Ramírez cuando se encontraba privada de la libertad, por el contrario, como se advirtió, la demandante fue valorada por diferentes especialidades por lo que se ordenó la práctica de exámenes, así como la práctica de cirugía que logró la mejoría de la visión de la paciente.

Si bien en el caso objeto de estudio se advierte que, la señora Andrea Marcela Ramírez en cierto modo requería de la valoración de otra especialidad a efectos de tener conocimiento respecto de las causas específicas de la enfermedad padecida, el Despacho encuentra que dichas circunstancias no son imputables a la entidad demandada, en tanto que, son aspectos que se encontraban a cargo de los médicos tratantes de indicar conforme a la *lex artis* el tratamiento requerido o en su defecto la especialidad a la que se debía acudir.

El Despacho observa que la entidad demandada propendió por que la demandante fuera atendida por las especialidades ordenadas por el médico tratante, así como, su traslado a las diferentes instituciones médicas, pese a los diferentes traslados de las que fue objeto la demandante, este es a las ciudades de Bogotá y Medellín.

En consecuencia, no se encuentra acreditado que, con ocasión a las presuntas irregularidades en la prestación del servicio médico, la salud de la señora Andrea Marcela Ramírez se hubiese desmejorado o que la misma perdió la vista por una omisión atribuible a la entidad demandada, por el contrario, lo que se advierte es que la demandante padecía una enfermedad complicada o atípica que fue tratada por diferentes especialistas.

Adicionalmente, se advierte que el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: ***“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”***¹⁴ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: ***“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***.

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

Finalmente, de estudiarse bajo la figura de una pérdida de oportunidad en cuanto a la atención médica brindada a la señora Andrea Marcela Ramírez, se tiene lo siguiente:

En cuanto a la pérdida de oportunidad para salvaguardar la salud de la señora Andrea Marcela Ramírez.

¹⁴ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

En torno a este tema, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado¹⁵ reordenó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad en los siguientes términos:

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”⁷¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

Estudiados en conjunto los anteriores elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, se considera que en el presente caso no se configuran, en tanto no se acreditó una expectativa cierta y razonable en la atención de la señora Andrea Marcela Ramírez, para inferir que no se hubiera presentado su disminución de la visión, en la medida que se prestaron los servicios con fundamento en lo que la ciencia médica a la fecha ha establecido para el tratamiento de la afección que padeció la víctima.

Adicionalmente, tampoco se acreditó la existencia de una oportunidad para salvaguardar la salud de la señora Andrea Marcela Ramírez ni la pérdida definitiva de la oportunidad, en tanto si bien se hizo alusión a que un diagnóstico temprano por parte de un *neurooftalmólogo* pudo haber tenido un desarrollo diferente, tal aspecto simplemente obedece a una mera hipótesis que carece sustento alguno, en la medida que se trató de una enfermedad atípica que fue tratada por las especialidades de neurología y oftalmología.

Además, se debe hacer alusión a que, para el momento en que conforme a las consultas se presentó la disminución de la visión, esta se había consolidado, y en todo caso, no se acreditó que la misma no haya sido manejada en debida forma por los especialistas, pues al margen de las calidades profesionales del perito, este mismo indicó que solo bajo su experiencia subjetiva, no generalizada en torno a sus colegas, la patología no era

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 5 de abril de 2017, Radicación número: 170012331000200000645-01 (25706), Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

manejable por el ciento por ciento de los oftalmólogos, aún en caso de remisión a un neurooftalmólogo, era una mera hipótesis que este hubiera podido ayudar en la causa o la solución al problema.

De manera que no se probó que la atención médica suministrada a la señora Andrea Marcela Ramírez hubiera sido inoportuna y negligente. Para el Despacho, la atención se brindó conforme al personal e instrumentos con que contaba cada institución médica.

6. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las presuntas irregularidades en la atención médica brindada a la señora Andrea Marcela Ramírez cuando se encontraba privada de la libertad, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrada una falla atribuible a las entidades demandadas

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0016100
Demandante	:	Gloria Helena Manrique Vargas Otros
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 123**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Gloria Helena Manrique Vargas, Alba Lucia Manrique Vargas, Luz Nydia León Casallas quién actúa en nombre propio y en representación de los menores José Santiago Manrique León e Ingrid Yiseth Manrique León; y Luis Alberto Manrique Vargas presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz del fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas, en hechos acaecidos el día 20 de marzo de 2013.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 16 a 18 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 20 de marzo de 2013 el señor José Alirio Manrique llegó en búsqueda de su esposa, la señora Ana Silva Chávez López, a la casa de sus suegros, presentándose entre estos un altercado por temas de celos.

Indicó que, al lugar de los hechos llegaron policías, desconociendo quién había realizado el llamado de los mismos.

Señaló que, los policías ingresaron de manera arbitraria a la vivienda, por cuanto no tenían orden de autoridad judicial, preguntando por el señor Alirio Manrique, procediendo a efectuársele una requisa.

Adujó que, ante la insistencia de la suegra de la víctima, este procedió a sacar un arma que portaba con su respectivo salvoconducto para entregarla, acto ante el que uno de los patrulleros empezó a dispararle, sin que el señor José Alirio Manrique Vargas pudiera reaccionar.

Manifestó que, las heridas causadas al señor José Alirio Manrique Vargas produjeron su fallecimiento, circunstancia que constituía una falla en la prestación del servicio, por cuanto de forma negligente, un patrullero realizó disparos con un arma de dotación oficial.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1 Policía Nacional

Mediante escrito del 26 de abril de 2016, la entidad demandada presentó escrito de contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones invocadas.

Señaló que, en el caso objeto de estudio no obraban pruebas que permitieran demostrar que el daño y los perjuicios aludidos por los demandantes hubiesen sido causados por la Policía Nacional como consecuencia de una falla en el servicio, por cuanto que, fue el actuar del señor José Alirio Manrique Vargas la causa única y determinante en la producción del daño.

Refirió que, las pruebas aportadas al proceso no permitían esclarecer los hechos que rodearon el presunto procedimiento policial, en el que resultó muerto el señor José Alirio Manrique, y por ende, no era posible concluir que el mismo hubiera ocurrido tal y como quedó plasmado en el escrito de la demanda.

Adicionalmente señaló que, se encontraba acreditado que el daño derivado de la muerte del señor José Alirio Manrique, fue causada por un miembro de la Policía Nacional, sin embargo, era dable dar aplicación a la causal de eximente de responsabilidad denominada *legítima defensa objetiva*, toda vez que, el uniformado actuó con el propósito de proteger un derecho ajeno ante una agresión actual.

Finalmente indicó que, no se configuraba falla en el servicio, en tanto que, el patrullero accionó su armamento de manera justificada al proteger la vida e integridad de su compañero.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 9 de febrero de 2015, seguidamente, mediante auto proferido el 14 de agosto de 2015 se inadmitió la demanda y posteriormente a través de auto del 16 de diciembre de 2015, se admitió la demanda (f. 36).

El día 18 de octubre de 2017 se realizó la audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron las pruebas (fl. 115 a 121).

El día 24 de mayo de 2018 se llevó a cabo audiencia de pruebas (fl. 153 a 155).

Finalmente, el día 22 de mayo de 2019, se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas, en la que se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión (f. 222).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. Parte Demandante

A través de escrito radicó el 6 de junio de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Refirió que, los hechos expuestos en la presente demanda se encontraban acreditados con los distintos medios probatorios recaudados dentro del trámite procesal.

Señaló que, los agentes de policía actuaron de manera irresponsable, por cuanto no adoptaron medidas preventivas en aras de garantizar la integridad de la víctima y adicionalmente ingresaron a una vivienda familiar sin previa autorización, circunstancias que constituían una falla en el servicio.

1.5.2. Policía Nacional

Mediante escrito del 6 de junio de 2019, la entidad demandada radicó escrito de alegatos de conclusión.

Indicó que, atendiendo las circunstancias de tiempo modo y lugar presentados, se configuraba una causal de exclusión de responsabilidad a favor de la entidad accionada.

Aludió que, debido a la conducta adelantada por la víctima, esto es, sacar su arma y accionarla en contra de los policías, conllevó a que los miembros de la policía accionaran su armamento.

Manifestó que, la entidad demandada no era administrativamente responsable, por cuanto no se configuraba ninguna falla del servicio en la prestación del servicio, teniendo en cuenta, que el Juzgado 194 de Instrucción Penal Militar se abstuvo de imponer medida de aseguramiento y en su defecto se presentó la inexistencia del hecho investigado.

1.5.3. El agente del Ministerio Público guardó silencio

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión al fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas, en hechos acaecidos el 20 de abril de 2013, por los disparos recibidos por el patrullero de la Policía Nacional Daniel Esteven García López.

3. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas, en hechos acaecidos el día 20 de abril de 2013, producto del impacto con arma de fuego por parte del patrullero Daniel Esteven García López.

4. Fundamentos de derecho.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debía responder patrimonialmente por los

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

perjuicios irrogados, por la muerte del señor José Alirio Manrique Vargas, circunstancias que presuntamente acaeció por el accionar del arma de dotación del patrullero Daniel Esteven García López.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”*².

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado: erige

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”*³ (Negrilla fuera del texto).

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- El Registro Civil de Defunción del señor José Alirio Manrique Vargas que reporta como fecha de la misma el 20 de marzo de 2013 (fl. 5).

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

Imputabilidad

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

-Obra informe del 20 de marzo de 2013⁴, rendido por el patrullero Fredy Ortega Ruiz, del que se extrae lo siguiente:

“Respetuosamente me permito informar a esta unidad investigativa, la novedad presentada el día 20 de marzo de 2013, siendo aproximadamente la 14:05 cuando me encontraba en la estación de policía Meléndez, disponiéndome a realizar la entrega del turno, cuando se acerca una ciudadana quien manifiesta llamarse LAURA STEFANY FLORES CHAVEZ, informándonos que hay un señor armado quien era el compañero sentimental de su progenitora y la había amenazado con matarlas a ella y a la mamá. Y que dicho sujeto se encontraba en la casa de sus abuelos, al notar su estado de excitación le solicitamos nos acompañara y nos indicara el sitio de residencia donde se encontraba este sujeto, cuando llegamos a la vivienda señalada ubicada en la calle 3ª #93-10 del B/ Meléndez, dicha joven nos manifiesta que el personaje en mención se encuentra en el segundo piso y viste buzo blanco a lo cual procedimos a subir inmediatamente. Al llegar al lugar, notamos que la puerta se encontraba abierta observando al sujeto sentado

² Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

³ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

⁴ Folio 184 c.2

cerca a la puerta quien vestía buzo blanco, pantalón oscuro, lo saludamos e inmediatamente él se pone de pie, vociferando textualmente que no se dejaría requisar de ningún "hijo de puta" desenfundando arma de fuego tipo pistola, apuntándome a la cabeza y accionándola inmediatamente, a lo que reaccione arrojándome al piso y este continuaba disparando, en ese momento mi compañero de patrulla PT. GARCÍA LÓPEZ DANIEL CC. 1.042.092.661 de Vegachi – Antioquia, reacciona efectuando disparos al agresor ocasionándole algunas lesiones en el cuerpo, y cuando este cae al piso ingresamos al interior de la residencia, sirve aclarar que con la respectiva acta de registro voluntario firmado por el señor CRISTOBAL CHAVEZ, debido a que la residencia se encuentra ubicada en un segundo piso, desarmándolo y auxiliándolo para transportarlo a un centro asistencial en la patrulla 27-0354 trasladándolo al hospital Mario Correa Rengifo donde llega sin signos vitales, posteriormente observo que me encuentro lesionado en el primer dedo de la mano izquierda, por el rose de un disparo e igualmente ardor en la vista derecha, motivo por el cual fui trasladado a la Clínica Nuestra Señora de Fátima de la Policía Metropolitana de Culi, donde me prestaron los primeros auxilios diagnosticándome lesiones de tejido blando y en la vista esquirla de pólvora".

Las anteriores circunstancias, de igual manera quedaron consignadas en los libros oficiales de la estación de Policía Meléndez tal y como se advierte a folios 255 – 256 del c.2.

Adicionalmente, a efectos de esclarecer las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que acaecieron los hechos objeto de litigio, se advierte que dentro del trámite procesal se recaudó la declaración de los señores María Laura López de Chávez y Fredy Ortega Ruiz.

El día 9 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia de pruebas en la que se recepcionó el testimonio de la señora María Laura López de Chávez, de la que se extrae lo siguiente:

"Preguntado: Nos indica usted que es la suegra del señor José Alirio Manrique, quiere decir cuál es el nombre de su hija. Interrogado: El nombre de mi hija Ana Silvia Chávez López. Preguntado: Sirvanos indicar doña María Laura qué sabe usted en relación al fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas, qué recuerda, qué pasó. Interrogado: Eso fue el día 20 de marzo de 2013, como que fue a las 2:00 de la tarde sino estoy mal, el señor Manrique llegó a la casa de habitación que ahí vivimos mi esposo, mi persona, somos 2 personas adultas mayores, entonces estábamos ahí en la casa de habitación y entró él, él estaba un poquito como ofuscadito, entonces le dijimos que se sentara, estaba como ofuscado, como estresado, entonces él nos saludó y se sentó, le dijimos que se sentara, en el momento llegaron, pues estábamos ahí sentados pues mi esposo y mi persona y el señor, llegaron los 2 agentes de policía, uno de ellos le dijo que lo iba a requisar, que porque, pues no se él tenía como un problema, según el policía dijo, así que lo habían mandado que porque él había estado como amenazando a mi hija, yo no sé por qué, yo no me enteré de nada del asunto, entonces el señor le dijo que no, que ellos no tenían por qué requisarlo ni tampoco ellos tenían por qué entrar ahí a la casa, entonces le dijo que él si podía requisarlo, entonces él lo agarró de aquí del hombro, el policía lo agarró de aquí del hombro entonces él se paró y entonces ahí en ese momento yo le dije a él que les entregara el arma, le dije usted porque no les entrega el arma, le dije entréguela. Preguntado: A qué arma hace referencia, quién portaba un arma. Interrogado: El señor Alirio. Preguntado: Y la portaba, en qué parte la tenía, la cargaba. Interrogado: Aquí en el cinturón donde siempre meten el arma. Preguntado: A qué se dedicaba el señor José Alirio, él qué hacía. Interrogado: Él era del ejército, pero ya estaba retirado, ya estaba pensionado, no sea mucho que estaba pensionado. Preguntado: Cuánto tiempo llevaba conviviendo el señor José Alirio con la señora Ana Silvia Chávez. Interrogado: Yo si no recuerdo cuanto tiempo sería, como unos 3 o 4 años por ahí como que fue. Preguntado: El señor José Alirio y la señora Ana Silvia tuvieron hijos. Interrogado: Si un niño. Preguntado: Como se llama el niño. Interrogado: El niño se llama José Alejandro Manrique Chávez. Preguntado: Ellos convivían en el mismo lugar donde usted residía. Interrogado: No, ellos convivían en otro barrio, ahí donde nosotros vivimos no, ellos estaban viviendo en otro barrio con mi hija. Preguntado: Indiquenos por qué ese día llegó el señor José Alirio a su hogar, a su casa, si nos acaba de indicar que ellos vivían en otro barrio. Interrogado: Porque él llegó, como él siempre iba a la casa. Preguntado: Nos indica usted que entraron unos policías a efectos de realizar una requisa, lo policías quién autorizó el ingreso de los policías. Interrogado: Yo si no me entere quien los mandó, yo no me enteré nada porque usted sabe que en ese momento pues pasó lo que tenía que pasar y fue algo horrible, me puse muy mal en ese momento yo no me enteré, ellos no me dijeron quién los había mandado. Preguntado: En la casa en la que usted residía y acaecieron los hechos, hay alguna habitación arrendada, inquilinos o sólo vive la señora María Laura con su esposo. Interrogado: Vivimos los 2, y vive una hija y mi nieta, los 4 pero como en ese momento mi hija

estaba trabajando y la niña estaba estudiando, estábamos los 2 no más. Preguntado: Y la puerta estaba cerrada. Interrogado: La puerta estaba abierta. Preguntado: Por qué había quedado la puerta abierta. Interrogado: La de la sala estaba abierta, porque estábamos ahí conversando con él y estaba abierta la puerta, ahí fue cuando llegaron ellos los policías. Preguntado: Indíquenos que pasó, porque usted le dijo al señor José Alirio Manrique que entregara el arma. Interrogado: No pues como los policías llegaron a decirle así, que entregara el arma y ahí mismo pensé que la entregara para que no vaya haber problemas, pues usted sabe que van a desarmarlo tiene que entregar el arma. Preguntado: Que recuerda usted que los policías le hayan dicho, recuerda usted el nombre de los policías o el apellido que generalmente llevan impresos los miembros de la fuerza pública para ser distinguidos. Interrogado: Pues si yo los vi así vestidos, pero no tenían ni chaleco, vestidos, así como andan con uniforme en la calle, nombre no me acuerdo, él no me dijo ni como se llamaba ni nada. Preguntado: Que más le dijeron los policías al señor José Alirio Manrique después de solicitarle una requisita. Interrogado: No pues el policía, uno fue el que le dijo, el que le disparó si le dijo que él si lo podía desarmar, que le entregara el arma, en ese momento fue que él se paró y pues yo lo miré que trato de meter la mano así, pero yo no me di cuenta cómo fue, sino que cuando yo me di cuenta el policía le disparó varias veces. Preguntado: Cuando usted nos hace los gestos que nos acabó de realizar respecto al arma a que hace referencia, el señor José Manrique entró en un estado de defensa o iba a realizar la entrega del arma, qué percató usted que iba a suceder en ese momento. Interrogado: Pues no sé yo creo que de pronto el trató como de intimidar, de que los policías lo dejaran porque él cuando sacó el arma, él le hizo un tiro a la ventana, la ventana quedaba así en un lado y los policías estaban del lado de acá, entonces ahí en ese mismo momento fue cuando el policía sacó el arma y le disparó, le disparó varias veces a don Manrique y era una distancia así cortica no estaba muy lejos él. Preguntado: Quién realizó el disparo hacia el techo que me acaba usted de afirmar. Interrogado: Don Manrique a la ventana. Preguntado: Don José Alirio Manrique sacó su arma y la accionó y disparó a la ventana. Interrogado: Eso, entonces fue que ahí el policía sacó el arma, a lo que él sacó el arma el policía también la sacó, a la misma vez que él la sacó, el policía sacó ahí mismo el arma y ahí fue donde le disparó, don Manrique a ninguno de los policías hirió, los 2 quedaron bien, no les hizo ninguna herida nada, el policía sacó indiscriminadamente le disparó varias veces. Preguntado: Recuerda usted en qué parte impactaron los proyectiles. Interrogado: Todos se los dieron aquí en el pecho, ahí debe estar lo que le hicieron la autopsia y todo, en un momentico cayó al piso, entonces él tenía el arma en la mano y el policía fue y la cogió, se la quitó. Preguntado: De los 2 policía me indica usted que ingresaron a su morada, solo uno accionó su revolver. Interrogado: Uno fue el que desenfundó el arma el otro no. Preguntado: Recuerda usted cómo eran físicamente dichos policías. Interrogado: El policía era como morenito alto, delgadito, el que disparó, la otra persona sino me acuerdo bien del físico, me parece que era como blanquito como más bajito que el otro. Preguntado: Después de que nos indica usted que uno de los policías recogió el arma, que sucedió después. Interrogado: Yo me volví como loca desesperada, le dije que por qué lo había matado, por qué había hecho el eso, me enfurecí mucho con el policía, y le dije no usted porque vino a matar a ese señor, le dije no eso no está bien hecho, como le va a disparar así tan horrible, le dije tiene 3 hijos y cómo le va a disparar, él era del ejército ya retirado, cómo lo va a matar así tan horriblemente, entonces dijo no tranquila si él no está muerto él está herido y yo le digo como va a estar herido si ahí mismo entraron y lo sacaron y lo llevaron. Preguntado: Al inicio de su relato usted nos indicó que el señor José Alirio cuando llegó a su casa estaba un poquito estresado, sabe por qué se encontraba estresado. Interrogado: Pues no sé, sería que tenía problemas con la esposa, eso si no me di cuenta yo nada, no sé. Preguntado: Sabe usted cuándo fue la última vez que el compartió con la señora Ana Silvia Chávez López. Interrogado: Ellos estaban viviendo juntos, estaban en la casa donde vivían, yo no sabía que tenían problemas, yo no me enteré que ellos tenían problemas, ellos vivían en la casa de habitación de ellos. Preguntado: Con posterioridad a los hechos en los que falleció el señor José Alirio Manrique, qué contacto tuvo usted con la señora Ana Silvia Chávez López, ella le comentó alguna circunstancia relacionada con peleas con el señor José Alirio. Interrogado: No, incluso ella me dijo que no, que ella estaba allí, como ella se había bajado, que se les había dañado un contador de la energía ella había bajado ahí a Encali a pedir para que se lo arreglaran, ella no estaba en el momento allá, él se había quedado en la casa sólo, sino que el bajó después, yo no me di cuenta qué problema sería que tenían, pero ella no me comentó que estaban con problemas, después de la muerte de don Manrique tampoco me enteré que hayan tenido problemas, el agente de policía me dijo que lo habían mandado para que lo desarmara que como que la estaba amenazando a ella, de mi parte no me enteré nada. (...): Como vivimos en un segundo piso y como usted sabe en Cali hace mucho calor, uno mantiene la puerta siempre abierta. Preguntado: En el segundo piso quién vive. Interrogado: Mi esposo y mi persona, nosotros vivimos en el segundo piso hasta ahora estamos viviendo ahí en el apartamento donde ocurrieron los hechos, en el 2 piso y los policías subieron la grada, tenían que subir la grada para subir al segundo piso. (...)

Preguntado: Nos acaba de indicar usted que uno de los policías le manifestó que la señora Ana Silvia Chávez presuntamente había puesto una queja en contra del señor José Alirio Manrique, que más le comentó dicho policía. Interrogado: El policía después de lo que pasó eso porque ya se lo llevaron, entonces el policía que lo mató volvió porque como el me vio que yo estaba tan mal, entonces el volvió y me dijo tranquila, usted sabe que fue en defensa propia, dijo además por defender a su hija yo le dije pero tampoco usted tenía porque matarlo, si lo mandaron a defender era para hacer una defensa no a matar a una persona, porque ellos tenían muchas formas de haber podido evitar una muerte, como le dije yo a él, usted había podido dispararle en la mano para que el soltara el arma, porque ellos no salieron heridos ninguno de los 2. Preguntado: Tiene usted conocimiento si en alguna ocasión se presentó alguna pelea del señor José Alirio Manrique y la señora Ana Silvia Chávez, al interior de su casa. Interrogado: A donde vivimos no, ellos no han tenido ninguna pelea, no sé en el hogar de ellos eso si no sé, porque como nosotros no vivíamos juntos con ellos. Preguntado: Y tiene usted conocimiento si de pronto el señor José Alirio Manrique tenía algún altercado con algún vecino suyo o si sabía si algún vecino alertó a las autoridades por qué él estaba portando un arma de fuego. Interrogado: No, incluso como ellos decían estaban llegados de acá de Bogotá, porque ellos estuvieron aquí en Bogotá, estuvieron recién llegados también allá porque iba a tener problemas. Preguntado: Hace cuánto habían llegado a dicha ciudad. Interrogado: Ellos llegaron, me parece en diciembre del 2012. Preguntado: Cuando llegaron los policías usted le alcanzó a manifestar a dichos uniformados que no podían ingresar a la casa o ellos simplemente llegaron e ingresaron a su morada. Interrogado: Ellos entraron, subieron, no llamaron de la grada, porque en la grada hay un pasillo largo así para entrar al apartamento, ellos subieron e ingresaron así, por eso fue que cuando yo los mire ya estaban en la puerta, ellos no llamaron, sino que entraron, subieron".

Así mismo, el 28 de agosto de 2018, se adelantó continuación de audiencia de pruebas, en la que el señor Fredy Ortega Ruiz rindió declaración, de la que se destaca:

Preguntado: Cuánto tiempo lleva laborando con la Policía Nacional. Interrogado: 15 años. Preguntado: Sirvase indicarle a este Despacho qué aspectos recuerda en relación con el fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas. Interrogado: Ese día me encontraba de turno, lo que llamamos segundo turno en la jornada de la mañana de 7 de la mañana a 2 de la tarde, eran ya las 2:10 aproximadamente de la tarde, esperábamos ya el relevo del turno, en las instalaciones de la estación de Policía Meléndez de Cali, cuando una muchacha se acerca pidiendo ayuda manifestando que un señor se encontraba armado y que los estaba amenazando, como el relevo se nos demoró tuvimos que acudir a ese requerimiento que, era como a 2 cuadras de la estación. Cuando llegamos a la esquina la muchacha nos manifestó que en el 2 piso de la casa de toda la esquina y que el señor vestía un buzo blanco fue la característica especial que nos dio, yo subo las escaleras al llegar a la puerta, mi compañero venía detrás, compañero Daniel García, yo llegó a la puerta y doy un paso hacia dentro y digo buenas tardes el compañero mío queda al lado mío en la puerta, a como saludo el señor se para y desenfunda un arma y dice aquí ninguno me viene a requisar y me apunta frente a la cabeza como a una distancia de 2 metros, yo al ver esa arma al frente mío la reacción mía fue correr mi cabeza para un lado, cuando yo corro mi cabeza hacia un lado pasa un disparo, un tiro y entonces mi reacción fue tirarme al piso y la reacción del compañero fue también como actuar en defensa propia contra mi integridad, yo estoy arrastrándome hacia afuera en el piso y voy sintiendo también que va varios tiros pegan en el piso, como ya me encuentro protegido detrás de la pared ya paran los disparos y el compañero lo único que me pregunta está bien, yo le digo pues aparentemente y volteamos a mirar al señor, al agresor y él se encontraba ya en el piso con el arma ya como accionar otro disparo inmediatamente como eso fue cerquita a la estación los compañeros que estaban en la estación reaccionaron también todo llegaron al lugar de los hechos inmediatamente verificamos al agresor lo desarmamos, porque él quedó con el arma en la mano ya para disparar y procedimos inmediatamente a trasladarlo a un centro asistencial y los compañeros lo llevaron a un centro asistencial. De igual forma a mí me trasladaron también porque en la cara me quedó la mitad negro del fogonazo de la pólvora y un dedo no sé cómo tuve un rozón, tenía un rozón un quemado, al parecer de la bala, entonces también inmediatamente me llevaron al hospital para ser valorado, ese fue el evento que se presentó en ese momento. Preguntado: Sirvanos indicar si para ese día al lugar al que ustedes acudieron tenían alguna orden de registro o acudieron únicamente en atención al llamado que hizo la ciudadanía, así mismo, precisemos si ustedes ingresaron a la morada en la cual se encontraba dicho sujeto o si tuvieron algún permiso por parte de sus residentes para ingresar a dicho lugar. Interrogado: Nosotros acudimos al llamado de auxilio que nos manifestó la persona una muchacha, quién fue quien nos manifestó que el sujeto la estaba amenazando con arma de fuego y la puerta se encontraba abierta de la residencia yo lo

único que hice, ingresé fue un paso al lado porque, mi compañero estaba ahí enseguida, nunca ingresamos más allá de la vivienda y el señor fue el que de una vez nos atendió, yo apenas llegué y saludé, no fueron más las palabras que nos pudimos cruzar. Preguntado: Sírvase indicar al Despacho qué otras personas se encontraban presentes en dicha residencia. Interrogado: En el momento que yo llegó a la puerta de la residencia solamente se encontraba el señor ahí en la sala, ya después que pasó la tragedia digámoslo así, fue que resultaron otras 2 personas, pero no sé de dónde salieron seguramente estaban en una habitación o en otra parte de la residencia, pero en el momento que yo llego solamente estaba el señor ahí en la sala. Preguntado: Podría usted indicarnos, adicional a la reacción que nos indicó que tuvo su compañero, cuáles fueron las actuaciones que él realizó en concreto en aras de preservar el orden público en ese lugar de residencia, conforme a lo que usted nos acaba de manifestar que fue objeto de hostigamiento o de señalamiento con un arma por parte de la persona que estaba ahí, su compañero qué actuaciones realizó. Interrogado: En el momento yo lo único que sentí fue cuando me dispararon, mi reacción fue protegerme como salvaguardar mi vida y creo que la reacción del compañero fue también protegerme porque el sujeto me estaba disparando en constantes repeticiones, si claro mi compañero actuó desenfundando su arma y disparándole al agresor, después del hecho fue que verificamos que había sido impactado en el cuerpo, en el pecho y como en una pierna. Preguntado: Cuánto tiempo transcurrió desde el momento que ustedes llegaron al lugar de la residencia al momento en los que se presentó el cruce de disparos. Interrogado: En el momento en el que yo llegó a la residencia no fue cuestión digamos de 30 segundos, yo saludo buenas tardes inmediatamente el señor se para de la silla donde estaba sentado, desenfundó su arma y empieza a disparar. Preguntado: Puede usted indicarnos en qué institución médica fue atendido. Interrogado: En el puesto de salud más cercano que es, el del barrio los chorros Mario Correa Rengifo. Preguntado: Cuenta con la historia clínica que le realizaron ese día para efectos de atenderlo. Interrogado: En el momento no cuento con la copia. Preguntado: Podría hacernos allegar copia de la misma. Interrogado: Tocaría solicitarla al hospital, al centro de salud. (...). Preguntado: La persona a la cual ustedes recibieron la solicitud, las voces de auxilio ya la habían conocido en alguna oportunidad anterior. Interrogado: No la había conocido anteriormente. Preguntado: El Despacho (...) solicita al testigo Freddy Ruiz Ortega que nos indique cuál es el manual o instrucción o directriz a través de la cual la Policía Nacional tiene previsto el desarrollo para atender el llamado de la población en casos similares a estos. Interrogado: Siempre debemos atender todo caso y todo requerimiento y más aún cuando es en peligro de alguna persona o una vida, lo que primero que se hace es acudir inmediatamente al lugar donde nos manifiesten que está el peligro y que se encuentren las personas agresoras, inmediatamente verificar la situación, el protocolo que debemos realizar primero es identificar la persona ya que lo que nos manifiestan es que esta armado, al identificarlo pues se procede a una requisita e identificación de persona, pero en este caso no se pudo actuar de esta forma, porque el agresor de una vez nos fue instantáneamente que nos empezó agredir. Preguntado: Usted fue sujeto de alguna investigación disciplinaria o penal con ocasión al fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas. Interrogado: No su señoría. Preguntado: Conforme al protocolo del uso de armas de fuego y usted como miembro de la policía Nacional, dichos protocolos qué indican cuando se trata de un cruce de disparos en relación al uso de arma de fuego, cuál es la actuación que deben realizar para proteger su integridad física y de propender por tratar de someter al agresor, o cuál es el procedimiento que establece el uso, el protocolo del uso de armas de fuego. Interrogado: En primera instancia lo que debemos es protegernos nosotros mismos, salir de la línea de fuego, inmediatamente neutralizar al agresor. Preguntado: Dicha neutralización cómo debe realizarse. Interrogado: Cuando estamos siendo atacados con fuego también, debemos también hacer uso de las armas de fuego, o sea la neutralización se requiere que la otra persona ya deje de seguir agrediéndonos, en este caso pues tocó en el uso de las armas ya que él atentaba en contra de nuestra integridad física, entonces el compañero la reacción fue inmediata también disparando. Preguntado: Recuerda usted si el señor José Alirio Manrique Vargas atentó contra la integridad física también de su compañero o sólo contra la suya, antes de que su compañero reaccionara. Interrogado: Sólo recuerdo que él me disparo y que seguía disparándome mientras que yo trataba de buscar refugio, no supe si también le disparaba al compañero, el compañero sé que también se protegió tras los muros, pero no sé si él también le disparó al compañero, el disparaba repetidamente contra nosotros hacía donde yo estaba. Preguntado: Recuerda usted qué otras dependencias de la policía o la fuerza pública llegó al lugar de los hechos con posterioridad al cruce de disparos. Interrogado: Otra entidad no solamente llegó Policía Nacional, nosotros inmediatamente lo primero que hacemos es los primeros auxilios, verificación de la víctima, inmediatamente el traslado al primer centro asistencial médico, al mismo centro asistencial Mario Correa Rengifo. Preguntado: Recuerda usted si alguna dependencia realizó un trabajo de campo para recolectar evidencia física o elementos probatorios en el lugar de la

residencia en aras de recolectar balas o algún otro tipo de elemento con el cual se haya presentado los hechos que dieron origen al fallecimiento del señor José Alirio Manrique Vargas. Interrogado: No recuerdo que entidad recolectó las pruebas porque yo fui a recibir atención médica, no supe quién fue a recolectar las pruebas en el lugar. Preguntado: Recuerda usted un aproximado de cuántos disparos accionó su compañero Daniel Steven García López. Interrogado: No recuerdo, no pude evidenciar cuántos, el arma de dotación de nosotros aloja un proveedor de 15 cartuchos, creo que tuvo que haber disparado por ahí unos 3, porque lo primero que nosotros nos enseñan es la carencia de disparo, o sea no disparar constantemente sin ser necesario”.

Por otra parte, se encuentra que obra *Anexo de actuación del primer respondiente – FPJ14-* en el que el señor Daniel Stiven García informa respecto de los hechos acaecidos el 20 de marzo de 2013, tal y como se advierte a continuación⁵:

“Siendo las 14:05 horas aproximadamente me encontraba en compañía de mi compañero de patrulla el sr patrullero Ortega Ruiz Fredy en la estación de Policía Meléndez cuando hizo presencia una mujer joven alterada y nerviosa quién nos dijo que un hombre armado quien era el compañero sentimental de su señora madre había amenazado con matarla a ella y a su mamá, manifestó también que este hombre llegó a la casa de sus abuelos donde él sabía que los podía encontrar. Conocidos estos hechos y atendiendo las voces de auxilio de la mujer me trasladé en compañía de mi compañero de patrulla a la calle 3 A # 93-10, en el segundo piso de este inmueble se encontraba un hombre en la sala, la puerta que da a la calle estaba abierta y por eso identificamos a esta persona, se trata de un hombre alto, corpulento corte de cabello militar, tenía una camisa blanca y pantalón oscuro, nos identificamos como funcionarios de policía y lo saludamos desde la puerta, le pedimos un registro personal a lo que se negó, manifestó de manera textual que no se dejaba requisar de ningún hijueputa, acto seguido sacó un arma de fuego de la pretina de su pantalón tipo pistola, y de inmediato dispara contra nosotros, mi compañero estaba delante de mí y recibió un impacto, él se quejó de dolor y cayó al suelo, acto seguido le apunté al agresor con mi arma de dotación para el servicio, y le disparé en repetidas ocasiones para salvaguardar mi integridad personal y la de mi compañero que se encontraba en estado de indefensión.

Cuando el hombre cae al suelo ingresamos a desarmar al agresor y le prestamos los primeros auxilios, se solicitó apoyo para el traslado a un centro asistencial del agresor y de mi compañero de patrulla que resultó herido.

Acto seguido aseguré el lugar de los hechos, se reportan los hechos a la central y se esperan los funcionarios de policía judicial.

Nota: Se manipuló el arma con el fin de desarmar al agresor y trasladarlo de manera segura a un centro asistencial. Conoció caso Patrulla C-18-4 integrada por patrullero Ortega Ruiz Fredy y Patrullero García López Daniel”.

De las anteriores declaraciones se extrae que, para el día 20 de marzo de 2013, en la ciudad de Cali, los patrulleros Daniel Stiven García López y Fredy Ortega Ruiz fueron alertados por Laura Stefany Flores Chávez, informando que la señora Ana Silvia Chávez estaba siendo objeto de amenazas con arma de fuego por parte del señor José Alirio Manrique, circunstancia por la que, los referidos patrulleros se desplazaron hasta el lugar donde se encontraba el presunto agresor. Una vez en el domicilio, los patrulleros solicitaron al señor José Alirio Manrique una requisita, situación ante la que el citado respondió de manera agresiva desenfundado su arma en contra de la integridad de uno los patrulleros, y provocando la reacción del patrullero Daniel Stiven García López, hechos de los que resultó herido el señor José Alirio Manrique, quien fue traslado a centro médico para que se le prestara atención, sin embargo, falleció.

En cuanto a las circunstancias del fallecimiento del señor José Alirio Manrique, se advierte que obra Informe Pericial de Necropsia No. 201310176001000766⁶, en el que se indicó:

“PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA

LA AUTOPSIA DOCUMENTA HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO EN TÓRAX, ABDOMEN Y MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO LAS CUALES GENERAN

⁵ Folio 170 c.2

⁶ Folio 315 c. 2

LESIÓN DE TEJIDOS BLANDOS, HERIDA DE CORAZÓN (AURÍCULA DERECHA), ARTERIA AORTA, VENA CAVA SUPERIOR, PULMÓN DIAFRAGMA, HÍGADO, ESTÓMAGO, INTESTINO, MESENTERIO: LAS CUALES GENERAN HEMOTÓRAX IZQUIERDO DE 1000 CC, HEMOTÓRAX DERECHO DE 500CC Y HEMOPERITONEO DE 300 CC CON LA CONSIGUIENTE HIPOLEMIA. NO HAY OTROS TRAUMAS DIFERENTES A LOS PRODUCIDOS POR LOS PROYECTILES, NO HAY EVIDENCIA MICROSCÓPICA DE RESIDUOS DE DISPARO.

ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSIÓN PERICIAL: HOMBRE ADULTO QUE SUFRE HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO CUYA NECROPSIA EVIDENCIA COMO CAUSA DE FALLECIMIENTO HIPOVOLEMIA SECUNDARIA A LA HERIDA DE ÓRGANOS, CORAZÓN Y GRANDES VASCOS GENERADAS POR LOS PROYECTILES.

CAUSA BÁSICA DE MUERTE: HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO.

Así mismo, se encuentra que en relación a la inspección del lugar donde ocurrieron los hechos, obra acta de inspección a lugares –FPJ-9⁷, en el que se registró lo siguiente:

“Siendo las 15:36 horas del día veinte (20) de marzo de 2013, los suscritos criminalísticos de campo del grupo III del C.T.I., llegaron al lugar donde ocurrieron los hechos en la calle 3 A No. 93-10, con el fin de realizar la inspección al sitio para hallar elementos materiales probatorios o evidencia física, este se encuentra acordonado, y protegido por parte de la policía nacional, más concretamente por el cuadrante C-18-4 conformado por el patrullero Daniel García López identificado con cédula de ciudadanía No. 5.198.092, y el patrullero Fredy Ortega Ruiz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.253.139, entrega acta de primer respondiente el patrullero García López en la cual manifiesta (...)

Acto seguido se procede a inspeccionar el lugar, el sitio se trata de un inmueble en un segundo piso, ubicado en la calle 3 A No. 93-10 del barrio Meléndez, en un sector residencial y comercial, con tiempo seco, con iluminación natural, soleado. – se utilizó el método de búsqueda por franjas, donde se halló como evidencia No. Uno (01) proyectil de color cobrizo en el piso del antejardín al lado de las gradas en caracol que conducen al segundo piso, como evidencia No dos (02) un proyectil de color cobrizo, sobre el piso al lado de la puerta de ingreso al inmueble, como evidencia No tres (03) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 181 im 10, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No cuatro (04) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 157im 09, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No cinco (05) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 181 IM 10, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No seis (06) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 181 im 10, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No siete (07) una vainilla de color dorado, identificada en culote 9mm lugar R-P, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No 8 ocho (08) un proyectil de color cobrizo, sobre el piso de la sala-comedor del inmueble en mención, como evidencia No nueve (09) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 181 im 10, sobre el piso de la sala-comedor del inmueble en mención, como evidencia No diez (10) una vainilla de color dorado, identificada en su culote 9mm 157 im 09, sobre el piso de la sala – comedor del inmueble en mención, como evidencia No once (11) un arma tipo pistola marca stoeger cougar 8000 no serie16429-07-a005834, con un (01) proveedor y cinco (05) cartuchos: estaba sobre la mesa que se encontraba en la sala-comedor.

Así mismo, del estudio que se hace de las pruebas se observa que a folio 273 c.2 obra oficio suscrito por el señor Daniel Estiven García López y dirigido a la Fiscalía General de la Nación, escrito por medio del que, se dejó a disposición de dicha autoridad su arma de dotación.

“Respetuosamente me permito dejar a disposición de ustedes 01 arma de fuego de tipo pistola marca sig sauer de serie SPO 131017 color negro de propiedad de la policía nacional asignada a mi nombre en los inventarios de la estación de policía Meléndez y 01 proveedor con 09 cartuchos lote 81, la cual fue utilizada el día 20 de marzo de 2013 en el procedimiento donde se dio de baja al señor JOSE ALIRIO MANRIQUE VARGAS cc: 91301309 el cual se encontraba en la calle 3ª # 93 10 del barrio Meléndez donde al parecer iba ultimar a su compañera sentimental de la señora ANA SILVIA CHAVEZ LÓPEZ el patrullero FREDY ORTEGA realizándole dos disparos a lo cual reacciono ante la agresión realizándole disparos en repetidas ocasiones para salvaguardar la vida de mi compañero que había quedado

⁷ Folio 164 a 167 c.2

tendido en el piso de inmediato pido apoyo para prestarle los primeros auxilios a mi compañero y al sujeto el cual había quedado herido producto del intercambio de disparos trasladándolo hasta el hospital Murio correa Rengifo donde posteriormente fallece."

Por otra parte, se observa que el señor José Alirio Manrique Vargas contaba con permiso de porte de arma de las siguientes características⁸:

<i>Clase. Pistola</i>	<i>Marca: Stoeger Cougar</i>
<i>Nº DE SERIE: A005834</i>	<i>TIPO PERMISO</i>
<i>CALIBRE: 9 MM</i>	<i>CAP: CARGA 9</i>
<i>VALIDO HASTA: 12 AGO 2013</i>	

De igual manera, es importante indicar que como consecuencia de los hechos ocurridos el 20 de marzo de 2013, la Justicia Penal Militar adelantó investigación en contra del señor Daniel Estiven García López.

Por lo que, el Juzgado 194 de Instrucción Penal Militar, mediante providencia del 20 de abril de 2018⁹, dispuso:

(...)

La participación que ejecuta el patrullero García López consistió en sacar de su funda policial su pistola de dotación oficial, para con ella repelar el ataque inminente y próximo del que estaba siendo objeto por parte de José Alirio Manrique Vargas, y con ello, salvaguardar su propia integridad personal, inclusive la de su compañero de patrulla. Dentro de tales acciones se presenta un intercambio de disparos entre José Alirio Manrique Vargas y García López Daniel Estiven en el cual, como resultado anterior, el ciudadano José Alirio Manrique Vargas resultó ultimado, pese de haber sido conducido a centro médico asistencial para en el lugar brindarle el apoyo médico necesario y urgente requerido.

Por lo anterior, lo propio sería dar continuidad a la causa contra el institucional García López Daniel Stiven por ser el autor material del delito de Homicidio en la persona de José Alirio Manrique Vargas, pero, indican las pruebas que este sujeto procesal el pasado 09 de abril de 2017 se registró su defunción.

Como quiera que la Ley regula que la muerte del investigado genera la terminación de la investigación, que en este caso sería auto inhibitorio a favor de patrullero García López Daniel Stiven por causa de su fallecimiento.

Aunado a lo anterior, es dable indicar que contrario a lo señalado por la testigo María Laura López de Chávez, uno de los patrulleros si resultó herido con proyectil de fuego, tal y como se advierte de la historia clínica correspondiente al señor Fredy Ortega Ruiz¹⁰.

Fecha consulta

3/20/2013 3:57:24 PM

ANAMNESIS MOTIVO CONSULTA

Paciente en el momento quien asiste el día de hoy por urgencias por que refiere que durante procedimiento sufre herida por esquirla de (...) en región de primero dedo de mano izquierdo y residuos en región párpado inferior derecho, con posterior dolor leve (...) en región de primer dedo de mano izquierda por lo cual asiste hoy para valoración médica.

ANAMNESIS – ENFERMEDAD ACTUAL

Paciente en el momento quien asiste solo a consulta médica afebril al tacto no dht cabeza normocefalo conjuntivas húmedas anictéricas con edema y lesión superficial en región de párpado inferior derecho sin sangrado activo no evidencia de lesión ocular orofaringe con eritema faríngeo moderado sin placas no secreción otoscopia bilateral normal cardio ruidos cardiacos ritmicos regulares no soplos pulmo murmullo vesicular presente campos pulmonares bien ventilados blando depresible no masas no signos de irritación peritoneal extre lesión en región de punta de primer dedo de mano izquierda mano con sangrado moderado no lesión osea no lesión tendinosa, laceraciones superficiales en región de 4 to dedo de mano derecha. Snc normal

Plan se rodenda curación en región de primer dedo de mano izquierda y se decide dar salida con recomendaciones generales sy signos de alarma más antibiótico oral ambulatorio más incapacidad médica por 3 dias total.

⁸ Folio 187 c.2

⁹ Folio 104 a 112 c.2

¹⁰ Folio 259

Principal	Código	Descripción
NO	S610	HERIDA DE DEDO DE LA MANO
SI	X934	AGRESION CON DISPARO DE ARMA CORTA: CALLES Y CARRETRAS

Ahora bien, en temas como el que aquí se estudia, el H. Consejo de Estado¹¹ a través de diferentes pronunciamientos a efectuado análisis al respecto:

" Como se observa, para que surja la responsabilidad en el caso en estudio, a cargo de la entidad demandada, no basta con poner en evidencia que el daño se produjo por un agente de la administración, o con un instrumento autorizado por el Estado como es el arma de dotación oficial, sino que además es indispensable demostrar que la actividad desplegada por los agentes tuvo una relación directa y próxima con el servicio, y en tal caso, preguntarse, no solo si el agente estuvo inmerso en una infracción funcional 64, sino también si la justicia penal militar podía adelantar una investigación penal cuando se presenta una ruptura del vínculo "próximo y directo" entre el delito y el servicio en aras de garantizar el juez natural, el recurso judicial idóneo y efectivo, y los estándares de justicia, verdad y reparación de las víctimas. 17.5. Aunque la infracción funcional atinente al uso excesivo de la fuerza letal por parte de los agentes de la policía no tienen carácter estrictamente vinculante por no estar positivizado en las normas, –razón por la cual se los denomina "derecho blando" o "soft law"–, gozan de cierta relevancia jurídica y práctica en el ámbito internacional y nacional en tanto exhiben "una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general" 65 y sirven como "criterio[s] auxiliar[es] de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos" 66, se hace indispensable revisar el marco jurídico que regula el uso de la fuerza por parte de militares y policías.

Los "Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley" 67 comprenden, entre otros principios, el de licitud (principio nº 9), según el cual los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en los siguientes casos: (i) en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves; (ii) con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; (iii) con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad; (iv) para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos; y (v) en cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

Aunado a lo anterior, encontramos que en lo que respecta al uso de armas se han emitido diferentes preceptos en los que se regulan el uso de dichos elementos, para lo que es dable traer a colación la Resolución N° 14 de 1990 de Naciones Unidas que adopta y desarrolla estos principios¹², que establece que cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: (i) se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso; (ii) utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego; (iii) podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten insuficientes o no garantizan de ninguna manera el logro del resultado previsto (principio de necesidad); (iv) ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga (principio de proporcionalidad); (v) reducirán al mínimo los daños y lesiones, y respetarán y protegerán la vida humana; (vi) procederán de modo que se presten, lo antes posible, asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (vii) procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas; y (viii) comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B, Sentencia del 29 de mayo de 2014, Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882).

¹² http://www.sedena.gob.mx/pdf/der_hums/bibliografia/PBUF.pdf

Por su parte, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹³ ha señalado que el uso de la fuerza letal de funcionarios del Estado, debe estar regida por una serie de principios:

“En concordancia con lo anterior, el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha reiterado que el uso de la fuerza letal por parte de funcionarios del Estado habilitados para ello, debe observar el principio de proporcionalidad en la agresión así:

La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad de la administración; sin embargo, en situaciones como la que se discute en el presente proceso, ha prestado especial atención a los casos en que la ley permite el uso de las armas por parte de los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones. El examen de la proporcionalidad que debe existir entre, la respuesta de la fuerza pública y la agresión que ella misma padece, en éste tipo de eventos, para que su conducta pueda configurar una legítima defensa, debe someterse a un examen más riguroso que el que se pudiera hacer en el común de los casos. Efectivamente, los elementos configurantes de la legítima defensa deben aparecer acreditados de manera indubitante, de modo que el uso de las armas de fuego aparezca como el único medio posible para repeler la agresión o, dicho de otra forma, que no exista otro medio o procedimiento viable para la defensa; que la respuesta armada se dirija exclusivamente a repeler el peligro y no constituya una reacción indiscriminada, y que exista coherencia de la defensa con la misión que legal y constitucionalmente se ha encomendado a la fuerza pública

Por otra parte, es importante resaltar que, entre las funciones que tiene la Policía Nacional, se encuentra la de asegurar y conservar las condiciones para el ejercicio de derechos y deberes de los ciudadanos, por lo que, para tal efecto se han expedido medidas preventivas tendientes a evitar la aparición de conductas que alteren la convivencia entre ciudadanos, por ende se advierte que, el Decreto 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía- vigente para la fecha de los hechos objeto de estudio, señalaba lo siguiente:

ARTICULO 1º. *La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las Convenciones y Tratados Internacionales, en el Reglamento de Policía y en los principios universales del derecho.*

ARTICULO 2o. *A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.*

A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación.

De igual manera, en dicho compendio normativo se hizo alusión al *-empleo de la fuerza y otros medios coercitivos-* disponiendo que su uso es procedente cuando es estrictamente necesario, señalando los siguientes eventos:

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

- a) Para hacer cumplir las decisiones y las órdenes de los jueces y demás autoridades;*
- b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía;*
- c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad;*
- d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;*
- e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;*
- f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;*
- g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves*

En igual sentido, en el artículo 30, modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971, se dispuso *“Para preservar el orden público la Policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento”.*

Como se explicó en líneas anteriores, las circunstancias que conllevaron al presente litigio se encuentran relacionadas con los hechos acaecidos el 20 de marzo de 2013, en los que se

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 14 de 2004, rad. 14902, M.P. Alir Eduardo Hernández Enriquez

informó a los uniformados de la estación de Policía Meléndez, respecto de la conducta desplegada por el señor José Alirio Meléndez quién presuntamente se encontraba amenazando con arma de fuego a su compañera sentimental.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que, en cumplimiento de sus funciones y ante el conocimiento de que una persona portaba un arma de fuego, los patrulleros acudieron al llamado realizado por una de las familiares del señor José Alirio Meléndez -*Laura Stefany Flores Chávez hija de la compañera sentimental*- persona que conforme a los informes rendidos por el patrullero Fredy Ortega Ruiz tanto en la investigación adelantada por la Justicia Penal Militar, como en la declaración rendida a este Despacho, se indicó que fue la citada la que dio parte de la situación acaecida el día 20 de marzo de 2013, por lo tanto, el Despacho no comparte las apreciaciones expuestas en el escrito de demanda, en las que se indicaron que los uniformados llegaron al lugar donde ocurrieron los hechos, sin que previamente se hubiera efectuado su requerimiento, circunstancia que como se indicó se encuentra desvirtuada.

De igual manera, es importante precisar que del estudio que se hace de las pruebas se advierte que, dentro de la investigación adelantada se requirió a la señora *Laura Stefany Flores Chávez*, a efectos de que compareciera a rendir declaración, sin embargo, no fue posible la comparecencia de la referida.

No obstante lo anterior, y en desarrollo de la imputabilidad, el Despacho considera que el daño no es atribuible a la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional, en tanto que las pruebas que obran en el expediente indican que, si bien el disparo que culminó en las lesiones y posterior fallecimiento del señor José Alirio Vargas, fue efectuado por un agente de la Policía Nacional el 20 de marzo de 2013, este hecho se dio en circunstancias en las que se encontraba en cumplimiento de sus funciones y dicho actuar se ocasionó como consecuencia de la conducta desplegada por la víctima, quien de manera apresurada apuntó su arma en contra de uno de los patrulleros y accionó su arma contra los uniformados, por lo que, surgió la reacción de uno de estos, a efectos de repeler el ataque.

En tal sentido, es claro que el actuar de la víctima causó un peligro que conllevó al uso de la fuerza y armas de fuego por parte de los informados, pues se estaba ante la manipulación de un elemento peligroso tanto por parte del agresor como de los uniformados. Por lo tanto, para el caso que nos ocupa tenemos que el daño constituye la materialización de un riesgo creado lícitamente por el Estado, en desarrollo de las competencias y deberes previstos a su cargo por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en el caso bajo estudio se observa que, los agentes de la Policía Nacional se encontraban en ejecución de una actividad propia de sus funciones -como lo es aquella de preservar el orden público y la seguridad-, en este caso quebrantada por el señor José Alirio Vargas, quien portaba un arma, accionó la misma y dio un uso ilegítimo de esta, por lo tanto, uno de los uniformados debió accionar su arma de dotación oficial para repeler el ataque generado por la víctima.

En cuanto al eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima, tenemos que, el Consejo de Estado¹⁴ ha precisado:

Así las cosas, esta Sección ha reiterado que “para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar (...)

En este orden de ideas, si bien se acreditó que la víctima sufrió lesiones como consecuencia del accionar de un arma de dotación, no obstante, no se probó que dicho accionar fuera la

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de abril de 2019, 68-001-23-31-000-2003-02635-01 (42671).

consecuencia de una falla en el servicio por parte de la entidad demandada, puesto que la causa aducida, es el uso legítimo del arma de dotación oficial de forma indiscriminada en contra del señor José Alirio Vargas, lo que no se desvirtuó. Por el contrario, quedó acreditado que el resultado dañoso le es imputable a la víctima, quién con su actuación propició de manera directa e inmediata la materialización del riesgo de esa actividad peligrosa, de quien se adujo había sido miembro de la fuerza pública y que habría podido evitada el desenlace si hubiera actuado con apego al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el daño no puede ser imputado a la entidad demandada.

Para el caso que nos ocupa, es claro que la conducta de la víctima incrementó determinadamente el riesgo que se crea con el porte y uso de armas de fuego, del que se materializara el fatal desenlace, pues al desenfundar su arma y atentar contra uno de los uniformados, provocó la reacción los miembros de la fuerza pública.

Por lo tanto, es claro que la participación de la víctima fue idónea y eficiente, lo que permite colegir que la fuente del daño, no provino del procedimiento de policía, por cuanto no se acreditó que la actuación de los miembros de dicha institución hubiese sido sin apego al ordenamiento jurídico.

Bajo este orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda, por configurarse la culpa exclusiva de la víctima.

6. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que se configura la causal de exclusión de responsabilidad, de culpa de la víctima. En ese sentido, el Despacho negará las pretensiones de la demandada.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUÍS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-0044500
Demandante :	Pablo Emilio Romero y otros
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 130**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Pablo Emilio Romero Rodríguez, Ligia Manrique Guevara y Fernando Humberto Romero Manrique presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la muerte del soldado profesional Carlos Alberto Romero Manrique el 6 de abril de 2013.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 46 a 47 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el señor Carlos Alberto Romero Manrique se encontraba vinculado al Ejército Nacional desde el 3 de diciembre de 2004.

Indicó que, el 6 de abril de 2013, Carlos Alberto Romero Manrique participó en una operación militar en el corregimiento de San Antonio de Getucha, en jurisdicción del Departamento de Caquetá, donde surgió un enfrentamiento con las Farc, en el que junto con dos soldados profesionales perdió la vida y otros integrantes resultaron heridos.

Añadió que, meses anteriores en la zona del municipio del Milán habían ocurrido un número de bajas, sin embargo se expuso al personal militar a una nueva emboscada, generándose una falla en el servicio, de donde se podía concluir que, el subteniente Carlos Alberto Romero Manrique murió a causa de la falla del servicio del Ejército, por no haber cumplido los mínimos protocolos de seguridad en áreas de combate.

Finalmente adujo que, con la muerte de Carlo Alberto Romero Manrique se produjeron perjuicios de orden material a sus padres, quienes no están obligados a padecerlos, pues ellos dependían económicamente de los salarios y prestaciones que devengaba su hijo en el cargo de subteniente (f. 38 a 42 c. principal).

2.3.Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Manifestó que, el señor Carlos Alberto Romero Manrique decidió enlistarse en la milicia por su propia voluntad, asumiendo los riesgos que la actividad conllevaba, a un resultado normal y legítimo de la propia actividad.

Señaló que, la muerte del señor Carlos Alberto Romero era consecuencia de un combate por acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público, es decir, fue un suceso que sobrevino en el servicio en combate por causa y razón del mismo, cuya ocurrencia no daba lugar a declarar la responsabilidad.

Adujo que, el daño que reclamaban los demandantes por la muerte del suboficial Carlos Alberto Romero Manrique, no debía ser imputable a la entidad, pues se tuvo la precaución de planificar y preparar la operación donde falleció el mencionado militar.

Por último, excepcionó el hecho de un tercero, en tanto el actuar de las fuerzas subversivas rompían el nexo causal entre la entidad demandada y el daño antijurídico que padeció los demandantes, en consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. (f. 56-70 c. principal).

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 12 de junio de 2015 (f. 43 c. principal), seguidamente, mediante auto de 30 de noviembre de 2015 se inadmitió la demanda (f. 45 c. principal), subsanadas las falencias se admitió la demanda (f-51-52).

Mediante auto de 2 de marzo de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 94 c. principal) para el 24 de julio de 2018 (f. 98-99).

El 06 de septiembre de 2018 se realizó la audiencia de práctica de pruebas (fls.121-122), la cual ante la ausencia de pruebas se programó nuevamente para el 9 de octubre de 2018 (fls. 154-155, de igual manera se realizó audiencia de pruebas el 20 de noviembre de 2018 (fls.159-160) y finalmente el 16 de julio de 2019 y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 167-168 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

La parte actora indicó que con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, estaba acreditada la responsabilidad de la entidad demandada, en la medida que se presentó una omisión en el cumplimiento de las funciones que derivaron en la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, pues se debieron prever los riesgos de los operativos adelantados a fin de garantizar su integridad física (fls.170-174 c1).

La parte demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la muerte del suboficial Carlos Alberto Romero Manrique, de tal manera que, deberá determinarse si existió o no la presunta falla en el servicio atribuida por la omisión y falta de previsión en la misión, que garantizaran su vida en los hechos en los que resultó muerto el 6 de abril de 2013.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2.Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En el presente evento, la parte actora hizo consistir el mismo en la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que se produjo el 06 de abril de 2013 conforme al registro civil de defunción visible a folio 4 c. principal.

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.2.2 Responsabilidad del Estado por daños ocasionados a miembros voluntarios de las fuerzas militares.

Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado lo siguiente:

“(...) En cuanto a la imputación, aunque no se discute que fueron terceros al margen de la ley quienes materialmente adelantaron los execrables hechos en los que perdió la vida el demandante, pues ninguna participación de servidores o entidades estatales se alegó o quedó evidenciada, estima la Sala que sí es posible que se configure la responsabilidad del Estado en aquellos eventos en que el daño lo ha causado un tercero, esto es, que ello no constituye causal eximente de responsabilidad cuando el fundamento de la pretendida responsabilidad lo constituya una omisión, como en el presente caso, bajo el entendido de que aquello que se reprocha a la administración es el incumplimiento, retardo u omisión de deberes que hacen parte de su órbita funcional con incidencia en la causación del daño, por lo que el simple argumento de que este lo ha causado un tercero no permite per se desestimar las pretensiones.

Tratándose del personal de las fuerzas militares y de policía, la jurisprudencia de la Sección ha sido pacífica en afirmar que, en principio, los daños por ellos padecidos en el ejercicio de sus funciones, están llamados a ser resarcidos de acuerdo con los reconocimientos prestacionales previstos en los respectivos regímenes laborales, conocidas como indemnización a for fait. Lo anterior bajo el entendido de que los riesgos derivados del oficio voluntariamente escogido, tales como aquellos producidos por el uso de armas de fuego o en la confrontación con la delincuencia común u organizada, son propios de la función pública que se desempeña y los asume el servidor. Precisamente, ello justifica la existencia de un régimen de indemnizaciones propio frente a los daños padecidos por los miembros de la fuerza pública.

² Ibidem.

También se ha reconocido que sí es posible que se comprometa la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el personal que ha ingresado voluntariamente a la fuerza pública, lo que según lo ha aceptado la Sala puede tener lugar (i) cuando el daño ha estado determinado por una actuación negligente, imprudente o reprochable de la administración que se enmarque dentro del concepto de falla del servicio y (ii) cuando ha expuesto a los funcionarios a un riesgo que excede aquellos que son propios de la actividad a su cargo.”³

De acuerdo con lo dispuesto por jurisprudencia en cita, el Estado está obligado a indemnizar patrimonialmente los daños antijurídicos que se le atribuyan por los daños sufridos por el personal que ha ingresado voluntariamente a la fuerza pública, siempre que se acredite una falla en el servicio o un riesgo excepcional.

3.3 De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La parte actora le endilga responsabilidad a la entidad demandada, por la presunta omisión en la adopción de medidas de seguridad que conllevaran a evitar bajas en el operativo del que hacía parte el señor Carlos Alberto Romero Manrique, conllevó a que se produjera su muerte en combate el 6 de abril de 2013.

En cuanto a la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, el Despacho encuentra acreditado que, falleció el 6 de abril de 2013 conforme al registro civil de defunción visible a folio 4 c. principal.

Frente a la calidad de militar del señor Carlos Alberto Romero Manrique, se acreditó que, estuvo vinculado al Ejército Nacional y que el momento de su muerte fungía como cabo segundo adscrito al Batallón de Infantería de Selva 35 “Héroes del Guepi”

Respecto a las circunstancias en que acaeció la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, se acreditó que el día 6 de abril de 2013, falleció a causa de impacto de arma de fuego en medio de combate con presuntos integrantes de las FARC, en los términos consignados en Informe Administrativo por Muerte No. 011 de 12 de abril de 2013:

“CONCEPTO COMANDANTE: Teniendo en cuenta el informe presentado por el señor ST JIMENEZ PEREZ WILMAN, Comandante del segundo pelotón de la Compañía C del Batallón de Infantería No. 35 Héroes del Guapi donde pone en conocimiento los hechos ocurridos el día 06 de abril del 2013 en la Vereda inspección san Antonio de Getucha Departamento del Caquetá coordenadas aproximadas LNO1°06'25" LW 75°23'43", sector subestación eléctrica en desarrollo de la Operación, REPUBLICA—Misión Táctica ATHENAS-035-04, control territorial siendo aproximadamente las 05:15 se inició movimiento de acuerdo a la orden del señor CT CABALLERO HERRERA CRISTIAN comandante de la compañía C hacia el casco urbano de la inspección de San Antonio de Getucha realizando análisis sobre el sector, a las 14:30 horas se llega al dispositivo y se ordenó al señor Cabo Primero MORENO MORENO YONIER de organizar un equipo de combate disponibles en este momento para llevar a la base unas improntas, dos soldados aspirantes a soldados profesionales y organizar viveres prontos para llegar en donde el señor CS ROMERO MANRIQUE CARLOS ALBERTO y el equipo de MGL al mando los cuales se encontraba en alistamiento para iniciar desubicación aproximadamente a las 17:05 los soldados del equipo de la ametralladora se encontraban en el paso de la comida mientras el equipo de MGL se alistaba para tomar el

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá D. C., 30 de noviembre de 2017. Radicación No: 54001-23-31-000-2003-00856-01(44821)

dispositivo a las 17:30 se escuchó una ráfaga de aproximadamente de 5 disparos y varias detonaciones de tabucos y granadas de mano se reaccionó con el armamento se reacciona con el equipo de MGL hacia donde se escucharon los disparos, se armó base de fuego el señor ST JIMENEZ PEREZ WILMAN. Salió al claro y observó la presencia aproximadamente de 8 sujetos venían vestidos en ropa de deporte distrajeron la atención del personal que se encontraban de seguridad atacando con granadas de mano y armas cortas, de inmediato llegaron dos camionetas 4X4 con platón donde venían 9 terroristas en civil con armas largas luego aproximadamente 35 terroristas que aferraron el personal al terreno utilizando fuego de fusilería y ametralladora del sector conocido como los cauchos a las 20 segundos se escuchó una gran detonación y observó que la subestación eléctrica fue incinerada, se llamó al radio y se encontraba reaccionando tomó el radio tipo escuadra y se empezó a balizar coordinaciones con el CS ROMERO MANRIQUE CARLOS ALBERTO para que reorganizara su unidad.

(...) IMPUTABILIDAD

De acuerdo con lo establecido con el Artículo 08 del Decreto 2728/1968, el comando el Batallón de Infantería No. 35 héroes de "Guapi", conceptúa que la muerte del CS ROMERO MANRIQUE CARLOS ALBERTO CC.13069.721.001 fue "MUERTE EN COMBATE O POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO"⁴

Así mismo, obra informe del 11 de abril de 2013 suscrito por el subteniente Wilman Jiménez Pérez, respecto a los hechos que rodearon la muerte del soldado Carlos Alberto Romero:⁵

Asunto: Informe hechos 06/04/2013

"Por medio de la permito informe al señor Teniente Coronel EDGAR RICARDO BERNAL MARTINEZ. Comandante del Batallón de Infantería No. 35" HEROES DEL GUEPI", que para el día 06 de abril de 2013 me encontraba en desarrollo de la misión táctica ATHENAS 035-04 en coordenadas 01 06 25 -75 42 siendo aproximadamente las 05:15 inicio movimiento de acuerdo a la orden del señor C.T. CABALLERO HERRERA CRITIAN comandante de la compañía cóndor hacia el casco urbano de la inspección de San Antonio de Getucha, realizando análisis del terreno, punto crítico sobre el sector a las 14:30 horas llegó al dispositivo de seguridad de la electrificadora y le ordeno al CP. MORENO MORENO YONNIER de organizar el equipo de combate disponible en ese momento para llevar a la base militar unas improntas, dos soldados aspirantes a soldados profesionales y organizar los viveros que se encontraban próximos a llegar, en donde me quede con tres equipos de combate asegurando el sector a 01 -01-16, uno repartido de seguridad del equipo de la ametralladora con el cabo segundo Romero Manrique Carlos y el equipo de MGL al mando mío, en donde nos encontrábamos en alistamiento para iniciar movimiento de desubicación, aproximadamente a las 17:30 escucho una ráfaga de aproximadamente 5 disparos y varias detonaciones de tatucos y granadas de mano, tomé mi armamento y reaccioné con mi equipo de combate hacia donde escuche los disparos, armamos base de fuego y me alcancé a salir hacia el claro para observar al enemigo y me di cuenta que aproximadamente 8 sujetos venían vestidos en ropa de deporte quienes distrajeron la atención al personal que se encontraba de seguridad y los atacaron con granadas de mano y fuego de armas cortas, de inmediato llegaron dos camionetas 4x4 con platón en donde venían 9 terroristas en civil con armas largas los cuales hacían barrido con fuego de fusilería de armas larga los cuales hacían barrido con fuego de fusilería y artefactos explosivos y detrás de la camioneta lanzaban artefactos conocidos como tatucos, reaccioné disparando mi arma, pero el ataque por parte del enemigo era superior debido a que todo el ataque fue con gran cantidad de explosivos, 35 terroristas

⁴ Fl.186 C2 pruebas

⁵ Fls.4-6 C.2 pruebas

aproximadamente que me aferraron al terreno utilizando fuego de fusilería y ametralladora del sector conocido como los Cauchos y que además durante el ataque utilizaron táticos granadas de mano y artefactos explosivos, improvisados, a los 20 segundos escuché una gran explosión y observo que la electrificadora fue incinerada por ataque del enemigo utilizando un cilindro como arma principal, llamo al radio operador y no me contestaba, ya que el había quedado aislado del radio y se encontraba reaccionando con el equipo de la ametralladora, debido a mi reacción el radio se encontraba aproximadamente a 10 metros de mi posición, y que ese momento me aferraron al terreno guerrilleros que venían por el sector de la electrificadora quienes eran aproximadamente 30, los cuales hicieron una cortina guerrillera y venían en ancho frente disparando en la posición de pie, varios de ellos lanzaron granadas de mano y alcanzaron al soldado que se encontraba junto a mi donde fue herido en la cara y resto del cuerpo con esquirlas, tomé al soldado y le ordené al equipo que se encontraba maniobrando junto a mí que nos replegáramos hacia el occidente ya que por ese sector no se encontraba presencia de terroristas nos desplazamos hacia el sector indicando y tomamos posición de seguridad con el fin de reorganizar la unidad y realizar un contrataque, tome mi radio tipo escuadra y empecé a realizar coordinaciones con el CS. ROMERO MANRIQUE CARLOS para que reorganizara su unidad, le timbro a mi capitán para informarle que el fuego que me encontraba recibiendo era muy fuerte que me apoyara, pero la interferencia de todas las unidades no lo permitía, le timbro al cabo CS ROMERO y le ordeno que reorganice el personal y que concentrara el fuego para un solo lugar y me contesta que si pero que las granadas de mano no lo dejaban maniobrar y que tenía dos soldados heridos, le informo a mi capitán que tenía dos soldados heridos y me responde que reorganice la unidad y me haga fuerte, le timbro respectivamente al CS Romero y no me contesta el radio, empiezo a maniobrar con los tres soldados que se encontraban conmigo y encuentro el cuerpo del C.S. Romero y el Cuerpo SLR LDESMA RAMOS ALEXANDER sin vida, le timbro a mi capitán para reportarle lo sucedido y me responde el CP. Moreno y me dice que verifique y le informo que si que el cabo se encontraba sin vida, procedo a continuar buscando al personal para reorganizarlo y no encuentro al personal (...)"

Por otra parte, se observa la Misión Táctica 035/04 ATHENAS 035-04, control territorial a la operación republica dentro del marco jurídico de los derechos humanos- Tarjeta Azul, del Batallón de Infantería de Selva No. 35 "HEROES DE GUEPI"

(...)

2. MISIÓN

EL BATALLON DE INFANTERIA DE SELVA No. 35 "HEROES DE GUEPI en su esfuerzo principal desarrolla Operaciones de acción ofensiva las compañías de acción directa "A", "B", y Operaciones de control territorial con tropas de las compañías "C", "D", "E", "F" y "G", en forma sucesiva, ofensiva, sincronizada y coordinada de combate irregular contra los frentes 14 y 15. Columna móvil disponible bloque Sur, y Columna Móvil Disponible Teófilo Forero Castro de la ONT FARC, a partir del día 01 00:00 ABRIL 2013. En los municipios de la Montañita, Paujil, Milan y Cartagena del Chaira y en cada una de sus inspecciones veredas de nuestra jurisdicción, (área restringida del Plan de Campaña "Bicentenario") para forzar su desmovilización y desarme, haciendo uso de la fuerza de acuerdo al marco jurídico aplicable y contribuir a acelerar su derrota militar promoviendo, acatando y respetándolos DD.HH y el DIH.

3. EJECUCIÓN

INTENCIÓN DEL COMANDANTE

La intención del Comandante del BATALLON DE INFANTERIA DE SELVA No. 35 "HEROES DE GUEPI", es fortalecer todas las capacidades del poder de combate de la Unidad Táctica que contribuyan eficaz y eficientemente al desarrollo de las operaciones orientadas a derrotar

a los agentes generadores de violencia en forma definitiva en cuanto a su estructura armada, su infraestructura económica y las áreas de acumulación estratégicas, reduciendo la capacidad de acción terrorista de las ONTE FARC, y todos aquellos generadores de violencia, neutralizando.

(...)

EL SEGUNDO PELOTÓN DE LA COMPAÑÍA "C" organizado 01-03-27 al mando del señor ST. JIMENEZ PEREZ WILLIAM, quien se encuentra en coordenadas (010601-752342), desarrolla operaciones de seguridad y defensa de la fuerza y control territorial con población civil en el área urbana, en los alrededores de la Base militar de la INSPECCIÓN DE SAN ANTONIO DE GETUCHA y aplicando las maniobras de ATAQUE, EMBOSCADA, CONTRAEMBOSCADA, PRESIÓN Y BLOQUEO ESTRATEGEMAS MILITARES, ACCIONES SORPRESIVAS, INFILTRACIÓN, aplicando las diferentes tareas tácticas y técnicas dentro de las maniobras de combate irregular realiza actividades de inteligencia de combate, individualización y fortalecimiento de red de cooperantes y actividades de inteligencia de combate, individualización y fortalecimiento de red de cooperantes y actividades de desminado humanitario, con el fin de garantizar la seguridad y protección de la infraestructura de comunicaciones que se encuentra en el sector, obtener información sobre enemigo mediante la monitoria para el desarrollo de operaciones militares en contra de la compañía móvil del bloque sur de las ONTE FARC y lograr un acercamiento efectivo a la población civil del área de su responsabilidad dentro del respeto del D.IH.- DDHH y cumplimiento de las normas DICA.

(...)

REGLAS DE ENFRENTAMIENTO

TARJETA ROJA

Reglas de enfrentamiento para el combate terrestre

Podrá hacer uso de la fuerza contra un objetivo militar o blanco lícito, siempre y cuando.

1. Este enmarcado en una orden de operaciones, y lo identifique como el objetivo militar o blanco lícito, al momento de hacer uso de las armas.

Las evacuaciones se realizan inicialmente al Hospital de Florencia, si la urgencia lo amerita, el paciente debe ser enviado al Hospital Militar Central en Bogotá.

(...)⁶

De igual manera, se allegó oficio MD-CG-CD-DIV06-BR12-BIGUE-S3-OP-29.65 Operación Inmediata:

"No. 1498/MDN-CGFM-CE-DIV6-BR12-BIGUE-S3-OP-26.65X CON TODA ATENCIÓN X PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO DIA 06 DE ABRIL 2013 X 17:30 HORAS X TIPO DE UBICACIÓN RURAL X TIPO DE TERRENO PLANO X CONIDICIONES METEOROLOGICAS C'LIDO X COORDENADAS LN 01°06'25" LW 75°23'43" X DEPARTAMENTO CAQUETÁ X MUNICIPIO MILAN X VEREDA INSPECCIÓN SAN ANTONIO DE GETUCHA X LUGAR SECTOR SUBESTACIÓN ELECTRICA X CAMPO DE COMBATE ÁREA OPERACIONES X ENEMIGO 40 NIVEL OPERACIÓN PELOTON X NOMBRE DE LA OPERACIÓN REPUBLICA X NOMBRE MISIÓN TÁCTICA ATHENAS 035-

⁶ Fls.58-69

03X TIPO DE OPERACIÓN CONTROL TERRITORIAL X MÉTODO OPERACIÓN CONTROL TERRITORIAL X MÉTODO OPERACIÓN CONTROL MILITAR DE AREA X TECNICA OPERACIÓN CONTROL MILITAR DE AREA URBANO Z TIPO MANIOBRA ESTRATEGEMAS Y METODOS DE ENGAÑO X TECNICA MANIOBRA MEDIDAS DE ENGAÑO TACTICAS X UNIDAD SEGUNDO PELOTON COMPAÑIA CONDOR X ACCIÓN ENEMIGO ATAQUE A POBLACIÓN X HECHO COMBATE X DURACION EN DESARROLLO X CLASE SOLDADO SLR X PERSONAL COMPROMETIDO X SEGUNDO PELOTON X COMPAÑIA C X PELOTON 2 X NOMBRE COMANDANTE ST JIMENEZ CONDOR 2 DISPOSITIVO SUBESTACIÓN ELECTRICA ENTRA EN COMBATE CON QUE PRODUJO EL ÉXITO INTELIGENCIA DE COMBATE X PROCEDENCIA DE LA INFORMACIÓN HUMANA X APOYO GAO____X APOYO JUDICIAL____X ASALTO AEREO____X APOYO FUERZAS ESPECIALES____X PENDIENTE AMPLIAR INFORMACIÓN X TC EDGAR RICARDO BERNAL MARTINEZ X COBIGUE35X”⁷

Adicionalmente, de la investigación disciplinaria suscrita por el Batallón de Infantería de No. 35 “Héroes del Guepi”, se tiene lo siguiente:

2.HECHOS

Este Comando tuvo conocimiento mediante informe de fecha 11 de abril del 2013 suscrito por el señor PEREZ JIMENEZ WILMAN, Comandante del segundo pelotón de la compañía CONDOR, que el día 06 de abril de 2013, en la Inspección puso en conocimiento los hechos ocurridos el día 06 del mismo mes, en la Inspección de San Antonio de Getucha jurisdicción del municipio de Milán, en desarrollo de la misión táctica ATHENAS 035-04, cuando su pelotón fue atacado por un grupo armado resultando asesinados el CS. ROMERO MANRIQUE CARLOS, el SLR LEDEZMA RAMOS ALEXANDER y el FONSECA JORGE MIGUEL; igualmente resultaron heridos el SLR. MENDIETA HENAO MIGUEL, el SLR. GARCIA CRUZ LUIS, el SLR. FONSECA RAMOS JOHAN, el SLR. GARCIA ISAO DANIEL y el SLR LOPEZ DIAZ YORDI, Aunado a lo anterior, fue hurtado un material de intendencia.

RESUELVE:

PRIMERO: Ordenar el ARCHIVO DEFINITIVO de la indagación preliminar disciplinaria radicada bajo el No. 010-2013 adelantada en averiguación de responsables, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

(...) “⁸

Sumado a lo anterior, obre copia del Oficio No. 430/MDN-CE-DIV6-BR12-B2-29-101 del 1 de abril de 2013, contentivo del Informe de Inteligencia suscrito por el Comandante de la Décima Segunda Brigada, que refiere lo siguiente:

“ANTECEDENTES

06-MAR-201 PRESENCIA: de un grupo de veinte terroristas, dirigido por el sujeto NN (a. Enrique) cabecilla de la comisión de francotiradores del frente 15 y quien recientemente pertenece a la comisión de orden público del sujeto Johan López (a Carlos Burro) distribuidos en dos grupos el primero conformado por 10 terroristas ubicado en la vereda el cóndor coordenadas N 005809 W 751419 y el segundo grupo en la vereda bello horizonte N 010057 W 751419 los cuales vienen enviando

⁷ Fl.85

⁸ Fls.175-186

guerrilleros de civil para realizar inteligencia delictiva sobre las tropas del Bigue ubicadas en la base militar de San Antonio de Getucha para esta oportunidad estarán planeando realizarse con apoyo de comisiones del frente 14 y 49 los cuales habrían hecho movimiento desde el río selva. PROC. RIME 6 EVAL B-2.

(...)

CONCLUSIÓN

Conocimiento de la ubicación de 07 campos minados sobre el área general de la vereda Campo Alegre coordenadas de referencia N 01 0032.45 W 75 12 47.75 jurisdicción del municipio de Milán Caquetá, los cuales fueron instalados por explosivos del frente 15 “Jose Ignacio Mora” con el fin de ser detonados al paso de la tropa, de igual forma en los sitios donde las tropas probable, ente pernoctan teniendo en cuenta las condiciones del terreno, afectando así mismo a la población civil que transita en el sector.”⁹

Frente a la causa de la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique: Del informe pericial de necropsia No. 201310118001000 del 06 de abril de 2013, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses indicó lo siguiente:

“PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA

1. CARACTERIZACIÓN DEL CADAVER. Cadáver iniciando fétidez, frialdad al tacto generalizado y rigidez en fase intermedia de regresión, livideces dorsales fijas, exfacatación en cara y tórax anterior, ovoposición en cuero cabelludo. 2. CARACTERIZACIÓN DEL OCCISO. 2.1 Adulto sexo masculino, contextura mediana, rasgos mestizos, talla 1.80 centímetros, rango de peso 80 y 85 kilogramos, edad 26 años, sin evidencia macroscópica de señales particulares externas. 2.2. ESTADO DE IDENTIFICACIÓN indiciarlo. Carlos Alberto Homero Manrique. 2.3.. PRENDAS DE VESTIR Y ACCESORIOS DE USO PERSONAL. Guertera color camuflado pixelado la inscripción Romero. (...)

CONCLUSIÓN PERICIAL: De acuerdo a lo registrado en el Acta de Inspección Técnica a Cadáver y los hallazgos durante la presente necropsia se puede inferir occiso adulto sexo masculino, edad 25 años, de nombre Carlos Alberto Romero Manrique. 2. Presenta pérdida severa de tejido encefálico, que le produjo falla neurogénica aguda severa y posterior deceso. 3. La lesión cardíaca coadyuvo al proceso que le llevó a la muerte. 4. Tiempo aproximado de muerte entre 43 y 45 horas, contados regresivamente a partir del 08 de abril de 2013. 12:30 horas.”¹⁰

Testimoniales de los señores Fernando Torres Jiménez (abogado) y Edgar Ávila Baquero (abogado), en su calidad de amigos de los padres del causante, recaudados el 6 de septiembre de 2018, cuyo objeto era probar la dependencia económica de los señores Pablo Romero y Ligia Manrique por parte del occiso Carlos Alberto Romero Manrique:

Los testigos coinciden en que conocen a los padres del militar fallecido Carlos Alberto Romero Manrique, lo señores Pablo Romero y Ligia Manrique, igual que conocieron a Carlos y a su otro hijo Fernando, que los señores Pablo y Ligia han sufrido mucho por la

⁹ Fls. 257-264 C2 de pruebas

¹⁰ Fls. 14-17 c. principal

pérdida de su hijo, que él les colaboraba económicamente enviándoles para el arriendo y demás gastos, que el señor Pablo se dedica a vender libros y la señora Ligia trabaja en el Colegio el Ricaurte en Fusagasugá, que ahora viven en la Pampa en una casa que compraron con las cesantías que le entregaron de su hijo el Ejército Nacional.¹¹

Ahora bien, el Despacho precisa que, en principio, de las pruebas allegadas se puede concluir que, el suboficial Carlos Alberto Romero Manrique tenía conocimiento de la misión que iban a desarrollar, es decir, que conocía la presencia de guerrilleros en el sitio al que fue transportado por sus superiores. Por lo que se puede inferir que dado a que estaba adscrito al Batallón de Infantería de Selva 35 “Héroes del Guepi” conocía el desarrollo de este tipo de misiones y tenía el conocimiento para hacer parte de la misma, o por lo menos no se demostró lo contrario.

No obstante, se tiene que la parte actora atribuyó la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique a la presunta falla en el servicio por parte de la entidad demandada, al omitir y no prever el operativo contra los insurgentes en la misión desarrollada el 6 de abril de 2013, lo que no se encuentra probado y carece de sustento probatorio, por el contrario, la entidad allegó informe de inteligencia previo a la misión.

Frente a la presunta responsabilidad por omisión y falta de prevención en la misión táctica Athenas 035-04, del acervo probatorio se tiene que, se contaba con el suministro de equipamiento que garantizara la integridad física del cabo segundo Carlos Alberto Romero Manrique, de manera que, la parte actora no acreditó que efectivamente se presentara una omisión e imprevisión en el operativo, en tanto no se señaló norma alguna que así lo exija, a efectos de que tal omisión constituya la falla del servicio alegada.

Aunado a ello, se tiene que lo probado en el plenario, es que los soldados que hicieron parte de la misión táctica Atenas 035-04 perteneciente al Batallón de Infantería No. 35 “Héroes del Guepi”, en la Inspección de San Antonio de Getucha jurisdicción del Municipio de Milán, al que hacía parte el occiso, portaban con todos los elementos de dotación: armamento, intendencia, equipos de campaña, camuflados, radios para la comunicación e incluso estudios de inteligencia previa que se realizaron antes a la operación, de los que en principio se infiere, era la necesaria para el tipo de misión que adelantaban.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el plenario se advierte que, la entidad suministró el equipo necesario para el desarrollo de la misión, sin que se acreditara omisión alguna por parte de la entidad en el cumplimiento de norma alguna que exigiera algún equipamiento adicional, o que se le hubiera suministrado a sus compañeros o superiores y a él no, lo anterior a efectos de endilgársele responsabilidad al someterlo a un riesgo mayor al que debía soportar.

Lo acreditado es que, los soldados que hacían parte de la Operación táctica Athenas 035-04 y que combatieron el 6 de abril de 2013 junto con la víctima, en principio contaban con el equipamiento suministrado por el Ejército Nacional en igualdad de condiciones, sin que se hubiera demostrado que el señor Carlos Alberto Romero Manrique no contaba con la dotación o armamento requerido o, que el mismo se encontraba en malas condiciones que lo

¹¹ CD. Fl. 120 c. principal

colocaban en una situación de riesgo mayor a la de sus compañeros, y así poder endilgar responsabilidad a la entidad por tal circunstancia.

Adicionalmente, se allegó copia del proceso disciplinario iniciado a causa de los hechos ocurridos en la misión táctica Athenas 035-04, en el que se ordenó archivar las diligencias por no encontrar responsables de fallas dentro de la entidad castrense, en consecuencia el Despacho tampoco advierte la existencia de actos o de omisiones por incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones o por la trasgresión de prohibiciones por parte del personal militar, que se encontraba en dicha misión cumpliendo con la orden de operaciones de acción ofensiva.

Bajo esa premisa, se tiene que lo acreditado es que ante el combate que se presentó con presuntos miembros de las FARC, los militares debieron afrontar el riesgo inherente a sus funciones como miembros de la fuerza pública, a efectos de garantizar el área en la que se encontraban y dentro de la que se suscitó el combate en el que falleció la víctima, sin que se acreditara irregular alguna por parte de sus superiores en las medidas de seguridad adoptadas, desplazamiento táctico o desarrollo de la misión que pueda configurar responsabilidad alguna en cabeza de la entidad.

Por consiguiente, con fundamento en los medios probatorios con que se cuenta en el proceso, no es posible establecer que la muerte del Cabo segundo Romero Manrique se hubiere producido como consecuencia de la aludida falla del servicio endilgada a la demandada, pues lo cierto es que, de un combate es previsible que los miembros de la fuerza pública resulten lesionados, sin que exista medio probatorio del cual se infiera que en el caso concreto, la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, lo fuera por omisión alguna del Ejército Nacional.

Así las cosas, comoquiera que el señor Carlos Alberto Romero Manrique asumió de manera voluntaria los riesgos que la profesión militar conlleva, los daños sufridos como consecuencia de tales riesgos inherentes a su actividad, —como se concretó en este caso con la muerte acaecida cuando desarrollaba actividades propias del servicio—, deben ser reconocidos a través de la llamada indemnización *a fort fait*, que por ley está determinada para los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio, dentro de la relación laboral que lo vinculaba con la demandada.

Así pues, verificadas las circunstancias en las cuales se produjo la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique, el Despacho considera que no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, imponiéndose concluir que los daños padecidos por el miembro de la fuerza pública se encuadran dentro de los riesgos propios, permanentes y continuos del ejercicio de sus funciones como soldado del Ejército Nacional, el cual fue asumido de manera voluntaria por el familiar de los aquí demandantes.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual responsabilidad de la entidad demandada, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar:

"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

Así las cosas, el demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia por parte de la entidad demandada frente a la muerte del señor Carlos Alberto Romero Manrique que dé certeza de la responsabilidad de la entidad demandada a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor, y en esa medida, se negaran las pretensiones.

4. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si se cumplen los presupuestos de responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, por la eventual falla en el servicio originada en la omisión e imprevisión de la misión ATHENAS 35- que garantizara la integridad física del Suboficial Carlos Alberto Romero Manrique en la misión desarrollada el 06 de abril de 2013, no se presentó, por cuanto la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar las falencias alegadas, y por el contrario, se advierte que el daño padecido por la víctima se produjo con ocasión de la relación laboral que lo vinculaba con la Administración.

5. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

ctr



JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0052900
Demandante	:	Mérida Chaparro Sandoval y Otros
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional – Dirección de Sanidad - Hospital Central de la Policía Nacional

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 121

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Mérida Chaparro Sandoval, José Isaias Barreto Garzón, Johana Marcela Sánchez Chaparro, Edwin Alexander Barreto Chaparro y Juan Carlos Sánchez Chaparro en nombre propio y representación de sus menores hijas Alison Stefany Sánchez Baracaldo y María Camila Sánchez Caro presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Sanidad – Hospital Central de la Policía Nacional a efectos de que se les declare responsable por la falla en la prestación del servicio de salud por el presunto error en el diagnóstico y omisión frente a la atención brindada a la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 22 c. principal).

1.2 Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo se encontraba activa como beneficiaria de los servicios médicos de salud de la Policía Nacional.

Señaló que, el día 22 de abril de 2013, la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo fue trasladada a la seccional de sanidad en la ciudad de Bogotá, para ser atendida por consulta prioritaria o urgencia, toda vez que presentaba dolor abdominal, diarrea y vómito.

Refirió que a la menor le fue prestada atención médica, diagnosticándosele *gastritis no*

especificada, por lo que se le formuló una serie de medicamentos; circunstancia que a juicio de la parte actora constituía un error en tanto que, cuando existía un dolor abdominal, no era procedente suministrar ningún antiespasmódico ya que se enmascaraba la sintomatología.

Señaló que, atendiendo la sintomatología presentada por la menor, era dable la práctica de exámenes de laboratorio, circunstancia con la que se hubiese diagnosticado oportunamente el curso de una apendicitis, evitando que la menor padeciera de una *apendicitis gangrenosa con necrosis*.

Manifestó que para el día 23 de abril de 2013, la menor fue llevada al Hospital Central de la Policía Nacional, toda vez que el dolor abdominal persistía, siendo valorada por el pediatra Fray Raúl Manrique Pérez, quien diagnosticó peritonitis y emitió orden para toma de laboratorios.

Indicó que, debido al diagnóstico presentado por la menor, fue necesario que fuera intervenida quirúrgicamente encontrando *apendicitis gangrenosa con zonas de necrosis perforado, abundante líquido purulento en cavidad, epiplón emplastrado con zonas de trombosis, asas de ílio y ciego con edema pared, tejido fibrinoso e inflamatorio*.

De igual manera señaló que, la menor continuaba con el dolor abdominal, por lo que su estado de salud se iba deteriorando.

Adujó que tan solo hasta el día 26 de abril de 2013 la paciente fue valorada por cirujano pediatra quien le diagnosticó la existencia de un posible íleo y que la fiebre tenía foco abdominal, por lo que fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos de Pediatría UCI.

Manifestó que, el día 8 de mayo de 2013, la menor ingresó nuevamente a la referida institución médica al presentar las mismas sintomatologías, por lo que el médico general le ordenó eco abdominal y le da orden de salida.

Señaló que ante la persistencia del dolor abdominal y otros síntomas la menor ingresó a urgencias los días 13, 16 y 21 de mayo de 2013.

Así mismo, refirió que el día 24 de mayo la menor fue valorada por cirugía pediátrica considerando que no había necesidad de cirugía por lo que, se dio manejo con antibiótico, tratamiento que finalizó el 13 de junio de 2013.

A juicio de la parte actora, la segunda hospitalización se debió a la no realización de manera oportuna de la cirugía, toda vez que la menor a pesar del manejo con antibiótico presentó abscesos.

1.3. Contestación de la demanda.

1.3.1. Policía Nacional

Mediante escrito radicado el 31 de enero de 2017, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda.

Señaló que, con base en los registros de la historia clínica de la paciente no se presentó ningún evento adverso o acción insegura durante el proceso de atención de la menor, añadió que, se presentó una infección del sitio operatorio que tuvo como factor contributivo, cirugía contaminada por la perforación del apéndice, y que la infección de sitio operatorio era la

principal complicación que se puede presentar en una apendicetomía con formación de plastrón según describía la literatura.

Indicó que, la Dirección de Sanidad brindó todos los servicios requeridos por la menor tanto en urgencias como durante la hospitalización y las conductas fueron pertinentes de acuerdo a las guías de manejo y la literatura científica.

Finalmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandada, en tanto que de manera diligente y oportuna se brindó la prestación del servicio médico.

1.3.2. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 22 de julio de 2015 (f. 27 c. principal), seguidamente, mediante auto de 23 de mayo de 2016 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 25 de agosto de 2016, se admitió la demanda (f. 44-45c. principal).

El 13 de abril de 2018 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl.74-75).

Posteriormente el día 15 de noviembre de 2018, se adelantó audiencia de práctica de pruebas (fl. 84-85).

Finalmente, el día 11 de abril de 2011, se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 96 c. principal).

1.4. Alegatos de conclusión.

1.4.1. Parte Demandante

Mediante escrito radicado el 6 de mayo de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Manifestó que, en el caso objeto de estudio era evidente la implicación y falta de conocimiento por parte del cuerpo médico, en tanto que, no se adelantaron los protocolos médicos y la *lex artis* en cuanto a la solución de casos en pacientes que presentaban dolor abdominal.

Señaló que, sin tener un diagnóstico claro, específico y concreto de la patología que presentaba la menor, la médica tratante no podía ordenar la toma de medicamentos que enmascararan el dolor.

Refirió que ante la falta de diagnóstico, la salud de la menor fue desmejorando, por lo que, era claro que el estado de salud se complicó por la demora de la cirugía, ya que posterior a su práctica presentó nuevamente cuadros clínicos complicados.

Finalmente solicitó que se accediera a las pretensiones solicitadas en contra de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional – Dirección de Sanidad – Hospital Central.

1.4.2. Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Sanidad

A través de escrito del 29 de abril de 2019, el apoderado de la entidad presentó escrito de alegatos de conclusión.

Refirió que, la menor tuvo acceso a la consulta de urgencias, a las valoraciones y atención por parte de pediatría y cirugía pediátrica, así como a los demás servicios durante las hospitalizaciones y controles relacionados durante la atención por el diagnóstico de apendicitis.

Señaló que de acuerdo a lo consignado en la historia clínica, se evidenciaba la oportunidad en las atenciones, indicó que si bien se habían presentado dificultades por el diagnóstico de apendicitis dado que los síntomas no eran precisos, el cuadro inicial se interpretó como una gastroenteritis y la formulación fue acorde con este diagnóstico.

Adujo que, la Dirección de Sanidad a través del Hospital Central brindó a la paciente los servicios requeridos acorde a su condición y evolución clínica, sin interrupción.

Concluyó que, en el caso objeto de estudio no era dable acceder a las pretensiones solicitadas por la parte actora, en tanto que la prestación del servicio médico ante de ser de resultado, era de medio, conforme con las posibilidades presupuestales, técnicas y profesionales.

1.4.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de la presunta falla médica.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional - Dirección de Sanidad – Hospital Central de la Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la presunta inadecuada prestación del servicio de salud por error en el diagnóstico, omisión y pérdida de oportunidad frente a la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.1. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamba.

de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Profundizando en el plano conceptual, de la misma jurisprudencia se toma:

"(...) la Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. Este, que no halla definición en la Constitución Política y fue adoptado de la legislación foránea y delimitado por la doctrina constitucional, ha sido entendido como aquel perjuicio ocasionado por la actividad lícita o ilícita del Estado que afecta patrimonial o extrapatrimonialmente a una persona que no está en la obligación jurídica de soportarlo." Negrillas del despacho.

Y citando jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, precisó:

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades este tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la

² *Ibidem*

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ La referida sentencia de la Corte Constitucional incluye fragmentos de pronunciamientos del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit

víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo" Negrillas del despacho.

En resumen, es de suma importancia para calificar si existe o no la responsabilidad del Estado que se corrobore, como primer paso, si existe un daño y, seguidamente, si el mismo se puede valorar como antijurídico conforme a la definición jurisprudencial que se ha dado de éste.

Para agotar el primer requisito de responsabilidad por falla del servicio, el Despacho encuentra que en el caso concreto examinado el escrito de demanda, el demandante ha hecho consistir el mismo en la presunta falla *en la prestación del servicio médico asistencial por error en el diagnóstico, omisión y pérdida de la oportunidad*

De lo reseñado, se concluye en principio que, las afectaciones que se reclaman en el caso objeto de estudio se refieren a la inadecuada prestación del servicio de salud prestado a la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo.

Se encuentra acreditado que, Alison Stefany Sánchez Baracaldo ingresó a consulta externa el 22 de abril de 2013, al presentar vómito y dolor de estómago, diagnosticándole *gastritis no especificada*, ordenándose la prescripción de medicamentos y fue dada de alta.

Así mismo, se observa que el 23 de abril de 2013, nuevamente la menor acudió al servicio médico por la unidad de urgencias al persistir la sintomatología, situación por la que se procedió a la práctica de exámenes diagnosticándose *apendicitis aguda con peritonitis generalizada*, sintomatología por la que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente.

Acreditado el daño, se procede a dilucidar si el mismo les resulta atribuible a los demandados.

3.3 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: 'La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos'. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si

quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho”⁵ (se resalta).

3.3.1 De la responsabilidad de la Dirección de Sanidad – Hospital Central de la Policía Nacional.

De la lectura de la demanda, se encuentra que el daño antijurídico atribuido a la entidad, lo hace consistir en, *i)* en el error en el diagnóstico de la menor Alison Stefany Sánchez; *ii)* la demora en los exámenes y diagnósticos para la patología que presentaba y por; *iii)* la tardanza en la cirugía que debía practicársele.

Tales omisiones deberán ser estudiadas, bajo la presunta omisión en la prestación del servicio de salud por parte del Hospital Central de la Policía, a lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad estatal por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual, aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la **“falla probada del servicio”**, el título de imputación bajo el que es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar por parte del demandante la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.⁶

Por tanto, en esta materia, para que pueda predicarse la existencia de una falla, el II. Consejo de Estado ha precisado que es necesario que se demuestre que la **“atención médica”** no cumplió con estándares de calidad fijados por el Estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente; esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance.

De esta manera, debe establecerse que si en el caso concreto, concurren el daño antijurídico, la imputabilidad del mismo al Estado y una relación de causa a efecto entre los dos primeros, tal y como se desprende de la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 Constitución Política de Colombia).

Igualmente, en el estudio que se hace del daño, en el presente asunto, ha de tenerse en cuenta que el mismo debe ser directo (relación entre el autor y la producción del daño), personal (calidad del perjudicado con el hecho y, por tanto, quien tiene derecho a reclamar) y cierto (el daño produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre).

En esa medida se hace necesario analizar, cada uno de los supuestos advertidos por la parte actora y que a su parecer constituyen una falla en servicio por parte de la institución médica e incidieron en el daño jurídico reclamado, esto es, la falta de diagnóstico e intervención quirúrgica a que debió ser sometida Alison Stefany Sánchez durante su permanencia en el

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente Número 66001-23-31-000-2001-00063-01 (25075). C. P. Danilo Rojas Betancourt.

centro hospitalario.

Se encuentra acreditado que, para la fecha de los hechos la paciente tenía la edad de 16 años ingresando el día 22 de abril de 2013 a la 1:06 de la tarde, en compañía de su padre por consulta externa a la Dirección de Sanidad, refiriendo un cuadro de un día de eventos de contenido alimentario, con dolor abdominal, predominio epigástrico, diarrea (fl. 2 c. de pruebas).

En el presente asunto tenemos que la parte actora hizo consistir el daño, en el presunto error en el diagnóstico de la menor Alison Stefany Sánchez que a su parecer complicó el estado de salud de la referida.

La parte actora adujo un **error en el diagnóstico e indebida formulación de medicamentos en especial – hioscina-** al considerar que a pesar de la sintomatología padecida por la menor se le diagnosticó *gastritis no especificada* formulándose una serie de medicamentos, entre estos, buscapina, la que no era dable proporcionar por cuanto dicho fármaco logró camuflar la verdadera enfermedad padecida por la menor.

En el presente asunto se contó con la declaración del doctor Rafael Roberto Peña Fernández médico que valoró a la menor Alison Stefany Sánchez en su pos operatorio, no obstante, atendiendo los conocimientos y experiencia del galeno con su testimonio, se dio claridad respecto de la atención brindada a la citada.

De la declaración rendida por el doctor Rafael Roberto Peña Fernández, se extrae lo siguiente:

Preguntado: Usted conoció a la paciente con posterioridad a que fue sometida cirugía. Interrogado: Quién estaba de turno era la doctora Cruz Delia, ahí estuve revisando la paciente llegó sobre las 3 y algo de la tarde, a las 4 la estaban ingresando ya a observación de urgencias, ya la habían visto y ya tenía el diagnóstico, empiezan hacer la reanimación, sobre las 8 de la noche creo que la ve la doctora Cruz Delia y creo que sobre las 10 u 11 de la noche la están pasando a cirugía, entonces lo que le estaba explicando, hay unos días de turno los cuales llaman al cirujano ese día yo no estaba de turno, vine a conocer después de la paciente cuando solicitaron un concepto sobre el manejo de un medicamento que se llama la hioscina que ahí está el concepto firmado y pues respaldo con la firma de la jefe del Departamento Quirúrgico que es una cirujana adulta oscoloproctóloga. Preguntado: De lo que pudo usted revisar con posterioridad a la cirugía, se presentó algún tipo de complicación en la intervención quirúrgica. Interrogado: Desde el punto de vista digamos quirúrgico hubo un momento en el que se sospechó que hubiese podido tener una obstrucción u obstrucciones que son cicatrices internas que atrapan el intestino porque la paciente se distendió y había aumentado el drenaje de la sonda nasogástrica, en estos casos lo que yo le explicaba las apendicitis nosotros la dividimos en complicada y no complicada, que ocurre con las complicadas, las complicadas hace mucho tiempo se pasaban a las carreras hoy día ya se sabe que hay que reanimar, que es lo que hicieron en esas horas subsiguientes al diagnóstico y pasarla a cirugía, una vez pasó a cirugía la pasan a piso, según lo que estuve leyendo, con su sonda antibiótico, líquido, analgésicos, pero la paciente seguramente por el cuadro de complicación inherente a su enfermedad, hizo un desequilibrio hidroelectrolítico que fue lo que se reflejó en que su intestino no se movió, aumentó la distensión, aumentó el drenaje, por eso tome la determinación para tener una mejor observación de la paciente llevarla a cuidado intensivo, no quiere decir que un paciente que vaya a cuidado intensivo este digamos mucho más grave o menos grave el llevarlo a la unidad de cuidado intensivo, la unidad de cuidado intensivo facilita el manejo médico del paciente porque hay un pediatra 24 horas, hay monitoreo 24 horas y pues el control de los pacientes sobre todo cuando aparece un íleo, un íleo es que se paraliza el intestino como ya le había explicado que es inherente a la peritonitis, inherente a la manipulación, hay niños que lo resuelven mucho más rápido hay niños que se demoran en resolver ese íleo, no es que sea una complicación de la cirugía como tal, sino que es inherente a la enfermedad, el absceso que presentó residual puede ocurrir sobre todo en este tipo de pacientes con peritonitis, antes se operaban hoy día ya se sabe cómo se hizo en este caso que, el manejo médico escalonando el antibiótico en más del 90% de los casos se resuelve sin necesidad de cirugía y no quiere decir que sea una complicación secundaria a la cirugía sino nuevamente a la patología de base. Preguntado: Indica usted que la paciente presentó una descompensación posterior a la intervención quirúrgica, tenemos que es una paciente que presentó apendicitis y posterior peritonitis, cuales son los efectos

secundarios o complicaciones que puede presentar una paciente que es sometido a una intervención quirúrgica para tratar este tipo de peritonitis. Interrogado: De entrada el paciente tenía ya una apendicitis complicada o sea peritonitis, ya quiere decir que estábamos frente a un paciente que estaba complicado, toda cirugía abdominal o todo procedimiento quirúrgico genera unos riesgos, en este caso, los pacientes que uno opera con apendicitis complicada o no complicada, pues obviamente en la complicada esos riesgos de complicaciones son mucho mayores, ya está estudiado estadísticamente y digamos como que las consecuencias de las cirugías son más o menos todas iguales, cuales son: 1. Infección de la herida quirúrgica que es la más frecuente en las apendicitis, entre más complicada sea la apendicitis más posibilidades hay de eso que es botar pus por la herida que usualmente se presente entre los 3 a 5 días después de la cirugía, las otras complicaciones si son inherentes al procedimiento quirúrgico y pues obviamente inherentes a la reacción del paciente, las bridas que son cicatrices internas se pueden presentar desde una cirugía de un paciente con apendicitis no complicada hasta un paciente con peritonitis, obviamente las posibilidades de que tenga mayores bridas en la peritonitis puede aparecer con más frecuencia, cuando pueden aparecer los síntomas de esos pacientes, puede que nunca en la vida le aparezca o pueda que aparezca como pensaron los pediatras a los 3 días a los 5 días a los 8 días o puede que a los 20 años le aparezca los síntomas de una obstrucción intestinal, eso es como lo más inherente a la patología como secuela del procedimiento quirúrgico. Preguntado: Dicha descompensación puede ser a la infección de la cirugía de la sutura. Interrogado: El absceso que tenía era un absceso intraabdominal, del que le estaba comentando, es lo que se llama infección del sitio operatorio que esa es la que sumercé dice de la parte superficial que esa es la que comentamos que se presenta de los 3 a 5 días usualmente se maneja con drenaje sin curaciones a pesar de que los pacientes pueden estar con antibiótico, cual es la infección profunda de órgano espacio que fue la que le ocurrió a ella, se encuentra una colección en el tac donde habla que está cerca a la vejiga, el útero ahí donde se refiere eso ven una imagen rara y después por eso se pide la ecografía, ese tipo de infecciones se maneja, puede que sean iguales pero los manejos son totalmente diferentes, en el manejo de órgano espacio que es el profundo se maneja con antibióticos en la gran mayoría de veces cuando no responden esos pacientes deben de ser llevados a radiología intervencionista y hacer un drenaje percutáneo colocando un catéter especial para sacar ese líquido, ese material purulento que usualmente es por la misma bacteria que generó la apendicitis, al interior del intestino siempre nosotros tenemos bacterias cuando se rompe esa barrera en este caso se perfora la apéndice genera con mayor frecuencia la asepsis que fue lo que le ocurrió a ella. Preguntado: Nos habló usted ahora del manejo de antibiótico a efectos de prevenir la propagación de bacterias, qué manejo de antibiótico se le dio en ese caso a la paciente. Interrogado: Bueno lo que pasa es que nosotros tenemos muy protocolizado ya ese manejo, la doctora Cruz Delia creo inicio el antibiótico con clindamicina sino estoy mal, que es el uso de antibiótico de primer línea y con el cual digamos que uno arranca para un paciente con apendicitis, nosotros utilizamos los antibióticos de 2 maneras, existe el antibiótico digamos profiláctico para evitar la infección de la herida quirúrgica entonces en los pacientes que tienen apendicitis no complicada utilizamos el antibiótico básicamente es para proteger que no se infecte la parte superficial por donde abrimos, cuando ya hay un paciente con una peritonitis quiere decir que es mucho más avanzado el proceso y en ese momento requiere antibióticos mucho más fuertes, inicialmente ella respondió a los antibióticos con clindamicina micacina cuando ya empezó a tener dolor y picos febriles uno siempre tiene que pensar que hay una colección intraabdominal si el sitio de la herida quirúrgica está normal que fue lo que se hizo, como se diagnostica eso, con un tac que fue el paso a seguir que se hizo no con una ecografía, porque hay médicos que creen que la ecografía es la panacea y no es la panacea se hace con un tac, se confirma el tac se escalonó a metronidazol meropenem que es ya un antibiótico de alta gama para manejos de colecciones intraabdominales. Preguntado: Según se observa de la historia clínica la paciente le fue otorgada la salida, pero días después vuelve a reingresar, en ese nuevo reingreso se tuvo la posibilidad de valorar a la paciente. Interrogado: Efectivamente a ella le dan salida y a los 2 días reconsulta por cuadro que siente calor, diarrea, interpretan con sospecha de infección de vías urinarias y solicitan exámenes de laboratorio, el cuadro hemático era normal pero la proteína c reactiva estaba elevada que es un reactante inflamatorio por lo que siguen buscando cuál es la razón, le toman una ecografía, hablan de una colección, le toman un tac y el tac muestra que efectivamente tiene una colección, ahí es cuando inician meropenem metronidazol para el manejo de la colección, en ese momento es nuevamente vista por cirugía pediátrica quien considera que debe hacer el manejo médico, posteriormente también la vuelve a ver la doctora Cruz Delia quien fue quien la operó y se continuó el manejo, posteriormente fue visto por otro cirujano quien solicita un control de tac para mirar cómo va la evolución de la masa en el cual va disminuyendo y posteriormente se pidió la valoración por ginecología por los quistes, le tomaron todo, porque en la ecografía hablaba de quiste complejo, entonces le tomaron marcadores tumorales o sea lo que era un quiste benigno y la dejaron en observación, ya se dio la diarrea, se dio ese malestar, los controles ecográficos ya no veían colección y le dan la salida. Preguntado: Hecho el anterior recuento vamos a ir un poco más al tema que nos compete, la primera valoración usted nos indicó y pues corroborada

con la historia clínica la amnesia presenta paciente en compañía de padre refiere cuadro clínico de 1 día de eventos eméticos de contenido alimentario con dolor abdominal de predominio epigástrico distensión abdominal, con dos deposiciones diarreicas no sangre, auto medicación de sal de frutas, en su experiencia y conforme a la literatura médica y los protocolos de urgencias dicho cuadro a qué puede hacer referencia. Interrogado: En este caso creo que lo primero que hicieron fue que asistieron a una consulta externa, no fue un servicio de urgencias donde hacen la primera evaluación y pues como los síntomas son como tan inespecíficos, quién lo ve es un médico general que la interpreta como un cuadro gastrointestinal y ahí es cuando inicia el manejo para el dolor con hioscina, con protector de mucosa, o sea, la mancha como si fuera un cuadro gastrointestinal posiblemente de tipo viral creo yo, porque en el examen físico que leí no refiere la doctora o el doctor no refiere ni que le duela la palpación ni habla de signos de irritación peritoneal, ni ningún tipo, digamos como evidencia clínica que hay algo que está pasando en el abdomen en ese momento, por lo cual me pidieron a mí el concepto del manejo de la hioscina, nosotros conservamos que si no estamos totalmente seguros de que no es una apendicitis o que puede ser una apendicitis no hay una seguridad de confirmar o descartar no debemos de utilizar la hioscina que es el concepto que está ahí firmado por mí y es lo que manejamos nosotros en el servicio como protocolo de uso de la hioscina al hacer una revisión de la literatura, de lo que alcancé a revisar no hay digamos estudios que confirmen o descarten la utilización de la hioscina en la apendicitis desde el punto de vista que vayan a complicar o vayan a modificar un cuadro o evolución, lo que vemos en la experiencia es que si nosotros tenemos un paciente con sospecha de apendicitis lo que sumercé estaba diciendo debe remitirlo a urgencias y allí se tome la conducta de cual va hacer el manejo desde el punto de vista de pediatría, escalar el concepto a un especialista. Preguntado: Conforme a lo anterior, por qué nos indica que el uso de hioscina no altera o no existen estudios que puedan alterar como tal la sintomatología que se podía presentar como un cuadro de apendicitis. Interrogado: De hecho digamos en mi concepto si los altera porque, porque es un excelente antiespasmódico, de hecho sale en la televisión a usted le duele la barriga tome buscapina, nosotros somos muy reacios a eso porque si he visto que pacientes que toman hioscina la evolución no es como la más adecuada de los pacientes con apendicitis, contrario a lo que podía pensar la gente que si le da acetaminofén, ibuprofeno o le da algún tipo de dipirona, eso sí definitivamente si está establecido que no cambia la evolución de los pacientes con apendicitis, que es la hioscina, la hioscina es un antiespasmódico, cómo funciona, funciona nosotros tenemos la musculatura lisa y el dolor se genera contrayéndose y relajándose que es para lo que eso está diseñado, para los espasmos, en la apendicitis que es un remanente embrionario de la formación del colon, está también lleno de musculo liso y en el momento que está con la infección, lo que hace la hioscina por decirlo así es relajar la fibra y nos parece dentro de mi concepto no lo podría respaldar con la literatura, puede en un momento dado favorecer que se desarrolle con más rapidez la apendicitis, entonces por eso es que no recomendamos la hioscina. Preguntado: Si conforme al análisis del examen físico que se determinó a la paciente, en este caso que presenta dolor abdominal con predominio de epigástrico, dicho análisis a efectos de realizar un diagnóstico diferencial qué conlleva a diagnosticar. Interrogado: Lo que digamos promovemos nosotros en la catedra de pregrado y posgrado en pediatría y cirugía pediátrica es que, todo niño escolar con dolor abdominal primero hay que descartar una apendicitis, como hace uno el diagnóstico de apendicitis, el diagnóstico es netamente clínico lo que le refieren los papás o el paciente más el examen físico, con eso nosotros tenemos una alta posibilidad de hacer el diagnóstico de apendicitis, qué ocurre, que el primer síntoma es el dolor abdominal que puede estar acompañado con vómito o fiebre esos son los 3 síntomas cardinales para hacer el diagnóstico de apendicitis, si yo tengo un paciente con vómito y fiebre yo no puedo hacer diagnóstico de apendicitis ya lo descarto de entrada, en este caso fíjese que el dolor y es el síntoma inicialmente es un síntoma en región epigástrica o periumbilical y en los libros lo interpretan como un disconfort, o sea como si algo le hubiera caído mal, entonces usualmente qué hacen los papás, le dan la sal de frutas, el alka seltzer, agua aromática, empieza a vomitar el niño y posteriormente el dolor migra, porque eso tiene digamos esa referencia al dolor por el desarrollo embriológico del intestino, todas las fibra nerviosas están formadas a la altura de T10 T12, de tórax que ahí es donde está el estómago, después tiene que ir migrando hacia abajo el intestino, y al migrar al intestino por eso fíjese que un síntoma de apendicitis arranca en el epigástrico o en la región periumbilical, es por el enlace neurológico que hay a nivel de la neuronas en la médula espinal, entonces le duele la apéndice pero el cerebro lo interpreta como si fuera en epigastro, cuál diagnóstico diferencial, pues lo más frecuente que puede ser una gastritis o puede ser el pródomo de una diarrea, que es el diagnóstico diferencial, se debe de hacer en este tipo de pacientes, inclusive uno debería descartar litiasis que se ha aumentado en la vesícula, cálculos en la vesícula se ha aumentado también en la población de los niños y por eso en un momento dado es difícil hacer la diferenciación, de hecho cuando nosotros tenemos dificultades de hacer el diagnóstico diferencial los hospitalizamos, hidratamos y volvemos a valorar. Preguntado: De ese primer diagnóstico qué puede extraer usted, que se realizó de examen físico a la paciente y si se ordenó algún tipo de examen de laboratorio. Interrogatorio: En esta evaluación que es ambulatoria hecha el 22 de abril de 2013, a

la 1:06 pm, según lo que está escrito, uno que interpreta la historia clínica como le estaba diciendo, los síntomas que refiere el dolor en epigastrio, hablan de distensión abdominal de 2 deposiciones diarreas, antes se decía inclusive que un paciente con diarrea uno descartaba la apendicitis, ya hoy día eso no es cierto, yo puedo tener un paciente con apendicitis y tiene diarrea, antes los profesores le decían a uno que un paciente con apendicitis tuviera diarrea no tenía apendicitis, ya sabemos de qué eso no es punto cardinal y que no se debe subvalorar porque se distrae que aquí es el ejemplo claro, dentro de los signos vitales no hay ninguna alteración, tiene una buena frecuencia cardíaca, buena atención arterial y volvemos a la parte que yo le estaba comentando que es ruidos intestinales aumentados a la auscultación dolor en región de epigastrio, no masas, no megalias, no signos de irritación peritoneal, el signo de irritación peritoneal es el que nos ayuda a enfocar que hay un proceso inflamatorio a nivel del abdomen y en este caso pues el doctor o la doctora, no lo interpretó y fijese que va a lo que estábamos hablando, diagnosticó gastritis que va con relación que le tocó el epigastrio y le dolió, no se para nosotros los cirujanos tendemos hacer un poquito como obsesivos compulsivos, para nosotros si es importante determinar a qué horas le empezó, porque aquí nos dice un día de evolución, a veces un día de evolución es que es el día, empezó por la mañana, de hecho comentábamos ahorita hace poco tuvimos un paciente y pues como para ejemplificar que no es tan fácil hacer el diagnóstico, eso fue la semana pasada estábamos con 2 pediatras 2 residentes de pediatría que son las que están haciendo posgrado en pediatría 1 residente de cirugía general y nos llegó un niño que nos llegó con un dolor abdominal desde la 4:00 de la mañana lo estamos viendo sobre la 1:00 de la tarde, exámenes de laboratorio completamente normal, ecografía completamente normal, lo examinamos y yo detecté ciertas cosas, pues para hacer el ejercicio les pregunté a los residentes ustedes qué creen que tiene el niño, no tiene apendicitis y resulta que tenía apendicitis, entonces ahí es donde la experticia, la experiencia que uno esta, no es que los pediatras sean brutos sino que es que nosotros todo el tiempo estamos pensando en eso, tratamos de hacer el diagnóstico sin utilizar los exámenes paraclínicos, porque los exámenes paraclínicos no son de ayuda en un momento dado y pueden distraer los síntomas y en este caso la doctora no pidió ningún tipo de exámenes sino que sencillamente sale de hidratación a oral, le dio algo para el vómito, le dio hidróxido de aluminio, simeticona para la protección de la mucosa gástrica y le dio hioscina con acetaminofén, para tomar una tableta cada 6 horas y ya vienen ellos a consultar el día 23, entonces la atención fue a la 1:00 de la tarde en la consulta externa y vuelven a consultar a urgencias que eso es lo que hay que hacer, es lo que uno le sugiere a los pacientes ante la persistencia del dolor hay que ir a urgencias, yo por lo menos en qué enfatizo, que no hay que esperar muchas horas, porque si un papá a uno le dice mire si sigue tráigalo a urgencias pero ellos no tienen el tiempo claro a las cuántas horas yo lo tengo que llevar, yo usualmente le pongo las horas como para que ellos, porque fijese que fueron 24 horas después a urgencias y ya hablan de que es más intenso el dolor, fijese que en la historia clínica habla de que ya está irradiado a pelvis, que los síntomas son mucho más intensos, que es ardoroso, que camina agachada para mí eso es un síntoma de que hay un cuadro declarado evidente de apendicitis, que esta con vómito 15 veces, no tenía fiebre, continuó con diarrea, habla de orinas oscuras, las orinas oscuras es porque el paciente esta deshidratado, entonces al deshidratarse se concentra la orina, a pesar de que le mandaron sales de hidratación oral muy probablemente esa es una de las sugerencias, si la niña siga vomitando por mas sales de hidratación oral pues obviamente va a vomitar las sales de hidratación y no se va a poder hidratar el paciente, de caída, antiácido y ya el examen físico es completamente diferente de 78 de frecuencia ya tiene 134 de frecuencia cardíaca, el examen abdominal es claramente enfermo, signos de irritación, defensa irritación peritoneal y pues en ese momento con muy buen criterio el pediatra ya aquí quien lo ve es un pediatra, habla de que es un abdomen con posible peritonitis, se inicia hidratación vigorosa que es lo que hay que hacer, antibióticos y que se va pasar la valoración a cirugía pediátrica y fijese que de todas formas es muy harto hablar de exámenes, digamos como que los vuelven rutinarios que a mí no me gusta esa palabra pero aquí toman los exámenes rutinarios, cuadro hemático, creatinina, proteína C reactiva, un examen de orina e inician la reanimación de la paciente e inician el antibiótico que le había comentado clindamicina ampicilina y solicitan la valoración por cirugía pediátrica. Preguntado: Conforme a lo anterior podría usted precisarnos si el primer diagnóstico conforme a lo que se pudo establecer del examen físico de la paciente y lo manifestado por sus padres se puede considerar errado el cuadro de gastritis. Interrogado: Volvemos a lo que les comentaba, ahí el diagnóstico diferencial en muchos casos son las gastroenteritis y las gastritis, por qué gastroenteritis, porque venía con dolor en el epigastro, venía con diarrea y con vómito que es frecuente que puede producir y las gastroenteritis pueden ser o por algún proceso viral o algún proceso bacteriano, cuál es el proceso bacteriano, comió algún tipo de comida descompuesta, donde empieza lo que yo llamo la filigrana de pensar un poco más allá y tratar de buscar los síntomas en un momento dado, que ocurre que en una consulta externa, llega la consulta externa, revisan y pues no están tan alertas como en un servicio de urgencias para descartar una patología de urgencias que es uno de los males que hay en nuestra sociedad, que obviamente no hay una buena consulta externa entonces todos se van para urgencias, entonces recargan a urgencias y ahí está también cuando vienen los errores por

volúmenes exagerados, no se examinan bien los pacientes y cometemos este tipo de errores, en el sentido de que no lo sospechamos, me queda muy difícil con ese examen físico, si en el momento del examen físico que escribe el doctor o la doctora en consulta externa, la doctora en consulta externa me dice que tiene signos de irritación peritoneal ya ahí si hay digamos una posibilidad de un error en el cual puso los signos de irritación peritoneal, pero no diagnosticó la apendicitis, aquí no habla de que si tiene dolor en epigastrio, entonces es posible, por eso yo decía cuántas horas pasaron desde que empezaron los síntomas al examen físico porque entre menos horas haya pasado la dificultad de hacer el diagnóstico de filigrana es muy bajo para una persona que no tenga experiencia o pues para un médico general, inclusive el ejemplo que acahe de colocar pediatras que están en un servicio de urgencias con tan poquitas horas se le hubiese podido pasar la apendicitis, puede que no lo manden para la casa pero en esos momentos estábamos mirando otro niño y me pidieron el favor que lo mirara y eso fue lo que nos ayudó a que operáramos rápidamente a ese paciente, entonces en este caso claro si yo enlazo el historial de la enfermedad actual con el motivo de consulta, con el examen físico pues obviamente hay que pensar en la gastritis y en vomito y nauseas digamos correlacionarlo de acuerdo a lo que vio en ese momento la doctora. Preguntado: Una vez ingresa la paciente a consulta estamos hablando que ingresó sobre las 3:00 de la tarde, una vez se toma y se emite si no estoy mal el diagnóstico de una posible peritonitis y se remitió a cirugía pediátrica, cuál es el protocolo o el paso a seguir para dar una atención, por decirlo así, darle celeridad a darle ese tipo de tratamiento quirúrgico que ameritaba la paciente. Interrogado: Lo que ya hemos comentado una vez yo hago el diagnóstico para nosotros los cirujanos especialmente para mí, cuando yo debo correr para operar un paciente cuando no está complicado, cuando está complicado ya está complicado, antes de que se perfore es el momento ideal de operar los pacientes y hay que operar y hay que hacerlo lo más pronto posible, cuando ya tengo un paciente que está comprometido como es el caso y aquí pues lo hizo muy bien el pediatra, hay que reanimarlo, lo que él escribió ahí, uno para operar esos pacientes no era como hace 20 años que uno entraba con el paciente a las carreras al quirófano, vamos a operar una peritonitis, porque ya los estudio demuestran que el manejo inadecuado de los pacientes incrementa la morbilidad y mortalidad de los pacientes, por eso es tan importante hacer lo que se hizo, reanimarlo en forma exhaustiva, en eso soy un poquito más obsesivo, hasta que no estén orinando bien yo no los paso a cirugía, por ejemplo, puede pasar 2 horas, 3 horas, 4 horas, 6 horas, cuanto me he demorado con un niño con peritonitis, 14 horas me demore en pasarlo a cirugía porque el paciente estaba inestable, entonces uno tiene que estabilizarlo para poderlo llevar a cirugía, entonces esa es una cosa que es bien importante y que ellos si están de acuerdo con lo que se pensó, pensaron en la peritonitis, inician la reanimación de la peritonitis, inician los antibióticos y piden la valoración por cirugía, quién define el paso por la cirugía el cirujano, el cirujano es el que define, lo opero ya o lo opero en 1 hora o lo opero en 6 horas, es él quien toma las riendas del manejo quirúrgico del paciente. Preguntado: Con base en la historia clínica se puede observar en qué momento se le informa al cirujano de turno de ese día. Interrogado: Pasa la interconsulta, fíjese que aquí el doctor Munrique la ve inclusive habla de deshidratación grado 2 y la ve tan mala que inclusive dice que se comentara con la unidad de cuidado intensivo, no estaba para pasar a cirugía y dice que se comentará también con cirugía pediátrica, la ingresan a observación, está la nota de observación a las 5:44 seguro la pasaron inmediatamente y hablan de condición clínica delicada 123 de frecuencia, fíjese que ya inicio a bajar la frecuencia y aparece 39 de temperatura y vuelven a ordenar otro bolo de líquido, y evaluación por cirugía pediátrica quien ya sabe de la paciente, a las 5 dice que ya sabe la paciente, se da información clara de la condición clínica y conducta al padre y la paciente es valorada por cirugía a las 8:15 quien refiere que ya está hidratada, mire toda la cantidad de líquidos que tuvieron que pasarle, para poderla tener hidratada, febril con abdomen depresible con leve aumento de la distensión abdominal, mire como cambió el examen de cuando llegó que estaba un abdomen que no se dejaba ni tocar, ahora ya hidratada con dolor en la presión en abdomen inferior más intenso en fosa iliaca derecha, blumberg positivo, que eso es un signo de irritación taloneo percusión positiva, signo de irritación con una leucocitosis, ya salieron los exámenes con neutrofilia, paciente con irritación peritoneal, ya se inició antibiótico, se pide sala y se emite consentimiento informado para la familia, traslado a sala a las 8:40, hay una nota de traslado a sala a las 8:40, la doctora la ve a las 8:15 de la noche y a las 8:40 ya la están subiendo a salas de cirugía y viene la nota del anestesiólogo a las 8:53 ya para pasarla a cirugía. Preguntado: Este proceso de estabilización que nos mencionó para poder someter a una persona a cirugía, en qué consiste. Interrogado: La reanimación lo primero es que digamos en los niños para mí un punto primordial es que su riñón esté funcionando bien, o sea que empiece a orinar en forma adecuada, fíjese que lo dice claramente, los papás me parecen o por lo menos para mí son los excelentes informantes, porque no saben de medicina empiezan a describir cosas, la orina es color naranja, estaba concentrada, quiere decir que está muy deshidratada la paciente y en ese momento la reanimación en qué consiste, colocarle cristaloides, en este caso le iniciaron de cristaloides, creo que fue lactato de ringer, hay dos tipos de cristaloides que son la solución salina y el lactato de ringer y ellos inician el manejo con lactato de ringer, pasan bolos que usualmente uno utiliza de 10 a 20 por kilo y uno repite los bolos, fíjese que

en este caso repitieron 2 bolos de lactato de ringer y le dejaron unos líquidos altísimos 170 por hora, eso es un montón, esa es la manera de reanimar para que el sistema tenga como defenderse ante la cirugía, la cirugía es un evento grave para cualquier paciente y necesitamos estabilizarlo para eso, que fue lo que hicieron. Preguntado: En su experiencia esos dos medicamentos a efectos de dar la reanimación de la paciente cuánto tiempo puede pasar para que la paciente pueda estar estable conforme a la dosis que se le suministró. Interrogado: Depende es del paciente, o sea como comentábamos ahorita desafortunadamente en la medicina no existen las fórmulas mágicas 1 + 1 puede ser 3, entonces depende de la evolución del paciente, mire lo que le estaba diciendo cuando ingresa a las 3:55 le ordenan un bolo de lactato de ringer de 1000 y nuevamente a las 5:44 porque los bolos se pasan en 1 hora a las 5:44 ordenan otro bolo de 1000 que quiere decir que estaba bien comprometida, entonces uno qué determina, cómo va la frecuencia cardíaca, cómo están los signos vitales, cómo está orinando, como está el estado del paciente, de hecho fíjese que comparando, pues es como muy académica la cosa, la paciente llega muy mal y cuando la viene a valorar la cirujana ya no está tan mal, porque mejoró, respondió al manejo de sus líquidos que es lo más importante en estos niños, los líquidos y el antibiótico para llevarlo a cirugía.

De la declaración rendida por el galeno, se observa que una vez revisada la historia clínica en lo que respecta al primer diagnóstico, se indicó que la paciente asistió el 22 de abril de 2013 por consulta externa, siendo atendida por médico general por lo que, dados los síntomas presentados en ese momento por la menor y sus padres, las patologías fueron interpretadas por el médico como un cuadro gastrointestinal, situación por la que se da manejo para el dolor con hioscina.

Adicionalmente refirió que, al efectuarse el examen físico no se encontró consignado que la paciente refiriera dolor a la palpación, así mismo, no se hizo alusión a signos de irritación peritoneal, no obstante, de la declaración del galeno se extrae que la menor presentaba uno de los principales síntomas –dolor de estómago– para diagnosticar la apendicitis.

De igual manera se extrae que dada la sintomatología presentada por la menor – dolor en el abdomen, diarrea, vomito– si bien se podía dificultar hacer la diferenciación por lo que, en muchas ocasiones la apendicitis se puede confundir con otras patologías, en este tipo de casos es importante adelantar una búsqueda a partir de la sintomatología presentada, a efectos de descartar una posible apendicitis.

Al respecto tenemos que el galeno respondió:

Preguntado: Conforme a lo anterior podría usted precisarnos si el primer diagnóstico conforme a lo que se pudo establecer del examen físico de la paciente y lo manifestado por sus padres se puede considerar errado el cuadro de gastritis. Interrogado: Volvemos a lo que les comentaba ahí el diagnóstico diferencial en muchos casos son las gastroenteritis y las gastritis, por qué gastroenteritis, porque venía con dolor en el epigastrio, venía con diarrea y con vomito que es frecuente que puede producir y las gastroenteritis pueden ser o por algún proceso viral o algún proceso bacteriano, cuál es el proceso bacteriano, comió algún tipo de comida descompuesta, donde empieza lo que yo llamo la filigrana de pensar un poco más allá y tratar de buscar los síntomas en un momento dado, qué ocurre, que en una consulta externa, llega la consulta externa revisan y pues no están tan alertas como en un servicio de urgencias para descartar una patología de urgencias que es uno de los males que hay en nuestra sociedad, que obviamente no hay una buena consulta externa, entonces todos se van para urgencias, entonces recargan a urgencias y ahí está también cuando vienen los errores por volúmenes exagerados, no se examinan bien los pacientes y cometemos este tipo de errores, en el sentido de que no lo sospechamos, me queda muy difícil con ese examen físico, si en el momento del examen físico que escribe el doctor o la doctora en consulta externa, la doctora en consulta externa me dice que tiene signos de irritación peritoneal ya ahí si hoy digamos una posibilidad de un error, en el cual puso los signos de irritación peritoneal pero no diagnosticó la apendicitis, aquí no habla de que si tiene dolor en epigastrio, entonces es posible, por eso yo decía cuántas horas pasaron desde que empezaron los síntomas al examen físico porque entre menos horas haya pasado la dificultad de hacer el diagnóstico de filigrana es muy bajo para una persona que no tenga experiencia o pues para un médico general, inclusive el ejemplo que acabe de colocar pediatras que están en un servicio de urgencias (...).

En este orden de ideas, es claro que dada la sintomatología presentada por la menor el día en que se presentó a consulta externa, la misma si bien podía encajar en el diagnóstico presentado, también lo es que era necesario efectuar un seguimiento a efectos de descartar la presencia de una apendicitis.

A su vez el galeno refirió⁷ - Si revisamos la historia clínica los síntomas que presentaba la niña eran inespecíficos de muchas cosas, volvemos a lo mismo, que podía ser una apendicitis claro que podía ser una apendicitis, que podía ser una gastroenteritis claro que podía ser una gastroenteritis y más siendo una adolescente, las gastritis hoy día en los niños es todavía mucho más importante y se vuelve un síntoma de dolor, ardor, vomito, ósea una cantidad de síntomas que pueden estar muy cercanos a una apendicitis pero que si no está conformado como yo estoy pensando porque nosotros no podemos como reorientar las historias clínicas y de verdad que le duele acá y de verdad que tiene este síntoma, ósea yo estoy orientando para acomodar el diagnóstico de lo que yo quiero diagnosticar, no ellos se expresan libremente-.

En este orden de ideas, es claro que dada la sintomatología presentada por Alison Stefany podía presentar enfermedades tales como gastroenteritis, gastritis, apendicitis, por lo tanto, le correspondía al personal médico adelantar las actuaciones pertinentes a efectos de tener certeza respecto de la patología padecida por la menor.

Sobre el particular, es dable traer a colación la guía para manejo de urgencias⁸, si bien en el presente asunto la paciente no fue atendida por la unidad de urgencias, no se pudo desconocer que la paciente se encontraba padeciendo un fuerte dolor abdominal, en relación a dicha sintomatología en éste manual se ha precisado:

"El Abdomen Agudo es una condición clínica caracterizada por dolor abdominal, de instalación rápida, usualmente mayor a 6 horas y menor a 7 días, generalmente acompañado de síntomas gastrointestinales y/o sistémicos, de compromiso variable del estado general, que requiere un diagnóstico preciso y oportuno, con el fin de determinar la necesidad o no de un tratamiento quirúrgico de urgencia. La esencia del abdomen agudo como síndrome clínico es el dolor, y en la patología quirúrgica suele ser el primer síntoma

En la evaluación de un paciente con dolor abdominal debe seguirse un método diagnóstico que incluya un interrogatorio preciso dirigido a establecer su forma de aparición, progresión, irradiación, migración, localización y las condiciones que lo alivian o exacerban; en segundo término, debe determinarse la presencia de síntomas asociados, su secuencia de aparición y relación con el dolor, especialmente aquellos pertinentes al tracto gastrointestinal y genitourinario.

(...)

El dolor puede presentarse de manera súbita, gradual o lenta, o puede ser la agudización de un dolor previo, de cronicidad variable, como ocurre en la úlcera perforada, la ruptura del aneurisma aórtico o del embarazo ectópico.

Algunas entidades causantes de abdomen agudo obligan a consulta rápida por la intensidad del dolor, o por los síntomas que pueden acompañarlo. Tal es el caso del dolor intenso producido por la úlcera perforada, o el síncope producido por la ruptura del aneurisma aórtico o el embarazo ectópico, en contraste con dolores que comienzan con menor intensidad como la apendicitis aguda, la diverticulitis y algunas formas leves de pancreatitis aguda".

⁷ Minuto 0:05:23

⁸<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/Gu%C3%ADa%20para%20manejo%20de%20urgencias%20tomo%20II.pdf>

En tal sentido es claro que, en aquellos casos en los que este ante la presencia de un dolor abdominal es importante un diagnóstico preciso y oportuno a efectos de establecer las causas del mismo, y así mismo dados los síntomas presentados establecer un diagnóstico diferencial.

A su vez se encuentra que al presentarse una condición clínica de dolor abdominal pueden dar lugar a la presencia de diferentes situaciones que pueden sugerir diversos diagnósticos, entre las que se encuentra la *apendicitis*, situación que puede advertirse al efectuarse el respectivo seguimiento.

Al respecto se indicó *El dolor de la apendicitis aguda se refiere inicialmente como molestias digestivas vagas, que el paciente relaciona con algún alimento ingerido previamente y aparece horas más tarde con intensidad progresiva. En ocasiones puede aliviarse por la perforación del apéndice.*

Así las cosas, resulta claro que, si bien los síntomas presentados por la paciente podían ser causados por diferentes patologías, dicha situación debía ser constatada por el médico tratante, mediante la práctica de exámenes que dieran certeza de la enfermedad padecida por la menor, más aún cuando se trataba de un dolor abdominal que a todas luces podía ser originado por diferentes causas.

Por lo tanto, es claro que la menor al presentar dolor abdominal dicha circunstancia probablemente era consecuencia de una *apendicitis*, situación que como se advirtió en líneas anteriores, debía ser corroborada por el médico tratante.

Aunado a lo anterior, el Despacho advierte que si bien no se trató de una valoración médica por urgencias, por cuanto la paciente acudió por consulta externa y prioritaria, en todo caso ha se debido adelantar el seguimiento respectivo y más tratándose de la afectación de la salud por parte de una menor de edad.

Así las cosas, es dable indicar que la historia clínica da cuenta de los síntomas de alarma presentados por la menor, no obstante, no se brindó a la paciente el manejo oportuno, es decir que las condiciones clínicas de la niña Alison Stefany, no fueron atendidas conforme a la *lex artis* por el médico tratante, en tanto que, es claro que la paciente padecía de una *apendicitis* que ante la falta de diagnóstico se complicó en una *peritonitis*, circunstancia que agravó el estado de salud de la menor.

De igual manera, se advierte que al emitirse un diagnóstico erróneo –gastroenteritis- se formularon una serie de medicamentos, entre estos, la hioscina, fármaco que de acuerdo a lo expuesto por el doctor Rafael Roberto Peña Fernández pudo alterar el cuadro de *apendicitis* presentado por la menor, en tanto que, este es un antiespasmódico que logra en cierto modo camuflar la sintomatología presentada por *apendicitis*, razón por la que en casos en los que se presenta dolor abdominal era importante descartar una *apendicitis*.

Ahora bien, la parte actora adujo que, para el día 23 de abril de 2013, pese habérsele diagnosticado *apendicitis* desde la 15:55 de la tarde, la paciente solo fue intervenida 8 horas después, circunstancia que juicio de la parte actora constituye una demora en la atención del servicio médico.

Revisada la historia clínica se observa que la paciente Alison Stefany Sánchez, el día 23 de abril de 2014 ingresó por urgencias al Hospital Central de la Policía Nacional, debido a la gravedad del estado de salud de la referida, en tanto que, presentaba *dolor abdominal en epigastrio intenso se irradia a pelvis, no se quita hoy más intenso que los demás días, tipo*

ardoroso camina agachada, vomito ayer 15 veces, hoy dos veces (...) postrada.

Adicionalmente se advierte que, debido a la sintomatología padecida por la paciente es atendida por la especialidad de pediatría y una vez fue examinada, entre otras cosas, se evidenció *paciente con abdomen agudo, 55 horas de dolor, hay abdomen en tabla, posible peritonitis, se comenta con cirugía, iniciamos hidratación vigorosa, 3000 M2, antibiótico y se comentara en UCIP.*

Así mismo, se advierte que se ordenó la toma de exámenes de laboratorio, de igual manera tenemos que para las 5:44 pm la condición clínica de la paciente era delicada, registrando *cuadro de abdomen agudo, se hidrata se ordena segundo bolo de cristaloides, inicio cobertura antimicrobiana y evaluación por cirugía pediátrica quien ya sabe de la paciente.*

Conforme a la declaración rendida por el galeno es claro que, al momento del ingreso de la menor Alison Stefany Sánchez, se encontraba presentaba diferentes sintomatologías que daban cuenta que presentaba apendicitis, por lo que, una vez valorada por el médico especialista de manera asertiva se le diagnosticó posible peritonitis, y atendiendo el examen físico se podía identificar que los síntomas presentados en esta ocasión eran más intensos que los presentados con anterioridad.

Indicó que, atendiendo el estado general de la paciente se adelantó el respectivo tratamiento, esto es, reanimación, consistente en colocarle a la paciente cristaloides, con el fin de estabilizar a la menor para que pudiera ser llevada a cirugía, razón por la que a juicio del médico cirujano, antes de someter a la paciente a cualquier tipo de cirugía era necesario reanimarla para que el sistema tuviera cómo defenderse ante la cirugía.

Por lo tanto, en este punto de la evolución de la enfermedad el tratamiento adelantado por los médicos tratantes había sido el indicado, en tanto que, pueden pasar 2, 3, o 4 horas para pasar al paciente cirugía, o en casos particulares 14 horas, sin que dicha situación empeore la condición del paciente, por el contrario, con los medicamentos suministrados, lo que se pretendía era estabilizar la condición del paciente para que posteriormente se practicara la cirugía.

Así las cosas, tenemos que con anterioridad en casos como el que aquí se estudia, cuando se presentaba una paciente con peritonitis era prioridad operar de manera inmediata, circunstancia que ha ido evolucionando en tanto que, en este momento, lo importante es estabilizar al paciente y dependiendo de su evolución y al criterio dado por el médico cirujano es procedente la intervención quirúrgica.

En este orden de ideas, en el presente asunto es dable indicar que si bien a la menor no se le brindó una adecuada prestación del servicio médico, en tanto que, no se ejecutaron las actuaciones requeridas para lograr identificar la causa directa del padecimiento sufrido por la paciente, circunstancia que en cierto modo agravo el estado de salud de la paciente, no obstante, el Despacho advierte que una vez se determinó la *posible peritonitis* se procedió a la práctica de exámenes de laboratorio, así como al suministro de medicamentos a efectos de estabilizar a la paciente dado su mal estado de salud, situación que a juicio del galeno fue el tratamiento adecuado para la paciente, es decir que, contrario a lo expuesto por la parte actora una vez fue diagnosticada la paciente con peritonitis no era dable su intervención quirúrgica, por cuanto tal y como lo reiteró el médico era necesario *reanimar*, por lo que, una vez suministrados los medicamentos respectivos que estabilizaran el estado de salud de la paciente se procedió a la práctica de la cirugía aproximadamente a las 11:00 pm.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que, si bien con posterioridad a la práctica de la

cirugía la paciente presentó un cuadro de complicación, tal y como lo indicó el galeno, las mismas son inherentes a la patología diagnosticada a la paciente – peritonitis-.

Sobre el particular tenemos que el testigo refirió:

“pero la paciente seguramente por el cuadro de complicación inherente a su enfermedad, hizo un desequilibrio hidroelectrolítico que fue lo que se reflejó en que su intestino no se movió, aumento la distensión, aumento el drenaje, por eso tome la determinación para tener una mejor observación de la paciente llevarla a cuidado intensivo, no quiere decir que un paciente que vaya a cuidado intensivo este digamos mucho más grave o menos grave el llevarlo a la unidad de cuidado intensivo, la unidad de cuidado intensivo facilita el manejo médico del paciente porque hay un pediatra 24 horas, hay monitoreo 24 horas y pues el control de los pacientes sobre todo cuando aparece un ilio, un ilio es que se paraliza el intestino como ya le había explicado que es inherente a la peritonitis, inherente a la manipulación hay niños que lo resuelven mucho más rápido hay niños que se demoran en resolver ese ilio, no es que sea una complicación de la cirugía como tal sino que es inherente a la enfermedad, el absceso que presentó residual puede ocurrir sobre todo en este tipo de pacientes con peritonitis, antes se operaban hoy día ya se sabe cómo se hizo en este caso que el manejo médico escalonando el antibiótico en más del 90% de los casos se resuelve sin necesidad de cirugía y no quiere decir que sea una complicación secundaria a la cirugía sino nuevamente a la patología de base”.

En tal sentido es claro que, con ocasión a la peritonitis se pueden presentar diferentes complicaciones las que son inherentes a dicha enfermedad, sin que las mismas sean atribuibles a los tratamientos adelantados por los médicos tratantes.

Adicionalmente no se debe desconocer que tal y como lo refirió el médico todo procedimiento quirúrgico genera unos riesgos y mucho más tratándose de la patología sufrida por la paciente del caso objeto de estudio, en tanto que, pueden presentar *infección en la herida quirúrgica, cicatrices internas*, adicionalmente se encuentra que si bien la paciente fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos, dicha situación por sí misma no daba cuenta que la menor se encontraba en un estado de salud deplorable en tanto que, su traslado se debió con el fin de tener una mejor supervisión en la evolución de su estado de salud.

De igual manera, se tiene que la complicación padecida por la menor consistente en un *ilio*, la misma se presentó como una complicación inherente a la enfermedad padecida, por cuanto se trató de la paralización del intestino causada por la peritonitis.

Sobre la pérdida de la oportunidad, el Consejo de Estado ha establecido tres criterios para definirla⁹, el **primero** se refiere a la certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, el **segundo**, a la existencia de la imposibilidad definitiva de obtener provecho o de evitar el detrimento y el **tercero**, hace alusión a que la víctima deberá encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

En el presente caso, tal y como se explicó se encuentra acreditada la existencia de la presunta falla en la prestación del servicio médico, en tanto que no se diagnosticó de manera oportuna la apendicitis padecida, no obstante, dicha situación no conllevó a que se le quitara la oportunidad de salvarle la vida a la menor, si bien no se desconoce la afección padecida por la paciente y los sufrimientos que tuvo que sobrellevar con ocasión a la enfermedad, el Despacho no encuentra procedente que en el presente asunto sea dable dar aplicación a dicha

⁹ Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E). 29 de mayo de 2014. Radicación número: 63001-23-31-000-2000-01311-01(29608). Actor: María Alicia Viana de Pimienta y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales

figura, por cuanto que si bien, la paciente presentó quebrantos de salud dicha circunstancia por sí sola no es una situación para dar aplicación a la figura de pérdida de oportunidad.

En consecuencia, de las pruebas allegadas al plenario, se confirmó que el cuadro clínico de la demandante, fue apendicitis por lo que se adelantó el tratamiento consistente en reanimación o estabilización de la paciente mediante el suministro de medicamentos para que una vez estabilizada la paciente se procedió a la intervención quirúrgica y si bien se presentaron las posteriores complicaciones, dado el cuadro de la apendicitis que conllevó a las diferentes valoraciones, exámenes, controles, suministro de medicamentos en aras de mejorar la condición de salud de Alison Stefany Sánchez.

Ahora bien, en casos como el que aquí ocupa la atención el H. Consejo de Estado¹⁰ ha precisado:

Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, porque a partir del mismo se define el tratamiento posterior. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto. Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente. A este respecto, la Sala ha destacado en varias de sus providencias, lo señalado por la doctrina: El respeto a tales deberes, que debe darse en todos los casos, es de máxima exigencia cuando el enfermo presenta un cuadro polimorfo en sus síntomas y signos, que haga difícil el diagnóstico, obligando a emitir únicamente diagnósticos presuntivos. En tales circunstancias deben extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico cierto. Deben agotarse los análisis y demás recursos de la medicina actual. Empero no es suficiente su solicitud; es preciso su realización en tiempo oportuno -sin dilaciones o demoras inútiles- y su posterior estudio por el médico (Subrayas del Despacho).

En consecuencia, como se advirtió en párrafos anteriores, no se adelantaron las acciones que conllevaran a orientar el diagnóstico de la enfermedad o en todo caso se debió acudir al concepto de un médico especialista.

Es importante precisar que, en el presente asunto al momento en que se efectuó la consulta externa no se ejecutaron los procedimientos para confirmar o descartar el diagnóstico de apendicitis, la que debido a su falta de determinación se degeneró en peritonitis.

Finalmente, se advierte que del análisis de la totalidad de las pruebas allegadas, el Despacho concluye que la paciente no recibió un diagnóstico acertado conforme a la sintomatología presentada, circunstancia que conlleva a indicar que en el caso bajo estudio se encuentra acreditada la negligencia en la actuación médica alegada por la parte actora. Por tal razón, procederá a declarar la existencia de una falla del servicio médico.

Es importante, resaltar que la falla del servicio en este caso reviste una mayor gravedad por tratarse la paciente, de una menor de edad, es decir sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez que la Constitución Política de 1991 establece la prelación de los derechos de los niños.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 15 de octubre de 2015, C.P: Ramiro Pazos Guerrero

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, enfatizó en las medidas de protección especial que se debe a los menores, las cuales deben tener por finalidad garantizar a los niños su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así se pronunció la Corte frente al derecho a la salud de los menores

En dicha providencia se indicó:

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás.¹² Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta

Establecida la responsabilidad de la demandada por las lesiones sufridas por Alison Stefany Sánchez, el Despacho liquidará los perjuicios.

4. Liquidación de los perjuicios

4.1 Daño Moral

Esta clase de perjuicio ha sido definido como el dolor, la tristeza o la angustia de las facultades físicas sufridas por quien ha padecido un daño antijurídico y en esta medida le corresponde al juez tasar la cuantía de su reparación, todo ello conforme a los criterios plasmados en **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, proferida dentro del expediente 3117¹¹**, en donde fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima.

Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

A renglón seguidó consignó la sentencia de unificación que: “Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto

¹¹ M.P. Olga Mérida Valle de la Hoz

indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”¹².

En el presente asunto, se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de Alison Stefany Sánchez Baracaldo (víctima directa), la señora Mérida Chaparro Sandoval (madre), Juan Carlos Sánchez Chaparro (padre) María Camila Sánchez Caro (hermana), José Isaías Barreto Garzón (abuelo), Johana Marcela Sánchez Chaparro (tía) Edwin Alexander Barreto Chaparro (tío)

El Despacho con aplicación del arbitrio judicial y de acuerdo a la intensidad del daño en el presente asunto, reconocerá la suma de treinta (30) salarios mínimos a favor de Alison Stefany Sánchez Baracaldo, salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia, por cuanto el propio Consejo de Estado en sentencia de 9 de octubre de 2014, adujo que el reconocimiento y la tasación del daño no se limitan a:¹³ “constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad”.

De igual manera, es dable el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de Mérida Chaparro Sandoval y Juan Carlos Sánchez Chaparro en calidad de padres, por cuanto se ubican en el primer grado de consanguinidad, la suma de treinta (30) salarios mínimos vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia, para cada uno.

Así mismo, se efectuará reconocimiento en favor de María Camila Sánchez Caro en calidad de hermana y José Isaías Barreto Garzón en calidad de abuelo la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia, para cada uno.

Adicionalmente, en el presente caso, se solicitó reconocimiento de perjuicios morales respecto de los señores Johana Marcela Sánchez Chaparro y Edwin Alexander Barreto Chaparro, quienes actúan en calidad de tíos de la afectada, sin embargo, no se reconocerá suma alguna por ese concepto a favor de los citados, por cuanto la aflicción y congoja se presumen en parientes cercanos, del primero y segundo nivel, mientras que respecto de los demás, debe acreditarse dicho perjuicio, y en el expediente no obra prueba al respecto.

4.2 Daño a la vida en relación

Sobre el daño a la vida en relación solicitado en la demanda, la jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que este junto con las demás categorías de daño inmaterial, se ven desplazados por el daño a la salud –categoría autónoma-¹⁴

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales precitados, se concluye que el daño a

¹² Sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31.172, C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 29033. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de 28 de agosto de 2014, Exps. 31170 y 28832.

¹⁴ Ver los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias No. 19.031 y No. 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011. Otro pronunciamiento que se puede consultar es la Sentencia de fecha 24 de julio de 2013, Exp. No. 26.250 con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero.

la salud surge como categoría autónoma cuando el daño se deriva de una afectación psicofísica que hubiere podido sufrir la persona. Para el caso que nos ocupa, no se desconoce que la menor padeció de apendicitis la que debido a la falta de un oportuno diagnóstico conllevó a que se produjera una peritonitis y se practicara cirugía.

Al respecto es importante precisar que, dada la intervención quirúrgica, la misma demandaba una incisión en su abdomen, causándose una cicatriz, no obstante, no se evidencia que la enfermedad padecida haya causado secuelas, o pérdida funcional o anatómica.

En consecuencia, no será procedente el reconocimiento de dicho perjuicio en tanto que como se precisó en el presente asunto no obra prueba con la que se logre evidenciar que la menor sufrió alteración en su desempeño dentro de su entorno social que agravaran la condición de la misma, por cuanto, la cicatriz es el resultado de un procedimiento quirúrgico para remover la apéndice, sin que en el presente asunto se encuentre acreditado que la paciente no requería de la práctica de la cirugía y en todo se causó una afectación con la cicatriz dejada por la intervención.

5. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

6. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación – Policía Nacional – Hospital Central de la Policía Nacional, es administrativamente

responsable de los perjuicios causados a los demandantes derivados de la atención médica brindada a la menor Alison Stefany Sánchez Baracaldo.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Policía Nacional – Hospital Central de la Policía Nacional, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para Alison Stefany Sánchez Baracaldo, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a treinta (30) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para Mérida Chaparro Sandoval, en calidad de madre, la suma equivalente a treinta (30) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para Juan Carlos Sánchez Chaparro, en calidad de padre, la suma equivalente a treinta (30) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para María Camila Sánchez Caro, en calidad de hermana la suma equivalente a quince (15) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para José Isaías Barreto Garzón, en calidad de abuelo la suma equivalente a quince (15) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia

TERCERO: Negar el reconocimiento de perjuicios en favor de Johana Marcela Sánchez Chaparro y Edwin Alexander Barreto Chaparro, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, reconocidas en el presente fallo.

SEXTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SÉPTIMO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOVENO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020.

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	11001-33-36-036-2015-00830-00
Demandante	:	Armél Toncon Mendivelso
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa –Policía Nacional y Alcaldía de Bogotá

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 131**

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1 La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Armel Toncon Mendivelso y Blanca Cecilia Gordillo Roa presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Bogotá D.C. a efectos de que se le declaren responsables, con ocasión a la muerte del menor Anderson Adrián Tocón Gordillo, por los hechos ocurridos el 25 de julio de 2014.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios inmateriales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 57 a 58 c. principal).

2.1.Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 25 de julio de 2014, el señor Armel Toncon Mendivelso conducía una buseta de servicio público, cuando unos delincuentes empezaron a disparar en un enfrentamiento con otra banda delincuencial, y de estas acciones resultó muerto el menor de 12 años Anderson Adrián Tocón.

Afirmó que, los presuntos responsables de la muerte del menor Anderson Adrián Tocón Gordillo fueron capturados en la localidad de Kennedy, judicializados con medida aseguramiento por el Juzgado 62 Penal Municipal de Bogotá, les imputaron los delitos de homicidio agravado en concurso con tráfico, fabricación y porte de armas de fuego.

Señaló que, los hechos ocurridos se produjeron por la falla del servicio de la Policía Nacional, porque faltó al deber constitucional de proteger la vida, la honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el deber del Estado de protección de los ciudadanos. En consecuencia, no era posible endilgarle a la entidad ninguna falla en el servicio (f. 38 a 58 c. principal).

2.2. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 2 de agosto de 2019, **Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia** contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones incoadas por los demandantes, en cuanto la entidad no amenazó ni vulneró ningún derecho, y por ende, no le correspondía responder por los perjuicios sufridos.

Excepcionó la inepta demanda, por demandarse a quien no tenía la competencia para responder, así mismo, la falta de legitimación material en la causa por activa en razón a que entre las competencias asignadas al ente territorial, no se encontraba la de atender la seguridad y cuidado de los ciudadanos, el registro y requisa de personas, así como ordenar o materializar capturas (fls. 75-83 c. principal)

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional no contestó la demanda, habiéndose notificado la misma en debida forma (fls. 72-74 c. principal).

2.3. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 25 de noviembre 2015 ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá – Sección Tercera (f.34 c. principal), mediante auto de 23 de junio de 2016 se inadmitió la demanda (f.36 c. principal), subsanadas las falencias, se admitió la demanda el 6 de octubre de 2016 (f. 61-62 c. principal)

Mediante auto de 21 de noviembre de 2017 (f. 216 c- principal), se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el 30 de octubre de 2018 (fls. 234-236 c. principal).

El 29 de noviembre de 2018 (262-263 c principal) se realizó la audiencia de práctica de pruebas, posteriormente el 25 de junio de 2019 se reanudó audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 386- 387 c. principal).

2.4. Alegatos de conclusión.

2.5.1. La parte demandante, mediante memorial del 3 de julio de 2019, reiteró los argumentos esbozados en la demanda, añadiendo que, al ente territorial sí se le predica responsabilidad a partir de la omisión de sus deberes por la falta de una política criminal acertada y preventiva, con la cual la ciudadanía pueda sentirse segura y protegida.

Manifestó que, con lo probado en las actuaciones procesales, se daban los elementos legales necesarios para acceder a las pretensiones solicitadas y se indemnizaran los perjuicios causados.

2.4.2. Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia presentó sus alegatos el 28 de junio de 2019, en los cuales reiteró lo señalado en la contestación de la demanda, precisando que la entidad no era repsonsable por los daños causados a la parte actora.

2.4.3. La Policía Nacional allegó escrito de alegatos el 5 de julio de 2019, por el que se opuso a la totalidad de las pretensiones, considerando que no estaban llamadas a prosperar, toda vez que no existía responsabilidad por parte de la Policía Nacional, en atención que no se aportó soporte probatorio que demostrara los hechos que adujo el demandante.

Adujo que, los mismos demandantes afirmaron que la responsabilidad de los hechos fue de los señores John Mario y Andrés Felipe Polo, quienes de acuerdo a la investigación liderada

por la Fiscalía General de la Nación, fueron capturados como responsables de la muerte del menor Anderson Adrián Toncón Mendivelso, por lo tanto, se configuraba la excepción de hecho exclusivo y determinante de un tercero, que exoneraba de responsabilidad a la administración.

Por último, solicitó negar las pretensiones de la demanda y exonerar a la Policía Nacional de toda responsabilidad, teniendo en cuenta que no existió una falla en el servicio por acción u omisión de protección por parte de la entidad.

2.5. El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

I. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si por las circunstancias en que murió el menor Armel Toncon Mendivelso, le es atribuible responsabilidad alguna a la Nación – Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Bogotá D.C. - Secretaría Distrital de Seguridad y Convivencia y Justicia, y por ende, resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Respecto al tema de hechos violentos cometidos por terceros y responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado² recientemente se pronunció de la siguiente manera:

Ahora bien, teniendo en cuenta el título de imputación alegado en la demanda (falla del servicio), cabe destacar que en tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, la Sala ha considerado que son imputables al Estado cuando en la producción del hecho dañoso intervino o tuvo participación la Administración Pública a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado o, cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron o, porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó actuación alguna dirigida a su protección³.

En relación con la responsabilidad del Estado por la omisión de prestar el servicio de seguridad a las personas, los artículos 2 y 218 de la Constitución Política, en su orden, establecen que “[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y que a la Policía Nacional corresponde el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, deberes que luego se precisaron en la Ley 62 de 1993, por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional⁴.

De acuerdo con las normas citadas, la razón de ser de las autoridades públicas y en particular la de la Policía, la constituye la defensa de todos los residentes en el país y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir el cumplimiento de esas funciones compromete su responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos⁵.

Al respecto la Sala, de tiempo atrás, ha precisado que el Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: a) Se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles protección alguna, en especial cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley; b) se solicita protección especial, con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra la persona; c) no se solicita expresamente dicha protección pero es evidente que la persona la necesitaba, en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones⁶.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCIÓN A - Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN – Sentencia del 15 de abril de 2015 – Radicado: 200012331000200401303 01

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias del 28 de julio de 2011, Exp. 20.838 y la proferida el 11 de julio de 2011, Exp. 20.325, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, además la proferida el 28 de enero de 2015, Exp. 29.526.

⁴ El artículo 1 de dicha ley establece: “Finalidad. La Policía Nacional, como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida honra bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, Expediente No. 18.106, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Ver, entre otras, sentencias de 11 de octubre de 1990, exp. 5737; 15 de febrero de 1996, exp. 9940; 19 de junio de 1997, exp. 11.875; 30 de octubre de 1997, exp. 10.958 y 5 de marzo de 1998, exp. 10.303.

No obstante, cabe señalar que la Sala ha considerado que a pesar de que constituye deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que *"nadie está obligado a lo imposible"*⁷. Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquellas que en relación con el caso concreto le correspondían.

3.3. El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸ ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*⁹. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Profundizando en el plano conceptual, de la misma jurisprudencia se toma:

"(...) la Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. Este, que no halla definición en la Constitución Política y fue adoptado de la legislación foránea y delimitado por la doctrina constitucional, ha sido entendido como aquel perjuicio ocasionado por la actividad lícita o ilícita del Estado que afecta patrimonial o extrapatrimonialmente a una persona que no está en la obligación jurídica de soportarlo." Negrillas del despacho.

Y citando jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, precisó:

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de

⁷ Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp. 5737, dijo la Sala: *"Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamente la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible"*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁰ La referida sentencia de la Corte Constitucional incluye fragmentos de pronunciamientos del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades este tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo" Negrillas del despacho.

En resumen, es de suma importancia para calificar si existe o no la responsabilidad del Estado que se corrobore, como primer paso, si existe un daño y, seguidamente, si el mismo se puede valorar como antijurídico conforme a la definición jurisprudencial que se ha dado de éste.

En el presente evento, la parte actora hizo consistir el mismo en la muerte del menor Armel Toncon Mendivelso por parte de los señores Jhon Mario Páez Uribe y Andrés Felipe Polo Díaz, quienes fueron condenados por el homicidio del menor, en concurso con tráfico, fabricación y porte de armas de fuego, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que, el menor Armel Toncon Mendivelso falleció el 26 de julio de 2014, conforme al registro civil de defunción visible a folio 3 c. principal.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a las entidades demandadas y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

- Registro civil de nacimiento de Anderson Adrián Toncon Gordillo.¹¹
- Registro de matrimonio de los señores Armel Toncon Mendivelso y Blanca Cecilia Gordillo Roa.¹²
- Certificación de necropsia médico legal No. 2014CNP0000000003312 de Anderson Adrián Toncon Gordillo.¹³
- Declaración extrajudicial de los señores Blanca Cecilia Gordillo y Armel Toncon Mendivelso, en el que declararon que vivían bajo el mismo techo con el menor de Anderson Adrián Toncon Gordillo.¹⁴
- Certificación de Colegio Rafael María Carrasquilla, donde se indicó que, el menor cursaba el grado sexto.¹⁵
- Informe pericial de necropsia No. 2014010111001002379 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.¹⁶
- Escrito de acusación de la Fiscalía General de la Nación en contra de Andrés Felipe Polo Díaz y John Mario Páez Uribe, por concurso heterogéneo de homicidio agravado por la muerte de Anderson Adrián Toncon Gordillo.¹⁷
- Audiencia de lectura de fallo del 27 de abril de 2017, proferida por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento donde se declara penalmente responsable a Jhon Mario Páez Uribe por homicidio agravado, en concurso con hurto calificado agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o

¹¹ Fl.3 c. principal

¹² Fl. 4 c. principal

¹³ Fl.7 c. principal

¹⁴ Fl.8 c. principal

¹⁵ Fl.9 c. principal

¹⁶ Fls.13-15 c. principal

¹⁷ Fl- 13 Proceso Penal

municiones pena principal 26 años.

3.4.2 De lo probado en el proceso

De la muerte del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo.

Dentro del proceso penal No. 110016000017201410965 del Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento se observa:

Primer informe policial de 25 de julio de 2014 hora 22:00 p.m., respecto de los hechos ocurridos con el menor Anderson Adrián Toncon Gordillo, del cual se extrae:

*"siendo aproximada las 22 horas nos encontrábamos patrullando por el sector de la Avenida Boyacá con 52, cuando la central de radio nos impulsa un caso en carrera 68 con calle 66 cerca a la Cruz Roja, donde al parecer había una persona con una lesión (sic) por arma de fuego al llegar al lugar de los hechos nos entrevistamos con el señor Armel Tóncon Mendivelso, identificado con c.c. 79461842 de Bogotá, de 45 años, residente en la calle 48x, la 15 barrio Diana Turbay, conductor teléfono 3138083781, quien manifiesta que venía haciendo ruta por la carrera 68 de norte a sur en la buseta de transporte público de la empresa nueva-trans de placas VEY810, cuando a la altura de la carrera 68 No. 68-7 obserbo (sic) dos hombres que estaban atracando y el menor que lo estaba acompañando en su recorrido en la parte delantera de la buseta, sacó la cabeza por la ventana y en ese momento se escuchó una detonación y de forma inmediata el menor recibió un impacto en la cabeza y se desgonzó dentro de la buseta, inmediatamente el conductor de la buseta lo traslada a la Cruz Roja al menor correspondiente al nombre de Anderson Adrian Toncon de 12 años, T.I. 1193529515 residente en la calle 48x No. 16 15 barrio Diana Turbay, de inmediatamente se le informa a la central de radio de Engativá el caso, y posteriormente nos dirigimos a la URI para rendir actos urgentes, el menor presenta una herida con arma de fuego a la altura de la cabeza costado posterior derecho."*¹⁸

Así mismo, obra informe de la Policía Judicial a la Fiscalía 211 Seccional Unidad de Reacción Inmediata Granja que indicó lo siguiente:

"NARRACIÓN DE LOS HECHOS

Siendo las 03:00 horas del día 25 de julio del año en curso al radio operador del centro automático de despacho (C.A.D.)- de la Seccional de Investigación Criminal SIJIN MEBOG- de la Policía Nacional – Metropolitana de Bogotá, reporta al laboratorio de criminalística Mercurio 21 al mando del señor Patrullero (...) lo anterior a fin de adelantar diligencias de inspección técnica a cadáver en el Hospital San José Infantil Calle 67 con carrera 53, de un cuerpo sin vida de género masculino quien en vida respondía al nombre de Anderson Adrián Toncon Gordillo (...)

*Se toma contacto con el señor padre del menor ARMEL TONCON MENDIVELSO quien expone que venía de la Gaitana hacia San Francisco, sentido norte sur y a la altura de la 68 con calle 63, su hijo le manifiesta que están atracando a una persona en la vía completa, sonó un tiro cuando y su hijo cae a los pies de él, que venía manejando la buseta, de forma inmediata es trasladado a la Cruz Roja donde le prestran los primeros auxilios y luego es trasladado al hospital San José donde fallece a eso de la media noche. (...)*¹⁹

Adicionalmente se allegó informe policial dirigido a la Fiscalía 211 Local URI GRANJA, del 30 de julio de 2014, que refirió lo siguiente:

"(...) Posteriormente se recibe llamada telefónica por parte de un ciudadano, quien manifiesta tener conocimiento de los posibles autores materiales en los hechos donde perdiera la vida el menor Anderson Adrián Toncon Gordillo, por lo tanto y con el fin de darle credibilidad a esta

¹⁸ Fl. 2 c. 3 Proceso Penal

¹⁹ Fls. 3-5 c. 3 Proceso Penal

información se cita a las instalaciones de la SIGIN. MEBOG, una vez valorada la misma, se recepcionó en formato de entrevista en fuentes no formales, fuente no formal quien se identifica con el seudónimo de "EL NEGRO" y no suministra su verdadera identificación por razones de seguridad, manifiesta ser residente del Barrio Bella Vista de la Localidad de Engativá y afirma que el día lunes 28 de Julio de 2014 cuando se encontraba en una cancha de fútbol del mismo sector compartiendo con tres jóvenes conocidos con los alias de "JHON MARIO", "MANUELITO" y "ROCO" quienes conforman una banda dedicada al hurto callejero sobre la avenida 68, conocidos como "LOS DEL TEMPLO", le dijeron que unos rayas (policías de la SIJIN) pasaron repartiendo unos volantes de recompensa por un menor de edad que mataron dentro de una buseta en la 68 con 68, y ellos tres mencionaron que estaban calientes por ese muerto, que ellos habían salido a robar el viernes en la noche en la 68 con 68 cerca a la universidad Compensar, y que estaban robando a un pelado y empezaron a forcejear, cuando "ROCO" le disparó a la buseta que por sapo, y salieron a esconderse en el Barrio Bella Vista, en la casa de unos familiares donde se descargaron, también manifestaron que se habían ganado doscientos mil pesos y punta del hurto que cometieron, pero que no pensaron que habían matado a ese chino, así mismo da a conocer que está en la capacidad de aportar la identificación de estos sujetos.
(...) "²⁰

De igual manera, se observa copia de la sentencia del 15 de febrero de 2017 proferida por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Función de Conocimiento en contra de Jhon Mario Páez Uribe, de lo que se extrae:

(...)
De repente, uno de los agresores, que luego fue identificado como JHON MARIO PÁEZ URIBE, al percatarse de que el menor de edad se hallaba observando lo sucedido, le gritó al otro asaltante "que le diera por sapo" y fue cuando ANDRES FELIPE POLO DÍAZ le propinó un disparo en la cabeza a aquél, ante la mirada del padre, enseguida de lo cual emprendieron la huida.

(...)
Acerca de la configuración del HOMICIDIO AGRAVADO y el HURTO CALIFICADO AGRAVADO, producto de las pesquisas adelantadas durante la investigación, se obtuvo la versión rendida por el señor Armel Toncon Mendiavelso, padre del menor, quien puso de manifiesto a las autoridades que, en la data indicada, se encontraba conduciendo una buseta de servicio público, en compañía de su hijo menor de 12 años de edad para entonces- A.A.T.G.(q.e.p.d.), a la altura de la avenida 68 con 68 costado sur- norte, cuando al observar que tres (3) sujetos estaban en un enfrentamiento en vía pública, se detuvo a ver qué era lo que sucedía, momento en el cual su descendiente le manifestó que se trataba de un hurto a una persona. En ese instante, uno de los agresores, que fue identificado más adelante como JHON MARIO PAEZ URIBE, al percatarse de la mirada del niño, le gritó al otro asaltante "que le diera por sapo" y, acto seguido, ANDRES FELIPE POLO DÍAZ le disparó con una arma de fuego.
(...)

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar penalmente responsable a ANDRES FELIPE POLO DÍAZ, identificada con cedula de ciudadanía número 1.047.040.656 expedida en Barranquilla, como como de HOMICIDIO AGRAVADO y HURTO CALIFICADO y AGRAVADO, así como autor de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES y, como consecuencia de ello, se le impone la pena principal de 334 meses de prisión, con motivo de la aceptación de cargos suscitada en la causa de la referencia y según las consideraciones plasmadas en este proveído.
(...) "²¹

Por otra parte, está la sentencia del 27 de abril de 2017 proferida por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Función de Conocimiento en contra de Jhon Mario Páez Uribe, de la que se

²⁰ Fls.20-21 C3 C. proceso penal

²¹ Fls 1-34 C2 c. proceso penal

extrac:

"(...)

De repente, uno de los agresores, que luego fue identificado como JHON MARIO PÁEZ URIBE, al percatarse de que el menor de edad se hallaba observando lo sucedido, le gritó al otro asaltante "que le diera por sapo" y fue cuando ANDRÉS FELIPE POLO DÍAZ le propinó un disparo en la cabeza a aquél, ante la mirada del padre, enseguida de lo cual emprendieron la huida.

Producto del impacto, el niño cayó al lado de su progenitor y, en colaboración de varios pasajeros, fue trasladado a la cruz Roja, de donde fue remitido al Hospital Infantil San José en esta capital, luego en el que posteriormente falleció. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó como causa de la muerte, proyectil de arma de fuego, de manera violenta.

(...)

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar penalmente responsable a JHON MARIO PAEZ URIBE identificado con cédula de ciudadanía número 1.023.004.521 expedida en Bogotá como determinador de HOMICIDIO AGRAVADO, en concurso con HURTO CALIFICADO AGRAVADO, y FABRICACIÓN, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, éstos últimos en calidad de coautor, con motivo del preacuerdo celebrado y aprobado que sirvió de base para este pronunciamiento y, en consecuencia, se le impone la pena principal de 312 meses (26) años de prisión, según las consideraciones plasmadas en este proveído.

(...)"²²

En el presente asunto, la parte actora pretende que se declare a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Bogotá D.C. responsable por la muerte del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo, en hechos ocurridos el 25 de julio de 2014 y como consecuencia de ello, le sean resarcidos todos los daños y perjuicios que les fueron causados.

Para sustentar sus pretensiones, los demandantes afirmaron que el daño fue causado directamente por la omisión de la Policía Nacional y de Bogotá D.C., por no prestar debidamente el servicio de seguridad y defensa de la vida de los ciudadanos, quienes tenían la obligación de proteger a la ciudadanía Bogotana, en este caso, la vida del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo, y evitar el dolor de sus padres por el lamentable hecho.

Se encuentra probado dentro del plenario la muerte del niño Anderson Adrián Toncón Gordillo el 25 de julio de 2014, en la carrera 68 con avenida 68, cuando se encontraba acompañando a su padre el señor Armel Toncon Mendivelso conductor de una buseta de servicio público, al momento de observa un hurto que ocurría en dicha dirección, asomó su cabeza por la ventana e inmediatamente fue herido de muerte por un impacto de arma de fuego.

Así mismo, dentro de la documental allegada al proceso se observa el proceso penal en el que se profirió sentencia el 15 de febrero de 2017, por cuanto el señor Andrés Felipe Polo Díaz aceptó los cargos de haber sido el causante de la muerte del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo el día 25 de julio, por lo que fue condenado en calidad de autor del delito de homicidio y otros, a 334 meses (27 años y diez meses) por el Juzgado 13 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Por otra parte, también se condenó a 312 meses (26 años) al señor Jhon Mario Páez, por los mismos hechos, esto es, el homicidio del menor Anderson Adrián Toncon, en calidad de determinador del delito de homicidio y otros delitos, sentencia proferida por el mismo

²² Fls.277-309 C3 C. proceso penal

Juzgado anteriormente descrito.

Corolario a lo anterior, no hay duda para este Despacho que, la muerte del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo fue ocasionada por los señores Andrés Felipe Polo Díaz y Jhon Mario Páez Uribe, los cuales fueron sentenciados a la privación de la libertad durante 27 años y 26 años, por los hechos ocurridos el 25 de julio de 2014 en la humanidad del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo.

Le asiste razón a la parte demandante respecto a que se constituye deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, sin embargo no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que *"nadie está obligado a lo imposible"*²³

No obstante, a todas luces este hecho del que fue víctima el menor es un hecho en primer lugar que no era previsible para las autoridades aquí accionadas y en segundo lugar es un hecho ocasionado por un tercero.

Respecto de la previsibilidad de la administración pública en la producción de un hecho dañoso y la no adopción de las medidas necesarias para evitarlo, la Sala de la Sección Tercera ha precisado que:

"No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la Administración de Justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance."²⁴

Se deduce de la sentencia citada que, no se excusa el incumplimiento del Estado, sino que, el Juez debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquellas que en relación con el asunto concreto le correspondían, en este caso no era posible que la Policía Nacional tuviera conocimiento de lo que iba a suceder fue un hecho imprevisto y sorpresivo, lo cual se convierte en un hecho irresistible.

Por lo anterior, no es posible exigir a las entidades ser omnipresente y salvaguardar la vida e integridad de cada uno de los habitantes del territorio nacional, puesto que es necesario que las autoridades hayan tenido conocimiento del riesgo que se podía presentar sobre la familia, para poder brindarle protección y garantizar la seguridad de la familia.

²³ Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp. 5737, dijo la Sala: "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible".

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación de 20 de junio de 2017, exp. 18860, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

Por lo tanto, dada la imposibilidad de tener el conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinable, no es posible determinar que la entidad demandada tuvo la oportunidad de actuar para evitar su ocurrencia del hecho, toda vez que se trató de delincuencia común, que en este caso, sin el mínimo respeto de los derechos de las personas, atentaron contra la integridad del menor.

Verificada la jurisprudencia indicada, el Despacho advierte que, de acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el plenario, se puede concluir que la causa exclusiva y determinante del fallecimiento del menor Anderson Adrián Toncon Gordillo fue el comportamiento delictivo desplegado por terceros, quienes accionaron sus armas de fuego y lo hirieron de muerte.

De esta manera se ha pronunciado el Consejo de Estado en un caso similar al que aquí se estudia:

"Por otra parte, a efectos de que operen las citadas eximentes de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de la víctima o un tercero tuvo, o no, inferencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de un tercero tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por el tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación del tercero.

Todo lo anterior permite afirmar que, en el presente asunto, el ataque perpetrado contra el señor Cardona Cardona constituyó un evento imprevisible para la demandada, a la cual no resultaría jurídicamente admisible exigirle la específica y concreta protección o seguridad especial respecto de cada uno de los habitantes del territorio nacional".²⁵

Así las cosas, para el Despacho se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación del hecho dañoso a las demandadas, dado que este solo puede ser atribuido al hecho determinante y exclusivo de un tercero, lo cual impide estructurar la imputación en contra de la entidad demandada, elemento indispensable para deducir la responsabilidad extracontractual al Estado.

3.3. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado se resuelve negativamente, en tanto la parte actora no acreditó la eventual falla en el servicio originada en las omisiones de las funciones de las entidades demandadas, que conllevó a la muerte de Anderson Adrián Toncon Gordillo, como se indicó en la motivación el menor fue víctima de delincuencia común.

3.4 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

²⁵ Consejo De Estado- Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín- Sección Tercera - Subsección A -Rad.: 73001-23-31-000-2005-13148-01(41362)

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

4. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRACO
Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá, D.C., 2 de junio de 2020

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2015-00797-00
Demandante	:	Luisa Fernanda Osma Robayo y otros
Demandado	:	Codensa E.S.P.

**REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO
SENTENCIA No. 126**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo instaurado por el señor **Francisco Basilio Arteaga Benavides** actuando a nombre propio y en representación del grupo en contra de **Codensa E.S.P.** con el fin de obtener el pago de los daños y perjuicios ocasionados a las personas que entre el 13 y 20 de noviembre de 2013 residían en la zona afectada por el apagón ocasionado a raíz de la explosión de la Subestación Eléctrica La Concordia, afectando a los predios ubicados en la zona de la avenida circunvalar y la carrera 10, entre calles 3 y 26 de las Localidades de Santa Fe y la Candelaria en sus barrios Las Nieves, Concordia, Egipto, Candelaria, Veracruz, Las Aguas, Girardot, Guabio y Las Cruces; a los suscriptores del servicio de energía eléctrica que se vieron afectados durante el período que duró el apagón; a las personas que elevaron quejas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ante Codensa y la Personería Distrital por dicho apagón en el período antes mencionado¹.

II. ANTECEDENTES

2.1 HECHOS Y PRETENSIONES

Indicó que, el 13 de noviembre de 2013 aproximadamente a las 2:50 de la tarde, en la Subestación Eléctrica La Concordia, ubicada en la Calle 12 con Carrera 1 Bis de Bogotá, se produjo una explosión atribuida al mal estado de conservación de la Subestación, generando una falla en un circuito de la infraestructura, ocasionando la interrupción del servicio de energía eléctrica, las lesiones personales de varias personas, así como, los daños en varios aparatos electrónicos.

¹ Folio 144 a 147 c. principal

Sostuvo que, los vecinos de la Subestación tuvieron que soportar la suspensión del servicio de energía eléctrica entre el 13 y el 20 de noviembre de 2013, aproximadamente cerca de 25.000 predios ubicados en la avenida circunvalar y carrera 10 entre calles 3 y 26, período en el que incluso las redes de la telefonía celular también se vieron afectadas.

Advirtió que, varios vecinos fueron víctimas de hurto de sus pertenencias debido a la oscuridad del sector, así mismo, varios jardines, colegios y universidades debieron suspender sus clases por la falta de fluido eléctrico. Por su parte, los comerciantes del sector debieron contratar plantas eléctricas para suplir la necesidad del servicio y evitar que se les dañaran los productos perecederos, toda vez que, el servicio fue restablecido de manera paulatina.

Aseguró que, las entidades públicas ubicadas en el sector no pudieron prestar sus servicios y que además, el sistema de semaforización no funcionó, por lo que el tráfico del sector se vio colapsado.

Relató que, Codensa realizó un censo de los usuarios afectados, comprometiéndose a reparar los daños y perjuicios causados, sin que cumpliera con ello, razón por la que, se elevaron más de 954 solicitudes de clientes residenciales y comerciales afectados.

Adujo que, el Sindicato de Trabajadores de Codensa expresó que, los apagones y explosiones que producían por el mal mantenimiento de las redes y subestaciones, lo que denotaba que, la explosión no se había producido por un caso de fuerza mayor o caso fortuito que eximiera de responsabilidad a la accionada.

Sostuvo que, a la fecha de presentación de la demanda Codensa no ha indemnizado a todas las personas afectadas en sumas muy mínimas que no se acercan a la realidad del daño, así como, ha omitido suministrar las pólizas de responsabilidad contractual y extracontractual a efectos de reclamar directamente ante las aseguradoras.

Con fundamento en los mencionados hechos, los accionantes solicitaron se ordenara a Codensa a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados con ocasión a la suspensión del servicio eléctrico entre el 13 y 20 de noviembre de 2013².

2.2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito radicado el 13 de abril de 2018, la sociedad CODENSA ESP contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que carecían de fundamentos de hecho y de derecho que hicieran responsable a la sociedad de algún perjuicio.

Indicó que, no era cierto que los hechos objeto de la demanda ocurrieron el 13 de noviembre de 2013 a las 13:07 horas en una cámara de inspección de redes subterráneas ubicada en la Carrera 1 con Calle 12 como lo expresaba el accionante.

Aclaró que, no era cierto que los accionantes estuvieron sin servicio entre los días 13 y 20 de noviembre de 2013, asegurando que, para el caso de los señores Francisco Arteaga, Luis Fernanda Osma, Cristian Arteaga y Vanessa Arteaga solo estuvieron 1.1 día sin servicio.

² Folio 54 c. principal

Relató que, la reclamación del señor Cristian Arteaga por el robo de su celular le fue rechazada, debido a que, el vandalismo no era un hecho atribuible a la compañía.

Añadió que, si bien algunas instituciones educativas poseían plantas de emergencia propia, también lo era que, las entidades que solicitaron a Codensa un servicio de emergencia, fueron atendidas con plantas de energía diésel pagadas por Codensa.

Aclaró que, el 90.38% de los usuarios atendidos por la Subestación, le fue restablecido el servicio plenamente en menos de 72 horas, comenzando el restablecimiento del servicio 3 horas y 18 minutos después del evento, normalizándose paulatinamente hasta el restablecimiento normal del servicio y que además, en el procedimiento de atención se estableció y se atendió a todos los comerciantes afectados, reparando a todos los usuarios que reclamaron y probaron efectivamente el daño.

Formuló los siguientes medios exceptivos:

Caducidad de la Acción: Fundamentado en que el evento inició el 13 de noviembre de 2013 presentándose la desconexión de la subestación de energía de propiedad de Codensa S.A. y denominada Concordia, lo que produjo la suspensión del servicio de energía eléctrica en los circuitos atendidos por dicha subestación, finalizando dicho evento el 14 de noviembre de 2013 a las 17:53 de la tarde.

Por lo anterior adujo que, los afectados contaban con 2 años para iniciar la presente acción, y teniendo en cuenta la fecha en que se causó el daño, el término transcurrió entre el 14 de noviembre de 2013 y el 14 de noviembre de 2015 y la demanda se radicó el 17 de noviembre de 2015, término que aplica para quienes se les restableció el servicio a las 5 horas y 56 minutos y a las 17 horas y 53 minutos.

Para aquellas personas que, el servicio se les restableció el 14 de noviembre de 2013 a las 17:53, el término de caducidad empezó a correr el 15 de noviembre de 2013 y venció el 15 de noviembre de 2015, encontrándose igualmente caducada la acción.

Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora: Bajo el entendido que, la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio se notifique al demandando dentro del año siguiente, y en el presente caso se dio el 3 de abril de 2018.

Falta de legitimación en la causa por activa: Indicó que, varios de los accionantes no presentaron solicitud de indemnización por daños, por lo que, la compañía no se enteró de los daños supuestamente causados, por lo que, carecían de legitimación para actuar en la presente acción.

Cumplimiento de obligaciones legales, técnicas y administrativas por parte de Codensa S.A. E.S.P. en la operación de la infraestructura eléctrica: Fundamentada en el hecho que, una vez ocurrió el incidente se procedió a conectar el sector a los circuitos de suplencia más cercanos y adicionalmente, proporcionó plantas eléctricas para minimizar el impacto.

Falta de causa: Bajo el argumento de que una vez ocurrido el incidente la compañía procedió a reparar los daños a las personas del sector, para lo que, estableció puntos de atención y reclamos, a efectos de garantizarle la atención y pago a todos los reclamantes que se presentaron.

Ausencia de daño: Indicó que, los demandantes no presentaron reclamaciones ni probaron los daños que supuestamente se le causaron, así como tampoco probaron en el presente asunto los daños de los que pretende le sean indemnizados.

Hecho superado: Sostuvo que, Codensa una vez ocurrió el incidente dispuso todo lo necesario para indemnizar a los afectados y facilitó las reclamaciones, sin que los accionante hubieren reclamados sus daños, encontrándonos actualmente frente a un hecho superado³.

2.4 TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha 25 de abril de 2016, se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, mediante auto de 11 de agosto de 2016 se admitió la presente demanda ordenando notificar a la demandada, igualmente se ordenó notificar al Agente del Ministerio Público, a la Defensoría del Pueblo y a la comunidad a través de un medio masivo de comunicación local de amplia circulación (f. 149 a 151 c. principal).

En auto del 24 de mayo de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de conciliación (f. 292 c. principal).

El día 19 de junio de 2018, se constituyó audiencia pública a fin de adelantar la audiencia de conciliación, declarándose fallida ante la falta de ánimo conciliatorio (f. 313 c. principal).

A través de providencia del 29 de junio de 2018, corrió traslado de las excepciones propuestas por Codensa S.A. (f. 348 cuaderno 2).

Mediante auto de 30 de agosto de 2018, se decretaron las pruebas del proceso (f. 472 a 476 cuaderno 2).

En audiencia del 11 de septiembre de 2018, se aceptó el desistimiento del testimonio del señor Ramiro Rueda (f. 495 y 496 cuaderno 2)

Mediante auto de 2 de noviembre de 2018 se negó el amparo de pobreza solicitado por los accionantes Cristian Camilo Arteaga Osma, Vanessa Alejandra Arteaga Osma, Luisa Fernanda Osma Robayo y Francisco Basilio Arteaga y se requirió al perito Gilberto Cuervo León a fin de que aclarara el dictamen rendido y aportado con la contestación de la demanda (f. 536 y 537 cuaderno 2).

En providencia del 21 de enero de 2020 se declaró precluido el periodo probatorio y se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión (f. 552 cuaderno 2).

³ Folio 169 a 184 cuaderno principal

2.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante escrito radicado el 3 de febrero de 2020, la **parte actora** rindió sus alegaciones indicando que, se encontraba acreditada la falla en la continuidad en la prestación del servicio en la zona afectada y además que, la misma no obedeció a factores externos que eximieran de responsabilidad a la demandada, razón por la que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios les impuso sanción al determinar que, la explosión en la Subestación Concordia obedeció a la falta de mantenimiento y a la falta de modernización de las redes con ocasión a la descapitalización de la empresa, razón por la que, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda (f. 586 y 587 cuaderno 2).

En escrito radicado el 27 de enero de 2020, la sociedad **CODENSA S.A. E.S.P.** rindió sus respectivos alegatos, conforme al escrito visible a folios 555 a 565 cuaderno 2, insistiendo en que, las pretensiones carecían de fundamentos de hecho y de derecho, en la medida que no se acreditó el detrimento en el patrimonio de los demandantes y además, nos encontrábamos ante un hecho cumplido en la medida que, Codensa indemnizó y compensó los tiempos de ausencia de servicio, indemnizando el 100% de los perjuicios causados y que fueron debidamente probados por las personas que presentaron su reclamación.

Indicó que, logró probar que de los 23.375 clientes afectados, al 65.62% le fue restablecido el servicio de energía en menos de 24 horas y que, en 72 horas ya se había restablecido el servicio en un 90.38% de los clientes, contrario a lo que se afirmó en la demanda de haber estado más de 7 días sin servicio de energía.

Insistió además, en la caducidad de la acción constitucional atendiendo la fecha de ocurrencia del incidente y las fechas de restablecimiento del servicio, así como, de los demás argumentos que sirvieron de fundamento a las excepciones propuestas, para solicitar se negaran las pretensiones de la demanda.

2.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES.

3.1. MARCO NORMATIVO DE LAS ACCIONES DE GRUPO

Las acciones de grupo se consagraron en el artículo 88⁴ de la Constitución Política y fueron reguladas posteriormente por la Ley 472 de 1998, como *“aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas”* teniendo como finalidad, el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

⁴ El Artículo 88 de la Constitución Política, señala *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”*

Dicho mecanismo judicial se ejerce para la reparación de daños ocasionados por la vulneración de derechos subjetivos susceptibles de valoración patrimonial, siendo procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener la reparación del daño que hubiere sufrido⁵.

Frente a las características de la acción del grupo, el Consejo de Estado⁶ ha reiterado, las siguientes:

“A [...] es una acción indemnizatoria. Es decir, tiene por objeto la reparación de los perjuicios de “contenido subjetivo o individual de carácter económico”, que provienen de un “daño ya consumado o que está produciéndose”. Estas características permiten diferenciarla de la acción popular que tienen un objetivo fundamentalmente preventivo y persiguen la salvaguarda de derechos colectivos.

(...)

b. Es una acción que se tramita por un procedimiento especial y preferente. La Ley 472 de 1998 señala términos muy breves para el trámite del proceso: 10 días para la admisión de la demanda (art. 53), 20 días para practicar pruebas (art. 62), 5 días comunes para alegar de conclusión (art. 63), 20 días perentorios e improrrogables para dictar sentencia (art. 64) y máximo 20 días para resolver el recurso de apelación (art. 67).

La inobservancia de tales términos hace incurrir al juez en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo (art. 84).

c. Es una acción de carácter principal. Procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para pretender la reparación de los perjuicios sufridos, pues precisamente el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998 señalan que la misma puede instaurarse “sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios” (art. 47).

En otros términos, queda al arbitrio del demandante ejercer en los casos en que ésta procede o bien la acción de grupo o la correspondiente acción ordinaria.

d. Sólo están legitimados para interponerla quienes conforman un grupo o clase. De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, la acción deberá interponerse al menos por 20 personas. Al interpretar el alcance de esta disposición, la Sala ha señalado que si se armoniza el contenido del artículo 48 de la Ley citada que establece que el actor o quien actúe como demandante, “representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”, y el numeral 4º del artículo 52 ibídem, que señala como requisito de la demanda que el actor proporcione los nombres de quienes integran el grupo, o al menos suministre los criterios para identificarlos, hay lugar a concluir que si bien la acción puede ser interpuesta por una sola persona, ésta no puede actuar en nombre de un grupo inferior a 20 personas, las cuales deberán individualizarse en la misma demanda, o identificarse con antelación a su admisión, a partir de los criterios que señale el actor.

(...)

e. Debe tratarse de la indemnización de un daño que tenga repercusión social.

La acción de grupo se diferencia también de las demás acciones reparatorias por la repercusión social del daño, en consideración al número de los damnificados y al impacto generalizado que produzca.

(...)

f. Finalmente, se destaca que este tipo de acciones se distingue por los efectos del fallo. El artículo 66 de la Ley citada establece:

⁵ Ver sentencia Corte Constitucional C-304 de 2010.

⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá, D.C., 4 de septiembre de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00630-01(AC)

"La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las results del proceso".

De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 48 de la Ley 472 de 1998, el actor o quien actúe como demandante 'representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder'.

(...)

Quiénes no sean parte del grupo inicial -que se reitera está constituido por no menos de 20 personas a cuyo nombre actúa el demandante- podrán integrarse a éste antes de la apertura a pruebas o podrán acogerse a la sentencia, dentro de los 20 días siguientes a su notificación (art. 55 Ley 472 de 1998).

Por tal motivo, la admisión de la demanda deberá ser informada a los miembros del grupo a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier otro mecanismo eficaz (art. 53 ibidem). Esta información es de trascendental importancia en el trámite de este tipo de procesos y tiene dos finalidades: 1) a quienes fueron afectados con la causa que dio origen a la demanda, pero que no fueron integrados al grupo, entrar a formar parte de éste (art. 55 ibidem) y 2) permitir que quienes hacen parte del grupo en cuyo nombre actúa el demandante o los demandantes iniciales, manifiesten de manera expresa, dentro de la oportunidad legal, su deseo de ser excluidos de aquél (art. 56 ibidem).

En consecuencia, la sentencia que se profiera en una acción de grupo tiene efectos de cosa juzgada respecto de todos los afectados con la causa que dio origen a la acción, a cuyo nombre actúe el demandante o los demandantes que hayan sido identificados gracias a los criterios suministrados por éste y no hayan solicitado su exclusión y frente a quienes hayan solicitado su inclusión en las oportunidades procesales señaladas en la ley (antes de la apertura a pruebas o dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia).

En síntesis, el carácter masivo del daño es el que justifica comunicar la admisión de la demanda a través de un medio de comunicación de esa misma naturaleza (art. 53 Ley 472 de 1998) y el efecto ultra partes de la sentencia respecto de quienes perteneciendo al grupo no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las results del proceso (art. 66 ibidem)."

3.2 PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO

Al respecto, el H. Consejo de Estado⁷, ha señalado:

"(...) En suma, de conformidad con las normas y la jurisprudencia citadas, en lo que aquí incumbe, para la procedencia del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el grupo de afectados esté conformado, al menos, por veinte personas; sin embargo, no es necesario que ese mismo número de personas presente la demanda, pues lo realmente importante es que existan criterios claros para su determinación.*
- Que el demandante demuestre pertenecer al grupo en nombre del cual ejerce la demanda.*
- Que el grupo reúna condiciones uniformes respecto de la misma causa que originó los perjuicios individuales que se reclaman.*

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera - Subsección A. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Bogotá, D.C., 12 de julio de 2019. Radicación Número: 66001-23-31-000-2017-00654-01(Ag)

- *Que el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo tenga la exclusiva pretensión de obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios.*
- *Que el medio de control sea ejercido por conducto de abogado."*

3.3. PROBLEMA JURIDICO

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, Codensa S.A. E.S.P. debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la suspensión del servicio de energía eléctrica con ocasión a la explosión acaecida el 13 de noviembre de 2013 en la Subestación La Concordia de propiedad de la demandada.

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

3.4 De la oportunidad del medio de control

La demandada Codensa S.A. E.S.P. formuló la excepción de caducidad asegurando que los hechos objeto de la presente demanda, lo constituía la suspensión del suministro de energía de la Subestación de energía La Concordia acaecida el 13 de noviembre de 2013 a razón del incendio presentada en la misma.

Indicó que, la parte actora alegó la oportunidad de la acción bajo el entendido que, los daños alegados devienen del período de tiempo que estuvo suspendido el servicio de energía eléctrica, el que adujo transcurrió entre el 13 y el 20 de noviembre de 2013.

No obstante, la sociedad alegó que, dicho evento se superó el 14 de noviembre de 2013 a las 17:53 de la tarde. Por lo anterior adujo que, los afectados contaban con 2 años para iniciar la presente acción, y teniendo en cuenta la fecha en que cesó el daño, la demanda se radicó de forma extemporánea.

Advirtió además que, aún de tomarse como punto de partida del término de caducidad la fecha en que le fue restablecido el servicio a los afectados, se debe tener en cuenta que, el servicio se restableció a la mayoría el 14 de noviembre de 2013 a las 17:53, por lo que, el término de caducidad empezó a correr el 15 de noviembre de 2013 y venció el 15 de noviembre de 2015, encontrándose igualmente caducada la acción.

En lo atinente a la caducidad de la acción de grupo, la Ley 472 de 1998 estableció que *"la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo"*.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 respecto de la caducidad en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, el artículo 164, numeral 2.-, literal h) establece lo siguiente:

"Cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño."

Por su parte el Consejo de Estado, ha indicado lo siguiente:

*"Siendo así, en orden a que se declare la responsabilidad del Estado para la reparación de un daño causado a un grupo por acción u omisión de agentes estatales, el término de los dos años para acceder a la justicia se cuenta desde el día siguiente, a partir de la ocurrencia del hecho dañoso o desde que el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo."*⁸

Se tiene entonces que, en el presente asunto la responsabilidad atribuida a la demandada recae en los perjuicios causados con ocasión de la suspensión del servicio de energía el 13 de noviembre de 2013 a razón del incendio originado en la Subestación Concordia.

En el plenario se encuentra acreditado que los hechos acaecieron el 13 de noviembre de 2013, no obstante, la parte actora en la demanda alegó que, el servicio se restableció el 20 de noviembre de 2013. Así mismo, al descorrer el traslado de las excepciones, alegó que el término debía contarse a partir de la ejecutoria de la providencia que les reconoció responsabilidad a los presuntos infractores (f. 350 y 351 cuaderno 2).

Al respecto el Despacho acudirá a lo probado en el proceso:

De un lado, se tiene que Codensa S.A. E.S.P. allegó dictamen rendido por el ingeniero electricista Gilberto Cuervo León del que se resaltan los siguientes apartes:

"El día 13 de noviembre de 2013 siendo las 14:50 horas, se presentó la desconexión de la subestación de energía de propiedad de CODENSA S.A. E.S.P. y denominada CONCORDIA a 115 Kv producto de un incendio en la misma, lo que produjo la suspensión del servicio de energía eléctrica en los circuitos atendidos por dicha subestación.

10.- De acuerdo con sus investigaciones, sírvase Informar al despacho sobre los demandantes de la acción objeto de éste dictamen.

RESPUESTA

(...) Las últimas dos columnas del cuadro señalan tales tiempos en horas y en días siendo el valor máximo de 27,4 horas equivalente a 1,1 día sin servicio de energía (...)

11.- De acuerdo con sus investigaciones, sírvase Informar al despacho sobre cómo evolucionó el restablecimiento del servicio de energía para los 27.375 clientes afectados.

(...) De la anterior información se obtienen las siguientes conclusiones más relevantes:

1.- Al 65,62% de los clientes les fue restablecido el servicio de energía en menos de 24 horas (menos de un día).

2.- En menos de 48 horas (menos de 3 días), el servicio estaba restablecido para el 80.18% de los clientes.

3.- En menos de 72 horas (menos de 3 días), el servicio estaba restablecido para el 90.38% de los clientes.

4.- De los 27.375 clientes, solamente 4 cuentas correspondientes a la ETB, Banco de la República, Sociedad de Inversiones y Teatro Odeón permanecieron más de 7 sin servicio, por particularidades en los circuitos denominados CASAMONEDA y BCO_REPUBL, es decir, el 0.014%.

5.- Cruzada ésta base de datos con la relación de Demandantes en el presente proceso, ninguno estuvo más de 1.1 día sin servicio de energía." (f. 199 a 273 c. principal)

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo Bogotá, D.C., 26 de junio de 2015. Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01569-01(AG)

De dicho dictamen la parte actora no solicitó la contradicción del mismo ni mucho menos fue objetado, no obstante, se solicitó aclaración al frente al período en que estuvo suspendido el servicio de energía, aclaración rendida por el perito Gilberto Cuervo León en los siguientes términos:

"1. Se aclare en qué fecha y hora se restableció definitivamente el servicio.

RESPUESTA

1.- Al 65,62% de los clientes les fue restablecido el servicio de energía en menos de 24 horas (menos de un día).

2.- En menos de 48 horas (menos de 3 días), el servicio estaba restablecido para el 80.18% de los clientes.

3.- En menos de 72 horas (menos de 3 días), el servicio estaba restablecido para el 90.38% de los clientes.

4.- De los 27.375 clientes, solamente 4 cuentas correspondientes a la ETB, Banco de la República, Sociedad de Inversiones y Teatro Odeón permanecieron más de 7 sin servicio, por particularidades en los circuitos denominados CASAMONEDA y BCO_REPUBL. es decir, el 0.014%.

5.- Cruzada ésta base de datos con la relación de Demandantes en el presente proceso, ninguno estuvo más de 1.1 día sin servicio de energía.

Con la información disponible no es posible determinar la fecha y hora en que se restableció el suministro normal de energía a cada cliente, sino que fue un proceso que evolucionó por bloques de clientes, como se puede apreciar en el anterior cuadro.

La presencia de las plantas eléctricas hasta el día 23 de noviembre de 2013 obedece al concepto de "Disponibilidad". Esto quiere decir, que las plantas permanecieron en sus sitios como medida preventiva redundante, para atender de forma inmediata cualquier evento dentro del plan de normalización del servicio, sin que ello signifique que estuvieran en operación" (f. 539 a 543 c. principal)

El Despacho no avizora la providencia que indicó la parte actora, por la que, la Superintendencia de Servicios Públicos supuestamente sancionó a Codensa S.A. E.S.P. por lo hechos acaecidos el 13 de noviembre de 2013, por el contrario, se advierte el Memorando 20142200022593 de 5 de marzo de 2014 en el que se recomienda investigar la conducta de Codensa a razón de los hechos en la estación Concordia y el Memorando 20142400032053 de 2 de abril de 2014 por el que se concluyó que *"duda la carencia probatoria y la incertidumbre en cuanto a los elementos fácticos y técnicos que sirvieron de base para los análisis elaborado por la Dirección Técnica de Energía, no es procedente iniciar investigación y elevar consecuentemente pliego de cargos en contra de la empresa CODENSA S.A. E.S.P., en los términos establecidos en el memorando interno No. 20142200022593 de fecha 5 de marzo de 2014, razón por la cual este despacho bajo estas condiciones se abstendrá de abrir investigación"* (f. 329 a 341 cuaderno 2). Sin que se allegara decisión alguna en contra de la demandada.

Pese a lo anterior, el Despacho considera que, atendiendo a que los daños alegados por la parte actora devienen de la suspensión del servicio de energía a raíz del incendio generado en la Subestación Concordia el 13 de noviembre de 2013, lo acreditado es que, los accionante y vecinos del sector tuvieron conocimiento del hecho desde el momento en que se suspendió el servicio eléctrico, que conforme lo aceptan las partes, fue el 13 de

noviembre de 2013, por lo que, el término de 2 años para interponer oportunamente la presente acción, empezó a correr el 14 de noviembre de 2013.

Por lo anterior se tiene que, el término para demandar vencía el **14 de noviembre de 2015**, y al haberse radicado la presente demanda el **17 de noviembre de 2017** ante los Juzgados Administrativos de Bogotá (f. 119 c. principal), se sobreentiende que el término ya había fenecido. Por lo que se declarará probada la excepción de caducidad del medio de control.

Lo anterior, en tanto no considera el Despacho prudente establecer como inicio para contabilizar el término para demandar, la fecha en que se restableció la totalidad del servicio al sector, toda vez que, de acuerdo al dictamen aportado por la demandada y la aclaración rendida por solicitud de los demandantes, con la información suministrada no es posible establecer la fecha exacta en que ocurrió y tampoco se allegó prueba que lo acredite.

Aunado a lo anterior, el restablecimiento del servicio se realizó de manera paulatina, como lo indicó el perito Gilberto Cuervo León precisando que, en el caso de los demandantes el servicio se les restableció a 1,1 días y que, al 90.38% de clientes afectados se les restableció el servicio en menos de 72 horas, es decir, que son límites temporales que resultarían diferentes para los miembros del grupo, cuando lo ideal es que exista una unidad de parámetros en los integrantes, por lo que, conforme a las normas y jurisprudencia transcrita, el término de caducidad de la presente acción constitucional empezó a contar el 14 de noviembre de 2013, día siguiente del día en que los accionantes y vecinos de la Estación Concordia, les fue suspendido el servicio de energía eléctrica en razón al incendio presentado al interior de la misma.

Aún en gracia de discusión, el Despacho advierte que de encontrarse oportuna la presente demanda, no se encuentra acreditado el daño causado al grupo, en tanto no se allegó prueba que pueda materializar y cuantificar la afectación que sufrieron con ocasión de la suspensión del servicio de energía el 13 de noviembre de 2013, a efectos de que resulte procedente la indemnización reclamada.

Pues se adujo que, uno de los demandantes fue víctima de hurto de celular y se allegó unas facturas de la compra de velas y encendedor, no se acreditaron los daños ocasionados por la suspensión del servicio de energía, si bien no se desconoce que pudo ser incomodo para los habitantes del sector, lo cierto es que, no avizora la configuración de un daño susceptible de ser indemnizado en el presente asunto.

Aunado a lo anterior, se advierte que durante la emergencia la demandada Codensa S.A. E.S.P. acreditó el acompañamiento e indemnización a las personas que acreditaron haber sufrido perjuicios a razón de la suspensión del servicio de energía el 13 de noviembre de 2013 y que, en el caso de los accionante, advirtió que, no fue posible reconocerles daño alguno, al no haber acreditado los mismos.

Finalmente, el Despacho encuentra que los daños presuntamente causados a los accionantes devienen de la suspensión del flujo eléctrico en la Subestación Concordia el 13 de noviembre de 2013, acreditándose que en días posteriores se restableció la totalidad del servicio, sin que se allegara prueba de que han seguido sufriendo interrupciones a servicio por el mal funcionamiento de la estación, a efectos de atribuir responsabilidad alguna a la demandada.

Por lo anterior, el Despacho considera que, si bien existieron circunstancias en la estructura y mantenimiento de la Estación Concordia que llevaron a que se produjera el incendio que produjo la suspensión del servicio, lo cierto es que, a la fecha la sociedad ya subsanó las deficiencias y eventos presentados en el funcionamiento de la estación señalada, pruebas que no fueron objeto de oposición por parte de los accionantes, razón por la que, el Despacho las tiene en cuenta. En este orden de ideas, se observa que las circunstancias que dieron origen a este mecanismo constitucional se encontrarían superadas, toda vez que no se allegó prueba alguna que demostrara lo contrario.

4. CONDENA EN COSTAS

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a los actores, por cuanto en los términos del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, la sentencia que acoja las pretensiones de la demanda deberá disponer la liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

Para el Despacho tal disposición ordena la condena en costas siempre que se acceda a las pretensiones de la demanda. Por consiguiente, atendiendo a que en el presente asunto las pretensiones de la demanda carecen de prosperidad, no hay lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: Declarar probada la caducidad del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo presentado por el doctor Francisco Basilio Arteaga Benavidez actuando en representación del grupo en contra de Codensa S.A. E.S.P., en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

Juez :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-0084100
Demandante :	Harry Cristancho Valdés y otros.
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 124**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores **Harry Cristancho Valdés** (víctima directa), actuando en nombre propio y en representación de los menores **Cristián Camilo Cristancho Córdoba** y **María Fernanda Cristancho Serna** (hijos de la víctima), **Carmen Edith Valdés Palacios** (mamá de la víctima), **Brenda Isabel Zamora Valdés** (hermana de la víctima) y **Sindi Juliana Consuegra Asprilla** presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufrida por el señor **Harry Cristancho Valdés**, mientras se desempeñaba como soldado profesional.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 44 a 45 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor **Harry Cristancho Valdés** se vinculó voluntariamente al Ejército Nacional, desempeñándose como soldado profesional, específicamente en el cargo de cabo segundo adscrito al Batallón de Combate Terrestre No. 117 – Brigada Móvil No. 20 ubicado en Chaparral - Tolima.

Manifestó que en desarrollo de la misión táctica “SERPIENTE”, orden de operaciones “DARDO”, en el área general del Salado, municipio de Chaparral (Tolima), de manera accidental activó una mina antipersona, sufriendo afección en los oídos, esquirlas en rostro y trauma ocular.

Señaló que, con ocasión a dichas circunstancias, tuvo que recibir atención médica especializada por los servicios de oftalmología, psiquiatría, dermatología, entre otros, padeciendo de traumatismo importante, y contando con una incapacidad laboral del 50.81% diagnosticada por la Junta Médica Laboral.

Indicó que, las lesiones sufridas por el señor Harry Cristancho Valdés se causaron por una falla en el servicio imputable a la entidad demandada, por colocarlo en estado de indefensión, al someterlo a un riesgo superior al que normalmente debía soportar.

Refirió que, el mando militar encargado de planear, dirigir y ejecutar la misión no tuvo en cuenta los protocolos militares y el uso de los medios técnicos disponibles con que contaba el Ejército Nacional, como lo era el equipo EXDE.

Señaló que, el señor Harry Cristancho Valdés, al momento del accidente se encontraba sin la protección adecuada y completa del equipo diseñado por el Ejército Nacional para prevenir, identificar y demoler artefactos en el área de operaciones.

Señaló que, el señor Harry Cristancho Valdés se encontraba desarrollando una operación militar donde existía certeza de presencia de artefactos explosivos improvisados y el mando no tomó en cuenta las precauciones ni utilizó las herramientas técnicas con que contaba el Ejército, tal como era la presencia del grupo EXDE, circunstancia que desencadenó en los hechos objeto de controversia.

Finalmente adujo que, debido a las lesiones y daños en su cuerpo ocasionados mientras desarrollaba una misión militar, se ha visto impedido desarrollar actividades laborales para solventar su sustento económico y ayuda familiar.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, por falta de supuesto jurídico y probatorio.

El apoderado de la entidad demandada adujo que, las lesiones sufridas por el señor Harry Cristancho Valdez, fueron causadas en desarrollo de acto propio del servicio en la calidad de Suboficial del Ejército Nacional y que por ese hecho no podían ser imputadas de manera objetiva a la entidad demandada, por concepto de responsabilidad patrimonial, a título de falla en el servicio.

Así mismo indicó que, no existió una falta de planeación, conocimiento, previsión, entrenamiento o desconocimiento de la unidad y del mismo soldado, toda vez que se prestó de manera inmediata la atención médica y posterior tratamiento correspondiente, mientras desempeñaba sus actividades cotidianas, toda vez que para ello eran entrenados como grupo de soldados.

De igual manera precisó que, fueron integrantes de grupos subversivos los que ocultaron los artefactos, circunstancia que conllevaba a exonerar de responsabilidad a la entidad

demandada, por tratarse del hecho de un tercero.

Finalmente indicó que, el desminado militar hacía referencia a aquellos procedimientos que ejecutaban grupos especializados en tareas antiexplosivos de la Fuerza Pública Colombiana para la detección y destrucción de las Minas Antipersona para facilitar las operaciones militares de control territorial.

Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 30 de noviembre de 2015 (f. 61 c. principal), seguidamente mediante auto proferido el 16 de abril de 2016 se rechazó la demanda por caducidad de la acción (f. 63 c. principal), se radicó recurso de apelación el 21 de junio de 2016 (f. 64 c. principal), mediante auto de 17 de noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección A, ordenó la admisión de la demanda (f. 81 c. principal), finalmente mediante auto de 9 de febrero de 2017 se admitió la demanda (f. 85 c. principal).

El 09 de octubre de 2018 se realizó la audiencia inicial, en la que se decretaron las pruebas (fl. 139 a 142).

Posteriormente, el día 26 de febrero de 2019 y el día 27 de agosto de 2019, se llevó a cabo audiencia de pruebas (fl. 169 a 173; fl. 187 a 188) y se dio por terminada la etapa probatoria.

1.4.- Alegatos de conclusión

1.4.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 6 de septiembre de 2019, el apoderado de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión. (fl. 189 c-1).

Adujó que, las lesiones sufridas por el señor Harry Cristancho Valdez fueron causadas por una falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, por cuanto se puso en estado de indefensión, al someterlo a un riesgo superior al que normalmente debía soportar, al no hacer uso del grupo EXDE en un punto crítico.

Señaló que, el mando de la operación omitió aplicar los protocolos de obligatorio cumplimiento dirigidos a las unidades operativas mayores, menores, tácticas, tropas de ejército, inspección y Estado Mayor del Ejército, concluyendo que, hubo una falla del servicio porque no se usó el grupo especializado, por cuanto el grupo de manera inexplicable no se usó en el punto crítico donde se encontraba el señor Harry Cristancho Valdez con antecedentes de mina, configurándose una falla del servicio con responsabilidad objetiva.

Finalmente indicó que, no podía darse aplicación a causales de exoneración, toda vez que la falla del servicio y su nexo de causalidad quedaron probadas dentro del proceso, pues si bien el artefacto explosivo devino de un tercero, lo reprochado era el inadecuado proceder de la demandada, puesto que se requería de la aplicación de los protocolos correspondientes para evitar el accidente sufrido por el señor Harry Cristancho Valdez.

1.4.2. El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 10 de septiembre de 2019, el apoderado de la parte demandada, presentó escrito de alegatos de conclusión.

Adujó que, la causa inmediata del daño ocasionado a Harry Cristancho Valdez, fue generado por el accionar determinante de un tercero y además que el demandante se encontraba en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales como soldado profesional.

Aunado a lo anterior adujo que, el daño no resultaba imputable materialmente al Ejército Nacional, teniendo en cuenta que dentro del proceso, existía un riesgo propio del servicio, aunado a la responsabilidad como hecho de un tercero, toda vez que era de conocimiento público que los grupos al margen de la ley, buscaban la estrategia necesaria para causar daño a la fuerza pública, y es por ello que, el señor Harry Cristancho Valdez asumió de manera voluntaria dicho riesgo al vincularse de manera libre al Ejército Nacional.

Finalmente indicó que, al no tratarse de régimen objetivo, en consecuencia, dentro del proceso se debía probar la falla en el servicio por parte del Ejército Nacional, haciendo énfasis que no se probó la misma, y por lo tanto, se debían negar las pretensiones de la demanda.

1.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor Harry Cristancho Valdés cuando desarrollaba actividades propias como Soldado Profesional.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante por las lesiones sufridas por el señor Harry Cristancho Valdés, cuando cumplía con funciones propias de su cargo.

4. Fundamentos de derecho.

Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar

El Consejo de Estado ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourth, actor Neftaly Vallejo Ortega, señaló:

“Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no. Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectada, de manera excepcional, con ocasión de actos del servicio. Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando “a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad”, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es “el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones”, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

Más adelante, en la misma decisión se expuso que el daño ocasionado como consecuencia del riesgo propio que asume la persona que voluntariamente ingresa a la Fuerza Armada, no genera responsabilidad del Estado.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que constituye un riesgo propio de la actividad de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional la afectación del derecho a la vida y a la integridad personal cuando desarrollan los objetivos constitucionales para los cuales fueron instituidos y que se manifiesta con actividades como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras. La vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cubre la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait”.

3.4. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba:

El Consejo de Estado ha sido reiterativo en manifestar a lo largo de su desarrollo jurisprudencial que los documentos obrantes en un proceso judicial pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra cual se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al cual están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”¹ (se resalta).

En el presente asunto, las copias del proceso indagación disciplinaria actuación disciplinaria No. 005 BACOT 117 de 2012, adelantado con ocasión de los hechos ocurridos el 12 de septiembre de 2012, relacionados con las lesiones sufridas por cabo segundo Harry Cristancho Valdez, serán valoradas por el juzgado, pues en audiencia realizada el 9 de octubre de 2018 (fol. 139 c-1) fue decretada por el Despacho y han obrado durante el presente proceso a disposición de las partes, las cuales tuvieron la oportunidad de controvertirlas, surtiéndose así el principio de contradicción.

Además, en cuanto al valor probatorio de las declaraciones rendidas por fuera del proceso contencioso administrativo, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 11 de septiembre de 2013, señaló que, cuando se trata *“de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se se pretenden hacer valer los testimonios que (...) han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden (...). la persona jurídica demandada –la Nación– es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración”*².

Como quiera que el presente asunto se sigue en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, entidad del orden nacional y los testimonios que se pretenden hacer valer fueron recaudados al interior del proceso disciplinario No. 005 BACOT 117 de 2012, adelantado por la Brigada Móvil siendo en consecuencia entidades del mismo orden, las declaraciones son admisibles al haber sido recopiladas con la audiencia de la parte contra la que se aducen, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la que se ha hecho alusión.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados por las lesiones padecidas por el señor Harry Cristancho Valdés, el cual

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia proferida el 11 de septiembre de 2013 al interior del proceso número 1994-07654 (20601). C. P. Danilo Rojas Belancourth.

mientras desempeñaba sus funciones como cabo segundo del Ejército Nacional y en desarrollo de una operación táctica, pisó un artefacto explosivo – mina antipersonal. De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”³.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”⁴ (Negrilla fuera del texto)

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Copia del informativo administrativo por lesión No. 010, suscrito el 10 de octubre de 2012 por el Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 117 Brigada Móvil No 20, en el que se plasmó lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS: Teniendo como base el informe del Señor CT **SANTOS CABALLERO EDUARDO**, Comandante de la Compañía Bravo, los hechos ocurridos el día 12 de septiembre de 2012 a las 15:00 horas aproximadamente, en desarrollo de la Misión Táctica **SERPIENTE**, Orden de operaciones **DARDO**, en el sector general del Salado, Municipio de Chaparral (Tolima), en coordenadas (03°44'19"- 75°41'36'), en desplazamiento resultó herido el **CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY CHISTIAN CM. 1077425707**, por activación de un artefacto explosivo improvisado, instalado por narcoterroristas del Frente 21 de la ONT-FARC, causándole afectación en los oídos, esquirla en el rostro, atendido inmediatamente por el enfermero de combate de la unidad y posteriormente evacuado vía aérea a la ciudad de Ibagué a la clínica Calambeo y luego al Hospital Militar Central de Bogotá (Cundinamarca), donde fue atendido por el doctor **JUAN SEBASTIAN RAMIREZ SANCHEZ**, donde le diagnostica **TX ACUSTICO, CONFUSIÓN**

³ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁴ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998

DEL GLOBO OCULAR Y DEL TEJIDO CONTRARIO".

- Copia de la historia clínica del señor **HARRY CRISTANCHO VALDÉS**, suscrita por el Hospital Militar Central, de la que se observa que el citado sufrió un traumatismo por el ojo y de la órbita no especificado por onda explosiva por granada. (fl. 189 archivo CD).
- Acta de Junta Médico Laboral No. 67490 del 18 de marzo de 2014, en la que se le clasificó la lesión como una incapacidad permanente parcial, declarándolo NO APTO para actividad militar, y dictaminándole una pérdida de capacidad laboral del 50.81% (fl. 10 – 11), en la que se estableció las siguientes secuelas: (i) hipocausia leve oído derecho 20BD (ii) síndrome frontal secuela de trauma cráneo encefálico (iii) trastorno de estrés postraumático (iv) trastorno visual refractivo con corrección agudeza visual OD 20/20 OI 20/30 y cicatrices en cara con defecto estético, sin limitación funcional, entre otras.
- Acta de declaración juramentada, en la Notaria Tercera del Círculo de Bogotá D.C., (fl. 19 c. principal) de la que se puede extraer lo siguiente:

*"(...) **MANIFIESTO:** Que en mi condición de Cabo Segundo Suboficial del Ejército el día 12 de Septiembre del año 2012 en el sector de salado del Municipio de Chaparral Tolima, nos encontrábamos desarrollando la operación serpiente, el comandante de la compañía SANTOS CABALLERO me da la orden de realzar un registro perimétrico del área, salimos al desplazamiento aproximadamente a las 2 y 30 de la tarde sin el EXDE completo solo el guía canino que no venía detectando las minas como era correctamente, yo seguía a MARTINEZ CHIVARA cuando accidentalmente MARTINEZ CHIVARA pisa una mina antipersonal donde perdió su pierna izquierda y la derecha se la fracturó a la altura del tobillo y el oído izquierdo le reventó el tímpano, y yo resulte herido por la onda explosiva y las esquirlas del campo minado donde tuve trauma craneoencefálico, pérdida total de visión de ojo izquierdo, fractura de tabique y pérdida de la audición oído izquierdo, después tuve la información que en ese mismo sector aproximadamente un mes antes había caído otro soldado en una mina antipersonal y el comandante de la compañía nunca nos informó eso, a mí me evacuaron en el mismo helipuerto donde lo habían evacuado al otro soldado en la misma zona, 20 días después en ese mismo sector de salado del Municipio de Chaparral Tolima cayó otro soldado del batallón en otra mina también por no haber tenido la precaución que era un sector minado, a nosotros nunca nos mostraron un mapa dónde nos indicaba que era un sector minado, no obstante los antecedentes de mina en esa área, igualmente manifiesto que muchas veces encontramos minas y no daban la orden de destruirlas solo de marcar el lugar para que hicieran los mapas correspondientes que en este caso no nos mostraron, es importante anotar que el equipo EXDE (...) no estaba completo y solamente iba el guía canino faltando el resto del equipo EXDE elementos tales como la Pera, Gancho y Cuerda, el detectorista y principalmente la falta de comandante de grupo EXDE, colocando en grave riesgo la integridad de cada uno de nosotros, por una falla que no debió presentarse (...) (Trascrito incluso con errores)."*

- Indemnización por disminución de la capacidad laboral por parte del Ejército Nacional a **HARRY CRISTANCHO VALDÉS**, por la suma de cincuenta y ocho millones ciento veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos pesos (\$ 58,127,472.00). (fl. 130 archivo CD – Doc 2 fl 16).

De los citados documentos, se tiene probada la existencia del daño, por lo tanto, se procederá a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto, el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia, si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

La Brigada Móvil No. 20 tenía el siguiente objetivo⁵:

"(...)

MISIÓN: El BACOT 117 con la Compañía BRAVO, adelanta una Misión Táctica de acción ofensiva **SERPIENTE** Método de ataques planeados con la técnica de ataque frontal, empleando maniobra de infiltración- presión bloqueo-emboscada a partir del 01-00:00-SEP.- 12 sobre El objetivo en coordenadas N 03 45 12 W 075 44 42, y el segundo objetivo en coordenada N 03 44 11 W 075 44 25, Sector de la Quebrada el Salado sur-occidente y parte nor oriental del río Ambeima del municipio de Chaparral Tolima, para neutralizar el accionar delictivo de integrantes del Frente 21.

Con el propósito de forzarlos a realizar movimientos que nos brinden ventaja militar sobre el enemigo. Las maniobras siempre deben estar bajo los preceptos del DIH y la Constitución Nacional. (Trascrito con errores).

Así mismo, en el informe administrativo por lesión No. 010 del 10 de octubre de 2012, en lo atinente a la imputabilidad, el citado Comandante determinó:

"IMPUTACIÓN: De acuerdo al artículo 24 del decreto 1795 del 14 de septiembre de 2000 las lesiones personales del señor **CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY CHISTIAN CM. 1077425707** ocurrió en el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en conflicto internacional

Literal C En el servicio como consecuencia del Combate o en accidente relacionado en el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento del orden público o en conflicto internacional".

Por otra parte, se advierte que el día 26 de febrero de 2019, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas, en la que se recaudó el testimonio del señor José David Martínez.

De la versión rendida por el señor José David Martínez, quien para el momento de los hechos ejercía la función de fusilero, quien fue testigo presencial de las lesiones sufridas por el señor Harry Cristancho Valdés, se destaca lo siguiente:

⁵ Folio CD c. principal – fl. 104

EL JUEZ PREGUNTA

"(...) Preguntado: ¿Nos indica usted que es soldado profesional desde hace cuánto se desempeña como miembro de la fuerza pública? Interrogado: presté mi servicio militar en el 2006 ingresé a la escuela de soldados profesionales en el 2007 donde fui fundador de la móvil No 20 donde terminé mis servicios en el 2012 cuando fue el caso de Harry Cristancho. Preguntado: ¿Y actualmente qué cargo desempeña? Interrogado: En el momento laboré como comerciante en Valledupar (...). Preguntado: Indíqueme al Despacho si usted conoció al señor Harry Cristián Cristancho Valdés, en caso afirmativo indíqueme al Despacho bajo qué condiciones lo conoció. ¿qué conoció de él? Interrogado: Al señor Harry Cristancho lo conocí en la móvil No. 20 en el batallón 117 en la compañía Bravo, aproximadamente un año antes a lo sucedido. Preguntado: ¿Cuándo se refiere a lo sucedido, a qué hace referencia? Interrogado: Al caso de artefacto explosivo donde resultó lesionado el cabo Cristancho. Preguntado: Qué sabe al respecto de dichos hechos, qué función cumplía usted, ¿qué se encontraba realizando, por qué tiene conocimiento? Interrogado: Ese día nosotros hicimos un desplazamiento, llegamos hasta cierto punto donde el comandante de la compañía, el Capitán Santos Caballero ordenó hacer ahí un descanso para hacer el almuerzo. Hicimos ahí el almuerzo, después él ordenó una escuadra que saliera a hacer un registro perimetral; de esa escuadra hacía parte el Cabo Cristancho, mi persona, 5 0 6 soldados más, no recuerdo en el momento que cantidad exacta, donde salimos hacia allá a hacer el registro. Aproximadamente 500 o 600 metros de lugar donde estábamos donde se presentó el artefacto explosivo. Preguntado: ¿Qué función o que operación se encontraban desempeñando ese día y si recuerda, qué día era? Interrogado: Era la operación Dardo, creo que era un miércoles. Preguntado: ¿Qué función tenía dicha operación? Interrogado: Era una operación contra Alfonso Cano. Preguntado: ¿Qué función desempeñaba usted y el señor Cristancho? Interrogado: Yo era soldado profesional, fusilero, era de la segunda escuadra del segundo pelotón de la Compañía Bravo y el cabo Cristancho era el comandante de escuadra. Preguntado: ¿Podría usted indicarnos si recuerda cómo era el sitio en el cual se presentó la activación del artefacto explosivo que nos menciona? Interrogado: Era una zona bastante boscosa donde por lo cual era obligado solamente los desplazamientos de día. **En ese lugar donde sucedieron los hechos era un punto obligado donde solamente era el paso por esa parte, no había por donde bordearlo y obligatoriamente tocaba pasar por ahí, con la mala suerte que nos encontramos con el artefacto donde salimos lesionados ahí nosotros.** Preguntado: Nos indica usted bajo característica en plural que salieron lesionados. Quiénes salieron lesionados? Interrogado: Mi persona quien fue quien pisó la mina antipersona y el Cabo Cristancho que era la persona que iba detrás de mí que salió lesionado también. Preguntado: ¿Nos indica usted que el señor Santos Caballero era el comandante del pelotón al que usted se encontraba inscrito? Interrogado: El señor Santos Caballero era el comandante de la compañía total. Preguntado: ¿Quién era el comandante del pelotón en el cual ustedes se encontraban o la escuadra? Interrogado: Estábamos bastante cortos de personal, comandante de pelotón estaba un sargento, pero en ese momento él estaba evacuado, estaba en el batallón y contábamos solamente con el capitán y el Cabo Tercero Cristancho. Preguntado: ¿Recuerda usted cuántos uniformados se encontraban ese día? Interrogado: (...) aproximadamente 40 hombres. Preguntado: Indíquenos por favor, en qué municipio acaeció dichos sucesos. Interrogado: Eso fue en el municipio de Chaparral, de Chaparral hacia arriba lo que creo que es el Salado allá por ese lado. Preguntado: En desarrollo de dicha operación, dado lo que usted nos menciona, indíquenos si ustedes iban con presencia de algún grupo especializado u efectos de detección de minas antipersonas, llámese EXDE o DELTA. Interrogado: Nosotros teníamos parte del grupo EXDE, no teníamos la totalidad del grupo EXDE. Preguntado: ¿A qué hace referencia cuando dice que no tenían la totalidad del grupo EXDE? Interrogado: Según tengo entendido, el grupo

EXDE se compone por: pera y cuerda, el detector; son dos detectores, el binomio y el comandante del grupo. Empezando que no teníamos comandante de grupo EXDE, solamente había la pera y cuerda, un detector y el binomio, que en ese momento el del binomio era el que iba en la parte de adelante, el perro no venía trabajando como tal porque pasó por encima del artefacto y el acompañante, o sea el guía también pasaron, pero a ellos no les pasó nada. El que seguía en ese momento era mi persona que conté con la mala suerte de pisarla. Preguntado: ¿El detector en qué posición iba? ¿También ya había pasado el lugar de los hechos como el binomio? Interrogado: No, el detector ni el pera y cuerda iban en ese desplazamiento porque ahí no había un grupo EXDE organizado, no tenían certificación como tal. Preguntado: ¿Recuerda usted, por encima del señor Santos Caballero quién se encontraba jerárquicamente por encima de él? Interrogado: En ese momento en el área él era el superior, nadie más en ese momento. Preguntado: ¿Quién dio la orden de salida para efectos de dar cumplimiento a la operación Dardo? Interrogado: Bueno, la operación Dardo, venía esa orden desde el comandante de la brigada, el comandante de la brigada de la móvil 20. Pero del momento en el que salimos a hacer el registro quien dio la orden de hacer el registro y quienes iban al registro, fue el comandante de la Compañía que fue el Señor Santos Caballero Preguntado: ¿Antes de dicha fecha, qué operaciones habían realizado o qué actividades habían realizado? Interrogado: Nosotros habíamos realizado varias operaciones, no recuerdo en el momento el nombre de las operaciones, pero nosotros ya habíamos venido haciendo varios cierres por la vía del Huila y por la parte del Cauca, también habíamos hecho una operación. Preguntado: ¿En el caso en concreto, esto es, en los hechos en los cuales usted nos indica que salió lesionado, cuánto tiempo atrás habían salido del batallón? Interrogado: Llevábamos en el área aproximadamente 2 meses. Preguntado: ¿Dos meses fuera del batallón? Interrogado: Sí señor. Preguntado: ¿En qué sitios se habían desplazado, habían realizado actividades? Interrogado: A nosotros nos sacaron del batallón a hacer ese cierre de esa operación contra Alfonso Cano, nos sacaron helicoportados hacia arriba hacia el páramo y la orden era hacer un registro bajando, ya nosotros veníamos bastante debajo de donde nos había descargado los helicópteros, pero veníamos haciendo como especie de un barrido. Preguntado: ¿Recuerda usted si en desarrollo de dicha orden de operaciones se presentó algún otro hecho relacionado con la activación de artefactos explosivos? Interrogado: Bueno, después de que ya me sucedió eso fue que yo tuve conocimiento que de ahí cerquita en ese lugar había resultado lesionado un soldado de otra compañía, creo que era de otra móvil, incluso de donde me evacuaron a mí y evacuaron al cabo Cristancho, ahí mismo habían evacuado al soldado. Preguntado: ¿Recuerda usted qué lesiones presentó el señor Cristian? Interrogado: El Cabo Cristancho recibió muchas laceraciones en la cara, lo que fueron los ojos, la cara y los brazos. Preguntado: ¿Usted qué lesiones presentó? Interrogado: A mí quien fue quien la pisé, la pierna izquierda me la amputó a mitad de pierna y la otra me la fracturó a la altura del tobillo. Preguntado: ¿Usted está demandando o tiene presentada alguna demanda con ocasión de dichos hechos en contra del ejército? Interrogado: Sí, tengo una demanda y ya gané el fallo a favor. Preguntado: ¿Sabe en qué juzgado cursa? Interrogado: No recuerdo en el momento. Preguntado: ¿El doctor Cesar aquí presente es su apoderado también? Interrogado: Sí señor, él si tiene conocimiento. Preguntado: Se le otorga el uso de la palabra a quien se le solicita que nos indique si tiene presente la referencia y el Juzgado ante el cual el señor José David Martínez está adelantando un proceso también para la reparación de los perjuicios causados con ocasión de los hechos del 12 de septiembre. Tiene el uso de la palabra el apoderado de la parte actora Interrogado: Gracias su señoría, estoy revisando en la agenda. En el Juzgado 038 su señoría, fallo de primera instancia a favor, se encuentra en apelación en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, número del proceso 0382014055001.

LA PARTE ACTORA PREGUNTA

Preguntado: Señor Martínez Chivará, por favor quiero ampliar un poco algunas de las respuestas que usted nos ha dado. Si es tan amable, usted manifestó que no tenían el EXDE completo. Eso es correcto? Interrogado: Sí señor, en ese momento el grupo EXDE no estaba todo. Preguntado: Usted dice que habían salido hacia dos meses del atrasado, es decir del batallón. En algún momento a usted le consta si se hizo por parte de alguien, y si es afirmativa su respuesta, por quien, de solicitar la presencia del equipo EXDE para la operación, señor Martínez Chivará Interrogado: Sí señor, en los requerimientos siempre se hacía referencia de que el grupo EXDE no estaba todo y que no había un comandante certificado. Preguntado: Durante esos dos meses que ustedes salen del batallón y ustedes hacen esos requerimientos. ¿Cuáles fueron las respuestas que obtuvieron? Interrogado: No, pues siempre decían que, si los iban a mandar, pero nunca llegaban, siempre quedábamos esperando y no llegaban. Preguntado: Usted manifestó en respuesta anterior, que contaban con el binomio canino que iba adelante. Puede ampliarnos un poco esa respuesta, por favor. Interrogado: Sí, era el muchacho con el perro. Era un perro nuevo, un perro que estaba recién salido de entrenamiento, muy poco le copiaba al muchacho, casi no le hacía caso, en ese momento que él le da la orden de hacer el registro, el sale hacia adelante, pero no se ve en ningún momento que está trabajando como tal. En donde pasa por encima del artefacto, no lo detecta y el muchacho también sigue, que gracias a Dios a ellos no les pasó nada, y el que seguía en ese momento en el desplazamiento era yo, que conté con la mala suerte de pisarlo. Preguntado: ¿Usted nos podría explicar, si el binomio canino iba adelante y ustedes iban en marcha o ustedes habían hecho un pare y habían procedido a hacer una revisión del punto obligado que usted menciona? Interrogado: Es que en ese punto encontramos nosotros unas hojas frescas, hacia la orilla del camino donde había un indicio de que había enemigo latente. Entonces, nosotros le dijimos a Cristancho y el perro pasó adelante a registrar, en ese momento fue donde ellos, donde el perro pasó y no detectó la mina. Preguntado: ¿Antes de que pasara el perro, se hizo algún procedimiento con algún otro equipo de detección, señor Martínez Chivará? Interrogado: No, ninguno otro porque el resto de la parte del grupo EXDE no iban en ese desplazamiento. Ahí en la compañía siempre el grupo EXDE no trabajaba en las mismas escuadras, o sea estaban repartidos. Por decir, el del binomio estaba, iba en la primera escuadra, el de la pera y cuerda en la segunda y así, o sea no había un grupo compacto. Preguntado: ¿De acuerdo a su respuesta anterior, usted lo que está manifestando es que en una escuadra enviaban un elemento, en otra escuadra enviaban otro elemento y en otra escuadra enviaban en otro elemento, que a la final denominan grupo EXDE, señor Martínez? Interrogado: Sí, lo llamaban grupo EXDE porque de pronto tenían ciertos artículos de trabajar con el EXDE, pero no era compacto como tal. Incluso, no estaba completo y no había un comandante que estuviera certificado, solamente una persona encargada donde incluso yo llegué a cargar varias veces cargas huecas y pentolita en el equipo y yo nunca supe lo que fue un reentrenamiento con grupo EXDE. Preguntado: ¿Es decir, usted está manifestando que a usted lo ponían a cargar elementos que le corresponden al grupo EXDE, señor Martínez? Interrogado: Sí señor, yo llegué a cargar cargas huecas y pentolita, me manifestaban que tocaba cargarlo porque como había corte de personal, no estábamos completos en las escuadras ni en las secciones, entonces para que ninguno fuera sobre cargado, entonces nos repartíamos los elementos que había entre todos, pero yo nunca tuve el conocimiento ni un reentrenamiento con grupo EXDE. Preguntado: ¿Usted dice que nunca tuvo reentrenamiento, fue que alguna vez tuvo entrenamiento señor Martínez Chivará, como grupo EXDE? Interrogado: No, nunca. Nunca tuve conocimiento ni siquiera de cómo se manipulaba ninguna de los implementos del grupo EXDE. Preguntado: Puede explicarle al Despacho, ¿qué significa punto obligado, y nos puede relatar y ojalá hacer un dibujo del punto donde se pisa el artefacto explosivo que usted denomina punto obligado? Interrogado: Es como decir una cuchilla, una cuchilla es un filo bastante angosto, donde tenía precipicio por el lado izquierdo y precipicio por el

lado derecho, que no había ninguna otra forma de bordearlo ni de cruzar. O sea, era un punto obligado, era por ahí o por ningún otro lado, era bastante boscoso, era selvático y la parte esa de ahí era con precipicio o sea con abismos en ambos lados. Preguntado: ¿Nos puede manifestar señor Martínez Chivara en la jerga militar que es un punto obligado? **Se objeta la pregunta y procede la objeción** Preguntado: ¿Ese punto donde se activa el explosivo, que es el filo de esa montaña que tiene precipicio por lado y lado se considera un punto crítico en la tropa sí o no? **El Despacho pone de presente que dicha observación ya fue manifestado por el testigo por lo tanto se rechaza por repetitiva la pregunta ** Interrogado: Sí señor, yo ya lo había dicho que era un punto crítico. (...) Preguntado: ¿Señor Martínez Chivará, usted manifiesta que el señor en esa época, capitán Santos les dio la orden de hacer ese procedimiento, usted escuchó directamente esa orden de él, señor Martínez? Interrogado: Sí señor, porque nosotros cuando íbamos a descansar nos hacíamos distanciados una escuadra de la otra. Él se vino hasta la escuadra de nosotros y le ordenó, le dio la orden al Cabo Cristancho que con su escuadra hiciera el registro en profundidad.

JUEZ PREGUNTA:

Preguntado: ¿A efectos de completar esta última intervención, a qué hace referencia con dicho registro de profundidad? Interrogado: Un registro de profundidad es por ejemplo si nosotros estamos aquí, llegamos a hacer un descanso, nosotros salimos a decir 500 metros o 1 kilómetro hacia adelante a hacer un registro de que de pronto no vaya a ver enemigo latente para descartar todo eso, ese era el punto del registro Preguntado: Aparte de esa presunta detección de enemigos es únicamente para personal de grupos al margen de la ley o también a efectos de hacer registro de la zona en cuanto a la presencia de artefactos explosivos? Interrogado: No, ahí era como presencia de enemigo semoviente, porque el grupo EXDE no estaba compacto para hacer dicho registro, entonces nosotros íbamos era a darnos de cuenta que no hubiera enemigo en ese lugar Preguntado: En esa apreciación que nos indica de realizar registro que no haya presencia de enemigos, ¿El señor Cristian era el que tenía que hacer el registro del área y en esa solicitó el acompañamiento del binomio canino y en desplazamiento de eso fue que se presentó la activación del artefacto explosivo? Interrogado: Sí señor, nosotros cada vez que llegamos a hacer un descanso había una escuadra la que hacía el registro, en ese momento nos tocaba a nosotros, la escuadra que era la que estaba al mando del Cabo Cristancho, él le pidió la colaboración al binomio pero él le dijo al capitán que mandara al otro perro que el otro perro si era experimentado en minas, ya el perro aquel si era bastante veterano, el capitán manifestó que como ya habíamos hecho un desplazamiento que el perro ya estaba cansado que lo dejáramos descansar y llevara al otro perro nuevo, ahí donde ese perro lo agregaron ahí a la escuadra y no hizo el trabajo que tenía que realizar Preguntado: En intervención inicial usted nos indicó que toda la compañía contaba con un grupo EXDE, y en preguntas realizadas por el apoderado de la parte actora nos indicó que cada uno de los funcionarios de dicho grupo está asignado a una escuadra diferente. En primera intervención usted nos manifestó que solo contaban con un binomio, ahora nos está manifestando que la otra escuadra también contaba con otro binomio, usted podría aclararnos dicho aspecto. Interrogado: Sí, dos binomios caninos había, lo que no estaba completo era el resto de implementos como la pera y cuerda, el detector de metales y en sí el personal. Preguntado: Recuerda cuántas escuadras habían en desarrollo de dicha operación Interrogado: Habíamos una compañía, pero la compañía no estaba completa (...) son 3 escuadras por cada sección o sea en el pelotón eran dos secciones o sea 61 escuadras y el otro pelotón 6 escuadras, entonces serían 12 escuadras como tal la compañía Preguntado: De esas 12 escuadras como estaba asignada la presunta distribución de funcionarios del grupo EXDE, o sea nos indica usted que en principio habían nada más 3 personas, ahora son 4, quiere decir que solo 4 escuadras contaban con presencia de un funcionario del grupo EXDE y las demás escuadras no? Interrogado: No, o sea que usted me preguntó que cómo operaban cada sección, o sea, cada sección opera

aproximadamente por 3 escuadras. En ese momento como estábamos reunidos, o sea habíamos llegado la compañía completa al lugar, entonces estaban los 4, pero como no les pertenecía los 4 el registro que íbamos a hacer, nos pertenecía a la escuadra de nosotros que era la escuadra de la ametralladora, nos pertenecía hacer el registro de ese día de profundidad Preguntado: ¿Y solo contaron con la presencia del binomio? Interrogado: Solamente con la presencia del binomio porque el Cabo Cristancho le solicitó al capitán que le prestara ese binomio. Preguntado: ¿Sabe usted por qué solo el Cabo Cristancho solicitó el acompañamiento del binomio y no de los demás funcionarios, esto es, el de la pera y cuerda y el del detector? Interrogado: Si se solicitó, lo que pasa es que el Capitán dijo que como íbamos haciendo un desplazamiento ya los otros estaban cansados que ya habían hecho un trabajo ese momento, o sea, donde habíamos hecho el desplazamiento nosotros hicimos un desplazamiento como desde las 9.00am como hasta las 2:00 de la tarde, llegamos hasta el punto donde nos reunimos, hicimos el almuerzo y ya el dio la orden de que descansáramos ahí esa tarde y ahí mandó al cabo Cristancho para que hiciera el registro hacia adentro, hacia el fondo. Preguntado: ¿Y los otros funcionarios se quedaron ahí con el comandante? Interrogado: Sí, el resto quedaron ahí.

DEMANDADA PREGUNTA:

Preguntado: Buenas tardes, me podría aclarar, inicialmente entendí que si tenían un detector, que habían transitado por ese paso obligado el binomio, la persona y el perro, y el detector no logró detectar la mina. Si me pudiera aclarar si había o no detector. (...) Interrogado: No, en ningún momento yo dije que el detector de metales iba ahí en ese desplazamiento. Preguntado: Podría aclararnos si usted hacía parte del grupo EXDE, como dice que no recibió entrenamiento ni reentrenamiento en minas Interrogado: No, yo no hacía parte del grupo EXDE, como le digo, a mí me colocaban a cargar implementos solamente porque no había personal para el grupo EXDE, pero yo no tenía conocimiento de nada de eso. Yo solamente cargaba los implementos como por cumplir una orden Preguntado: ¿Sabe usted qué tipo de artefacto explosivo improvisado fue implantado por los grupos guerrilleros, dentro de sus conocimientos y de acuerdo a la denuncia formulada por el comandante, usted de pronto sabe qué tipo de artefacto fue? Interrogado: Bueno, la verdad no tengo conocimiento de qué clase de artefacto sería. Solo sé que era una mina antipersona pero no sé qué. Preguntado: ¿A qué se refiere cuando hace referencia a que no había un comandante certificado? Interrogado: Me refiero a que en el grupo EXDE pues debe estar la totalidad, con un comandante. Certificado es que sepa cómo es la manipulación de los artefactos cuando se encuentra un artefacto explosivo, cómo se va a destruir o lo que se vaya a hacer, el procedimiento que se vaya a hacer, porque muchas veces nosotros encontrábamos artefactos explosivos y la orden era demarcarlos y abandonar el lugar. Preguntado: Sabe si tenía advertencias o señalización de artefactos explosivos en esa zona Interrogado: No, no tenía conocimiento de nada de eso Preguntado: Usted dice que no tenían comandante de pelotón, quién asumió ese cargo porque tuvo que haberlo asumido alguno de los militares que se quedaron en la operación. Interrogado: Bueno, ahí el que le seguía al mando del capitán en la escuadra de nosotros en esa sección era el Cabo Cristancho Preguntado: ¿El cabo Cristancho era el comandante del pelotón encargado? Interrogado: Solamente encargado, porque como tal el comandante era un cabo viceprimero que se encontraba evacuado.

EL JUEZ PREGUNTA.

Preguntado: ¿Distingue usted actualmente al señor Harry Cristancho? Interrogado: Bueno, lo distinguí en el tiempo que estuvimos allí en el ejército aproximadamente un año llevábamos trabajando juntos y ya después del accidente, yo me quedé acá en batallón de sanidad haciendo mi tratamiento de recuperación solamente hablamos por vía telefónica

nada más”.

De igual manera, del estudio que se hace de la documental que reposa en el expediente el Despacho observa que con ocasión a los hechos que dieron origen a las lesiones sufridas por el señor **HARRY CRISTANCHO VALDÉS** se adelantó apertura investigación preliminar No. 005 BACOT 117 de 2012, de la que se puede destacar la declaración del CT SANTOS CABALLERO EDUARDO (fl. CD c. principal, fl 38 y ss), quien relató:

*“(…) **PREGUNTADO:** Haga un relato amplio y detallado de los hechos consignados en el informe. **CONTESTO:** El día 12 de septiembre de 2012, nos encontrábamos en el desarrollo de la misión asignada por el comando superior, el objetivo era efectuar una infiltración con la Compañía con dirección sur – occidente de nuestra posición hacia el punto conocido como EL PASAJE, con el fin de afectar el sistema rival que se encuentra delinquiendo en el sector. Durante el desarrollo de la maniobra se logra ubicar una serie de indicios como áreas campamentarias y corredores de movilidad por lo que podemos determinar la presencia de los bandidos. Al tener estos indicios nuestro objetivo se establece en lograr la ubicación de esta amenaza mientras la Unidad va efectuando la infiltración se logra determinar un trillo fresco de aproximadamente tres bandidos y de unas dos horas aproximadamente de haber sido utilizado, que conducía a la parte baja del cañón en donde estaba ubicada la quebrada LA LINDOSA. Al tener estos indicios se inicia a registrar con el grupo EXDE y el guía canino compuestos por el binomio PF. MIELES MARTÍNES DANIEL y su ejemplar MATEO. Se logra establecer que se encuentra libre de AEI lo que permite establecer un PRO para iniciar con un registro escotero sobre el sector. La unidad se divide en dos grupos de maniobra, uno de ellos al mando del CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY quien tomaría como eje de avance la parte baja, y el otro grupo se iría por la parte alta garantizando el apoyo y las comunicaciones y estaría al mando mío, al iniciar la maniobra se hace el cambio del canino pues llevaba aproximadamente veinte minutos trabajando y se encontraba agotado, para este trabajo asume el binomio compuesto por el PF. MENDOZA SUAREZ JHON y el ejemplar TAYSON quienes habían ingresado al área el 7 de septiembre después de haber pasado 45 días de vacaciones. Este equipo inicia con el avance. Este equipo inicia con el avance efectuando todas las técnicas para la detección de los artefactos explosivos improvisados, una vez registra el trillo la unidad avanza, pero es en ese momento cuando el puntero PF. MARTINES CHIVARA pisa el AEI sufriendo amputación del miembro inferior izquierdo y a su vez afecta en la cara al CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY quien llevaba el mando de ese grupo de maniobra. Es importante establecer que el guía canino efectuó todas las técnicas establecidas para el registro del sector y el ejemplar nunca marcó este artefacto, además el binomio ya había avanzado y se encontraba a unos 440 metros aproximados de este sitio, continuando con su registro. Una vez ocurren los hechos los enfermeros de combate de la unidad realizan la evacuación del sitio de los hechos. (...) **PREGUNTADO:** La compañía BRAVO contaba con grupo EXDE para el desarrollo de la misión táctica que se encontraban cumpliendo. **CONTESTO:** Sí, como la compañía estaba organizada a dos pelotones cada uno de ellos contaba con dos grupos EXDE para un total de cuatro en la Compañía. **PREGUNTADO:** (...) de qué pelotón formaban parte el soldado profesional y el suboficial que resultaron heridos como consecuencia de la activación de mina antipersona. Del mismo modo indique bajo el mando de quién se encontraba dicho pelotón. **CONTESTO:** El soldado MARTINEZ CHIVARA JOSE y el CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY formaban parte de BRAVO 6 y se encontraban bajo mi mando. **PREGUNTADO:** (...) cómo se encontraba organizados cada uno de los grupos EXDE del pelotón BRAVO 6 para la fecha de ocurrencia de los hechos. **CONTESTO:** Cada grupo tiene su binomio canino, su detectorista, y un pera y cuerda y su Comandante. (...) **PREGUNTADO:** (...) para el registro del sector donde se encontró el trillo se utilizó el grupo EXDE en su totalidad para verificar que no hubiesen en el lugar*

artefactos explosivos improvisados. **CONTESTO:** Si se utilizó el grupo EXDE en su totalidad. Inicia primero el canino MATEO, pasados veinte minutos se hace el cambio del binomio pues el canino ya se encontraba cansado y ya había cumplido con su tiempo de utilización e inicia TAYSON. Este último en ningún momento marcó la presencia del artefacto explosivo por lo que continuamos con el avance y activándose la mina antipersona por el puntero SLP. MARTINEZ CHIVARA. (...) **PREGUNTADO:** (...) una vez encontraron al trillo mencionado continuaron el eje de avance por sobre el mismo. **CONTESTO:** El eje de avance lo continuamos paralelamente al trillo a una distancia aproximada de veinte metros, pero se llega a un paso donde nos vemos obligados a sobrepasar este trillo y ahí es donde el soldado CHIVARA MARTÍNEZ activa la mina antipersona.
(...)"

De la lectura de dicha investigación se extrae la declaración del SLP LANDEROS GUZMAN DARWIN ALFONSO (fl. CD c. principal, fl 169 y ss), quien relató:

"(...) **PREGUNTADO:** Sirvase informar al despacho y describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del año 2012. **CONTESTO:** Íbamos en el eje de avance y encontramos un trillo e hicimos alto, y en ese momento iba de puntero el SLP. CHIVARA y mi capitán dio la orden en dividirnos en dos equipos para hacerle la oreja para pasar este camino, y el soldado MIELES, pasó adelante con el perro y minutos más adelante se cansó el perro de MIELES y pasó el soldado Mendoza con el perro revisando, íbamos dejando distancia y cuando escuchamos la detonación y cayó el señor SLP. MARTINEZ CHIVARA y le cayeron esquirlas a mi cabo CRISTANCHO (...) **PREGUNTADO:** Sirvase informar al despacho a qué distancia paralela del camino se estaban desplazando. **CONTESTO:** Nosotros íbamos aproximadamente de 5 a siete metros del camino, y el SLP MENDOZA con el perro y el perro no detectó la mina y detrás de él iba mi cabo CRISTANCHO. **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho cada cuanto era empleado el grupo EXDE con su binomio antiexplosivos y el detectorista durante el desplazamiento. **CONTESTO:** Nosotros siempre lo utilizábamos y los perros los cambiábamos cada 20 minutos de trabajo para que no se cansen.
(...)"

Así mismo, obra la declaración del SLP MENDOZA SUAREZ JOHN JAIRO (fl. CD c. principal, fl 171 y ss), quien relató:

"(...) **PREGUNTADO:** Sirvase informar al despacho y describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del año 2012. **CONTESTO:** Nosotros íbamos en avance y llegamos a un punto donde había un camino fresco aproximadamente de dos a tres horas, nosotros para allí y nos fuimos unos por la parte derecha que iban al mando del señor CS CRISTANCHO y por la parte izquierda con mi capitán SANTOS estos mismos eran los que están de seguridad de los que iban por la parte derecha, el canino MATEO era el que iba registrando el camino y el perro se cansó después de veinte minutos y pasé yo a revisar con mi perro que se llama TAYSON, yo mandé mi perro a revisar, este no me dio señal de nada y seguimos avanzando y seguí mandando a mi perro yo iba en la parte de adelante revisando y el soldado CHIVARA iba aproximadamente a 20 metros detrás mío cuando escuché fue que explotó algo y mire y estaba el soldado CHIVARA(...) **PREGUNTADO:** Sirvase informar al despacho qué funciones qué actividad desempeño usted para el momento de la ocurrencia de los hechos. **CONTESTO:** Yo me encontraba registrando el camino con mi perro. **PREGUNTADO:** Sirvase informar al despacho qué orden de operaciones o misión se encontraban cumpliendo

para el día 12 de septiembre de 2012. **CONTESTO:** Mi capitán nos formó nos dijo, pero no me acuerdo de el nombre de la misión, y dijo que nos tocaba llegar un punto, la verdad no me acuerdo el nombre y nos dijo que tuviéramos cuidados puesto que en este sitio había presencia de bandidos. (...) **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho cada cuanto era empleado el GRUPO EXDE con su binomio antiexplosivos y el Detectorista durante el desplazamiento. **CONTESTO:** En cada movimiento que se realizaba se ponía a trabajar a todo el GRUPO EXDE,
 (...)”

También obra declaración del SLP MELENDRES HERNANDEZ JULIO RAFAEL (fl. CD c. principal, fl 175 y ss), quien relató:

“(…) **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho y describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del año 2012. **CONTESTO:** Íbamos haciendo un registro por debajo al mando de mi cabo CRISTANCHO, abriendo maraña, y yo iba por la parte de arriba con mi capitán SANTOS, y allí fue cuando escuchamos la detonación del artefacto explosivo y allí y salí corriendo a prestar los primeros auxilios y mantuve estable al SLP. MARTINEZ CHIVARA mientras llegó el apoyo. **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho qué funciones o que actividad desempeñó usted para el momento de la ocurrencia de los hechos. **CONTESTO:** Yo me desempeño como enfermero de combate, y me encontraba en el registro el mando de mi capitán Santos por parte derecha paralelos a la persona que iba por el otro lado al mando de mi cabo CRISTANCHO, cuando escuché la detonación salí corriendo a prestar los primeros auxilios encontrando a mi cabo CISTANCHO y el SLP. MARTINEZ heridos por la detonación (...) **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho qué orden de operaciones o misión se encontraban cumpliendo para el día 12 de septiembre de 2012. **CONTESTO:** Mi capitán antes de realizar el registro nos reunió y nos comunicó que íbamos a realizar y por qué sector íbamos a caminar y también nos dijo que tocaba ir abriendo maraña puesto que el terreno estaba minado y tocaba tener cuidado **PREGUNTADO:** Sírvase informar al despacho cada cuanto era empleado el GRUPO EXDE con su binomio antiexplosivos y el Detectorista durante el desplazamiento. **CONTESTO:** En cada movimiento el grupo EXDE siempre iba delante con el canino registrando.
 (...)”

A partir de las pruebas relacionadas anteriormente, puede inferirse que las lesiones sufridas por el cabo segundo HARRY CRISTANCHO VALDÉS, se produjeron el 12 de septiembre de 2012, mientras se encontraba en servicio activo, en desarrollo de la Misión Táctica SERPIENTE, orden de operaciones DARDO, en el sector general del Salado, municipio de Chaparral, en cumplimiento de una orden impartida, pues mientras el Cabo Segundo se desplazaba junto con su escuadra a realizar el registro de la zona a profundidad, uno de sus compañeros accidentalmente activó una mina antipersonal causándole lesiones en el rostro.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del Estado en caso de daños sufridos por soldados profesionales, el Consejo de Estado ha precisado⁶:

“Ahora bien, 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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, sentencia 14 de marzo de 2018, Exp. 41543.

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 *fort fait* a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y solo 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 objetiva, por la creación del riesgo. 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*)⁷.

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.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en relación con los agentes de la Policía, militares u otros miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, “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”⁸ y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas actividades. Por 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 estos puedan llegar a sufrir.

A contrario sensu, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que el régimen bajo el cual ha de resolverse su situación es diferente, toda vez que su relación con el servicio no es voluntaria y se aplica, de forma preferente, el régimen objetivo de responsabilidad.

Mientras que a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los soldados profesionales o suboficiales de las fuerzas militares, agentes de policía o detectives del hoy extinto DAS, el régimen preferente es de falla del servicio⁹.

Conforme al lineamiento jurisprudencial que antecede, es claro que en relación con los agentes de policía, militares u otros miembros que hacen parte de la seguridad del Estado,

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 19.158, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, exp. 28.022, y 7 de octubre de 2015, exp. 34.677, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

⁸ En sentencia del 14 de julio de 2005, exp. 15.544, M.P. Ruth Stella Correa, se dijo: “Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cubre 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”.

⁹ 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 Butero, 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, todas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

será procedente el reconocimiento de una reparación siempre y cuando el daño aludido se hubiese producido por una falla del servicio o cuando se haya sometido al funcionario aun riesgo excepcional, el cual no estaba en obligación de afrontar.

En el caso objeto de estudio, el Despacho observa que la parte demandante señaló que el Ejército Nacional debía responder con ocasión a la falla en el servicio por omisión, en tanto que el personal encargado de la misión no aplicó los protocolos contenidos en la directiva transitoria No. 0054 de 2012 y de igual manera, se omitió la aplicación de diferentes parámetros establecidos en los numerales EJC 3-56 y EJC 3-217.

Atendiendo los cargos aludidos por la parte demandante, el Despacho analizará los protocolos presuntamente infringidos por la entidad demandada.

Respecto a la Directiva transitoria No. 0054 de 2012, se emitieran diferentes órdenes e instrucciones en lo atinente al entrenamiento de los equipos EXDE, de la que podemos extraer lo siguiente:

"MISIÓN DEL EQUIPO EXDE

*Los equipos de explosivos y demoliciones (EXDE) desarrollan tareas de movilidad y contra movilidad en apoyo a unidades de maniobra para el desarrollo de las operaciones militares irregulares.
 (...)*

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

Los equipos de explosivos y demoliciones deben estar organizados a:

01 Comandante de equipo, suboficial de grado cabo tercero o cabo segundo con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros

02 Operadores de detector de metales, Soldado profesional con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros.

01 Operador de ECAEX, Soldado profesional con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros.

01 Binomio Canino, soldado profesional con curso de Guia canino y ejemplar canino entrenado en detección de sustancias explosivas avalados por Escuela de Ingenieros Militares.

FUNCIONES DE LOS INTEGRANTES DEL EQUIPO EXDE COMANDANTE DE EQUIPO

- *Asesora al comandante de unidad para la toma de decisiones.*
- *Destruye las minas y los A.E.I encontrados de acuerdo al protocolo.*
- *Responde por la seguridad de integridad del personal bajo su mando.*
- *Imparte órdenes claras y supervisa a cada uno de los integrantes del equipo cuando estos ejecuten un procedimiento.*
- *Supervisa el mantenimiento y buen uso del material técnico y de explosivos a cargo.*
- *Distribuye el material técnico y de explosivos de forma equitativa*
- *Transporta el kit de desminado incluyendo los detonadores.*

OPERADOR DEL DETECTOR DE METALES

- *Registra con su equipo todas aquellas áreas sospechosas.*
- *Marca todas las alarmas recibidas por el equipo e informa al comandante.*
- *Efectúa mantenimiento de primer escalón.*
- *Solicita a su Comandante el suministro de baterías requeridas para el uso del equipo, teniendo en cuenta las baterías de reserva.*
- *Antes de salir a cumplir la misión deben asegurarse que el detector funcione correctamente y si presenta fallas debe informar inmediatamente al comandante.*
- *Releva al operador del ECAEX cuando la situación lo amerite.*
- *Apoya con el transporte del material de explosivos.*

OPERADOR DE ECAEX

- *Realiza el lanzamiento de la pera y cuerda para despejar áreas.*
- *De acuerdo al protocolo mueve objetos a distancia empleando el Equipo Contra Artefactos Explosivos (ECAEX).*
- *Abre sendas con empleo del cordón detonante lanzado en forma manual.*
- *Releva al operador del detector de metales cuando la situación lo amerite.*
- *Apoya con el transporte del material de explosivos.*

GUÍA CANINO

- *Informa al comandante sobre la ubicación del artefacto explosivo o la mina.*
- *Es el encargado de mantener entrenado el ejemplar canino para la búsqueda de sustancias explosivas.*
- *Verifica diariamente el estado de salud y de ánimo del ejemplar canino, si encuentra alguna anomalía debe informarla al comandante del Equipo.*

De igual manera, del material probatorio allegado, se evidencia que se aportó el manual de empleo de los equipos EXDE en operaciones irregulares denominado EJC 3-217. Una vez revisado el mismo, el Despacho extrae lo siguiente:

OBJETIVO

Este manual busca brindar todas las herramientas que le van a permitir a los comandantes en los diferentes niveles del mando exigir y velar porque se cumpla el empleo adecuado de los Equipos de Explosivos y Demoliciones en el área de operaciones. Teniendo presente que las normas y procedimientos aquí establecidos pueden variar en la medida en que los grupos terroristas incrementen nuevos métodos para la instalación de todo tipo de artefactos explosivos. Los comandantes de los equipos EXDE saben que tienen que adoptar todas las ayudas aquí establecidas de acuerdo a la situación que se presente, aprovechando las habilidades y destrezas de su equipo para contrarrestar eficientemente la amenaza establecida y negarle de esta forma éxitos al enemigo.

1.1 ¿QUÉ SON LOS EQUIPOS DE EXPLOSIVOS Y DEMOLICIONES?

Los equipos EXDE son unidades especiales entrenadas y capacitadas para la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos en el área de operaciones. Además, asesoran a los comandantes de las unidades de maniobra en la toma de decisiones para el procedimiento a seguir cuando se encuentren en una zona minada instalada por los grupos Narcoterroristas.

2.2 EMPLEO DE LOS EQUIPOS EXDE EN LAS OPERACIONES Y MANIOBRAS DEL COMBATE IRREGULAR

Con el fin de dar un correcto empleo a los equipos Exde en el desarrollo de las diferentes operaciones y maniobras del combate irregular se hace necesario que los comandantes en todos los niveles tengan en cuenta las capacidades de estos equipos para utilizarlos en las diferentes tareas que se desarrollan durante la ejecución de las operaciones y maniobras del combate irregular. A continuación se describe el propósito de cada operación y maniobra en las que se pueden emplear los equipos Exde y se relaciona una serie de tareas que estos pueden cumplir.

2.2.1. OPERACIONES

- Operaciones de Control territorial: Se busca proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del estado en un área determinada, teniendo en cuenta que los métodos a emplearse son a través de la ocupación, el registro, el control militar de área y el desminado.

Operaciones de seguridad y defensa de la fuerza: Se busca garantizar la defensa de un área determinada incluyendo tropas, información y recursos del estado; se realiza mediante los métodos de defensa de área, defensa móvil y repliegue.

- Operaciones de acción ofensiva: Se busca derrotar al enemigo decisivamente, en cuanto a su estructura armada, su infraestructura económica y las áreas de acumulación estratégica, se realiza mediante los métodos de ataques planeados y combates de encuentro.

Las tareas que pueden cumplir los equipos Exde en el desarrollo de estas operaciones son:

- a. Registrar puntos críticos para dar movilidad a la unidad de maniobra.*
- b. Instalación de sistemas protectivos*
- (...)"*

Así mismo, del manual de búsqueda y destrucción de artefactos explosivos improvisados denominado Manual EJC 3-56 se extrae lo siguiente

"(...) 28. ENCUENTRO CON UN CAMPO MINADO O ARTEFACTO EXPLOSIVO

a. Unidad en movimiento sin presión enemiga.

Al detectar el área minada la unidad debe:

El puntero al detectar algún elemento el cual tenga características de un artefacto explosivo improvisado hace alto, toma posición de seguridad y alerta la patrulla.

- Se pasa la voz hombre por hombre alertando sobre el posible campo minado y deja una señal visible cerca del artefacto.

- De ser posible dibuje el elemento.
- No toque o mueva elementos del terreno, trate de localizar un sistema de iniciación o de disparo.
- Una vez alertado el personal se debe retroceder por equipos de Combate por el mismo camino y pisadas, mínimo unos doscientos metros.
- Luego de estar en un área segura Informe al comandante de la unidad dando las coordenadas exactas de posible ubicación.
- Realice un registro visual a los alrededores verificando matas de monte, ramas de los árboles y barrancos.
- Realice un registro perimétrico de los alrededores donde se encuentre el posible campo minado, haciendo registro por fuego en aquellos puntos críticos.
- Apague todos los sistemas de comunicación que posea el personal de la patrulla (radios, celulares y posicionadores). - La patrulla debe observar disciplina y evitar la bulla cerca al área minada.
- Si la situación lo permite se solicita y espera el apoyo de los Equipos EXDE aplique los procedimientos para este caso sin olvidar que éste tiene limitaciones de acuerdo al criterio y análisis de la situación por parte del comandante se puede pedir un reconocimiento aéreo para desvirtuar que se trate de un área preparada o el inicio de una maniobra de atracción enemiga. (...)

De la lectura de la Misión Táctica “Serpiente”, el Despacho encuentra que, el objeto era realizar operaciones con el fin de combatir los diferentes grupos insurgentes que delinquen en el municipio del Chaparral - Tolima, aplicando diferentes métodos de ataque y en cumplimiento de los manuales de seguridad con el fin de garantizar el orden y seguridad a la población civil.

Para el Despacho es claro que, las diferentes operaciones adelantadas por el Ejército Nacional, se encuentran enmarcadas bajo el cumplimiento de una serie de manuales, cuyo objeto es el de garantizar la eficacia en el desarrollo de cada una de las maniobras desplegadas, con el fin de proteger y salvaguardar la integridad de cada uno de los miembros de dicha institución.

De la referida misión, se puede evidenciar la integración de información y análisis concerniente a la misión atribuida a la Brigada Móvil No. 20, indicando entre otras cosas, características del área de operaciones, recomendaciones y organización de los grupos guerrilleros que hacían presencia en dicha zona del país. En tal sentido, es claro que en la actividad militar, es de gran importancia la planeación de las diferentes operaciones que se van a ejecutar, adoptando medidas que contrarresten toda clase de riesgos, dotando al personal militar de las garantías de seguridad propias del servicio.

Así mismo, el Despacho advierte que debido a los diferentes mecanismos de ataque instituidos por los diferentes grupos subversivos, entre estos, el uso indiscriminado de

explosivos en las diferentes áreas de operaciones, especialmente en zonas rurales, se han visto afectados tanto la población civil como los miembros de la fuerza pública, lo que ha conllevado a la creación de herramientas que permitan apoyar a las diferentes unidades en la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos.

Por lo tanto, conforme al material probatorio allegado es claro que, grupos como el EXDE, tienen como misión apoyar las diferentes unidades militares en el desarrollo de operaciones y maniobras del combate irregular.

Es importante precisar que, la zona en donde se desarrollaba la misión, se caracteriza por la alta afluencia de miembros subversivos, por lo que, ante tal situación, era necesario la utilización de las diferentes herramientas en aras de salvaguardar la integridad de sus miembros.

En el presente asunto, el daño por cuya indemnización se demanda, se concretó con las lesiones sufridas por el Cabo Segundo **HARRY CRISTANCHO VALDÉS** el 12 de septiembre de 2012, la que se produjo en cumplimiento de una operación militar, al activar un artefacto explosivo uno de sus compañeros instalado por miembros de un grupo armado ilegal, situación que, daría lugar a inferir que las afecciones padecidas se causaron durante actividades propias del servicio y como consecuencia de un riesgo inherente a su profesión de militar, que desarrollaba en ese momento.

Del acervo probatorio obrante en el expediente, el Despacho observa que obra informe suscrito por el Comandante de la Compañía Bravo, en el que se realiza un recuento de los hechos acaecidos el día 12 de septiembre de 2012, de la siguiente manera:

*“Muy respetuosamente me permito informar al señor Mayor Comandante del Bacot No. 117 los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del presente año en donde resultó afectado por consecuencia de un artefacto explosivo improvisado el **PF. MARTÍNEZ CHIVARÁ JOSÉ** y el **CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY**.*

En cumplimiento de la misión asignada, la unidad realiza una infiltración con dirección sur oriente hacia el punto conocido como el pasaje. Durante esta maniobra y en desarrollo de la misma, se logran ubicar áreas campamentarias y corredores de movilidad utilizados por los bandidos que sumados a indicios establecidos en días anteriores determinaban la ubicación de un grupo del sistema rival. Nuestro objetivo era establecer dicha ubicación y lograr reducir esta amenaza. Para ello la compañía abre una senda de infiltración a través de la maraña. En el transcurso de esta actividad se ubica un trillo fresco de aproximadamente 03 bandidos los cuales la habían atravesado aproximadamente hacia dos horas y conducir a la parte baja de un cañón en donde estaba ubicada la quebrada la Lindoza.

*Al tener este indicio, se registró con el grupo EXDE y el guía canino compuesto por el binomio **PF. MIELES MARTÍNEZ DANIEL** y su ejemplar Mateo, se logra establecer que se encuentra libre de AEI, posterior a esto se realiza un PRO para iniciar con registro escudero sobre el sector.*

*La unidad se divide en dos grupos, uno de ellos al mando del **CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY** quien tomaría como eje de avance la parte baja y el otro grupo se iría por la parte alta, garantizando el apoyo y las comunicaciones y estaría al mando*

mío.

Al iniciar la maniobra se hace el cambio del canino debido a que lleva unos 20 minutos trabajando y se encuentra agotado.

*Para este trabajo asume el binomio compuesto por el **PF. MENDOZA SUAREZ JHON** y el ejemplar Tayson, quienes habían ingresado al área el día 07 de septiembre después de haber pasado 45 días de vacaciones.*

Este equipo empieza el avance efectuando todas las técnicas para la detección de los AEI una vez registro el trillo, la unidad avanza pero es en ese momento cuando el puntero del grupo pisa el A.E.I. sufriendo amputación del miembro inferior izquierdo y a su vez afecta en la cara al Cabo, quien llevaba el mando de ese equipo.

Es importante establecer que el guía canino ya había registrado el sitio y el ejemplar nunca marcó este artefacto, además el binomio ya había avanzado y se encontraba a unos 40 metros aproximados de ese sitio continuando con su registro.

*Una vez ocurren los hechos, los enfermeros de combate se agrupan en el sitio con el fin de sacar al personal afectado para ser atendidos mientras que el grupo EXDE certifica nuevamente el sector para poder sacar al el **PF. MENDOZA** y a su binomio, el cual habían quedado más adelante del sitio de los hechos.*

Se inicia con la estabilización de los heridos y su desplazamiento hacia la parte alta, en ese momento se trata de sacar comunicación para informar los hechos, pero es imposible por la configuración del terreno, pasado 20 minutos se alcanza la parte alta y es allí cuando se puede informar al comando superior la novedad presentada.

Se alista un helipuerto para su extracción aeromédica”.

El Despacho advierte que la prueba anteriormente referida no fue objeto de tacha por las partes, por lo que se le dará plena validez a la misma.

La declaración extra juicio de Harry Christian Cristancho Valdés, obrante en el folio 19 del cuaderno principal sobre la ocurrencia de los hechos objeto de litigio de la presente demanda no se valorará, pues no fue ratificada en esta sede judicial. El artículo 188 del CGP establece que los testimonios rendidos, ante notario o alcalde, sin citación de la persona contra quien se aducen en el proceso, destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, deben ser ratificados conforme al artículo 222 del mismo precepto, en caso contrario el testimonio no tendrá valor.

Adicionalmente, de los testimonios recaudados en el trámite del proceso, el Despacho advierte que los mismos no guardan congruencia entre sí, en tanto que existen diferencias en las versiones de los testigos, en ciertas circunstancias, una de estas, tiene relación con los integrantes del grupo EXDE que se encontraban en el lugar de los hechos.

De la declaración rendida por el señor **JOSÉ MARTÍNEZ CHIVARÁ**, el Despacho observa que el día de los hechos, el comandante de la compañía es decir el Capitán Santos Caballero, ordenó hacer un descanso con el fin de que la compañía almorzara, posterior a ello, él ordenó que una escuadra saliera a hacer un registro perimetral, de la cual estaba a cargo el hoy demandante el señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS**, al momento de hacer dicho

desplazamiento aproximadamente de unos 500 o 600 metros del lugar donde se encontraba almorzando la compañía se presentó la activación del artefacto explosivo.

Sin embargo, de la anterior declaración se evidencia que no es congruente con las declaraciones hecha en la apertura de la investigación preliminar, puesto que el señor José Martínez Chivará le manifestó al Despacho que, el capitán les había dado la orden a la escuadra que estaba bajo el mando de **HARRY CISTANCHO VALDÉS** de hacer el registro de profundidad. No obstante, de las declaraciones rendidas por el **CT SANTOS CABALLERO EDUARDO**, el **SLP LANDEROS GUZMAN DARWIN ALFONSO** y el **SLP MELENDRES HERNANDEZ JULIO RAFAEL**, en la apertura de la investigación preliminar, coinciden al manifestar que la compañía se dividió en dos grupos para hacer el registro de la zona.

Adicionalmente, el Despacho encuentra que la declaración del señor José Martínez Chivará carece completamente de imparcialidad, en la medida que por una parte se observa que fue la persona que directamente activó el artefacto explosivo, y en consecuencia a ello, por resultar lesionado, también elevó una demanda en contra de la entidad aquí demandada, lo que permite inferir que su relato está encaminado a establecer una responsabilidad, pues nótese que afirmó que, al momento de que la escuadra fuera a hacer el registro de la cual hacia parte el declarante y también demandante en otro proceso, solo contaban con la presencia del binomio, lo que no se avizora con las otras declaraciones.

Así mismo, en su declaración, inicialmente indicó que si hacían presencia otros miembros del grupo EXDE como el detectorista quien venía detrás, para luego afirmar solo contaban con el binomio, incongruencias que generan que su declaración adolezca de credibilidad, y más aún cuando en estructura jerárquica, para el momento de los hechos estaba bajo el mando del aquí demandante.

En este orden de ideas, para el Despacho es claro que la declaración rendida en el presente proceso por parte del señor José Martínez Chivará, carece de coherencia, por lo que no es factible dar credibilidad al mismo, en tanto que este genera duda y no da claridad respecto de la orden impartida por el mando para que acaecieran los hechos objeto de controversia.

De igual manera, se advierte, que en el momento en el que fue activado el artefacto explosivo por parte del señor José Martínez Chivará, resultó lesionado el señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS**, sufriendo trauma ocular, trauma acústico y corneas y parpados con leucoma, circunstancia que reprocha la parte actora toda vez que, no se contaba con el grupo EXDE.

Ahora bien, de las declaraciones rendidas dentro de la investigación preliminar se observa que, el EXDE al registrar la zona se encuentra libre de AEI, lo que permite hacer un registro escotero sobre el sector. Para dicho registro la unidad se dividió en dos grupos de maniobra uno al mando del soldado **HARRY CISTANCHO VALDÉS** y el otro al mando del Capitán **EDUARDO SANTOS CABALLERO**.

Al iniciar la maniobra se hace cambio de canino puesto que llevaba 20 minutos trabajando y se encontraba agotado, cuando se hace el cambio de canino, el equipo inicia con el avance efectuando todas las técnicas para la detección de los AEI, una vez registra el trillo la unidad

avanza pero es en ese momento cuando el puntero José Martínez Chivará pisó el AEI sufriendo amputación del miembro inferior izquierdo y a su vez afectó en la cara a **HARRY CISTANCHO VALDÉS**. Es importante establecer que el guía canino efectuó todas las técnicas establecidas para el registro del sector y el ejemplar nunca marcó este artefacto, además el binomio ya había avanzado y se encontraba a unos 440 metros aproximados de este sitio, continuando con su registro.

En este punto, el Despacho resalta que la parte actora no acreditó que el canino no hubiera sido entrenado en debida forma y que el mismo careciera de las condiciones para efectuar la labor.

Bajo ese entendido, y de conformidad con las declaraciones hechas por el **CT SANTOS CABALLERO EDUARDO**, **SLP LANDEROS GUZMAN DARWIN ALFONSO**, **SLP MELENDRES HERNANDEZ JULIO RAFAEL** y **SLP MENDOZA SUAREZ JOHN JAIRO**, en el expediente disciplinario tantas veces citado, concuerdan en determinar que: (i) se registró la zona con el grupo EXDE y el guía canino con el binomio se logra establecer que se encontraba libre de AEI, lo que le permitió realizar un registro en el sector dividiéndolo en dos grupos (ii), uno de ellos al mando del CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY quien tomaría como eje de avance la parte baja, y el otro grupo se iría por la parte alta garantizando, quien estaban al mando del capitán (iii) al iniciar al registro se hace cambio de canino conformado por el binomio compuesto por el PF. MENDOZA SUAREZ JHON y el ejemplar TAYSON quienes habían ingresado al área el 7 de septiembre después de haber pasado 45 días de vacaciones (iv) al momento de hacer el registro el guía canino realizó todas las técnicas para la detección de los artefactos explosivos, una vez registra el trillo la unidad avanza, pero es en ese momento cuando el puntero PF. MARTINES CHIVARA pisa el AEI sufriendo amputación del miembro inferior izquierdo y a su vez afecta en la cara al CS. CRISTANCHO VALDÉS HARRY quien llevaba el mando de ese grupo de maniobra.

Sobre el particular, el Despacho advierte que en casos como el que aquí se estudia, no es factible afirmar que en diferentes trayectos que implique la movilidad de la tropa o de uno de sus miembros, se deba implementar el uso de los equipos EXDE, en tanto que dicha situación depende de los aspectos que rodean el área en donde se encuentre el grupo militar y la disposición de estos. Por lo que, descendiendo al caso objeto de análisis, una vez realizado un registro de la zona y al no detectarse la presencia de algún tipo de dispositivo por parte del canino, se impartió orden por parte del comandante a la escuadra que estaba a cargo del mismo señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS** de realizar un registro de la zona, momento en el que acaecieron los hechos objeto de controversia tal y como se desprende del informe administrativo por lesiones y los informes que sirvieron para la elaboración del mismo, sin que se advierta algún tipo de omisión tal y como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante.

Ahora bien, en relación a los cargos endilgados por el apoderado de la parte demandante, el Despacho advierte que, en el presente asunto, la falla en el servicio se constituyó por las presuntas omisiones en que se incurrieron en el desarrollo de una misión, en la que a juicio de la parte demandante no se adelantaron las respectivas labores de registro e inspección de elementos explosivos, por parte de grupos especializados, como lo es el grupo EXDE.

En consecuencia, es claro que la presencia del grupo EXDE o alguno de sus integrantes es

importante en este tipo de operaciones, con el fin de minimizar los riesgos que se presentan al transitar por determinadas zonas, no obstante, la presencia de este grupo no contrarresta la concreción de diversos riesgos por parte de los miembros de la tropa, toda vez que en cada desplazamiento que se realiza en cumplimiento de una orden, se encuentra inmerso un peligro respecto de la activación de distintos artefactos explosivos, contingencia que es asumida al momento del ingreso al Ejército Nacional como Soldado Profesional.

En tal sentido, es dable precisar que atendiendo la modalidad con la que actúan los grupos insurgentes, en múltiples ocasiones aun contando con la totalidad de integrantes que conforman el grupo EDXE, se dificulta la localización y destrucción de artefactos explosivos y es inevitable que se causen daños en la integridad de los miembros de la fuerza pública.

Por lo tanto, es claro que, a pesar de contar con equipos especiales, no es posible garantizar la integridad de los miembros de los pelotones, en tanto que la detección y ubicación de campos minados es de alta complejidad, atendiendo las técnicas utilizadas por parte de los grupos al margen de la Ley.

De igual manera, se advierte que, si bien se han expedido una serie de protocolos en la que se plasman una serie de procedimientos para lograr la detección y posterior destrucción de artefactos explosivos a través de grupos especializados, en aras de preservar la integridad de la población civil y militar, en muchas ocasiones debido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no es posible dar cumplimiento a lo allí establecido.

Así las cosas, para el Despacho es claro que si bien en el caso objeto de estudio se contaba con el grupo EXDE en desarrollo de los hechos objeto de controversia, se encontraba una herramienta fundamental en la búsqueda de explosivos, ya que debido al desarrollo del sentido del olfato del canino, este le permite detectar la presencia de explosivos con mayor facilidad convirtiéndose en uno de los métodos más efectivos de detección de minas, en comparación con las demás herramientas que integran el equipo de explosivos.

Para el despacho, al haberse empleado solamente el uso de un canino o cambio de canino no da cuenta de una posible falla en el servicio, en tanto que, dicho método es uno de los más seguros al momento de realizar la búsqueda de artefactos explosivos, y no se encuentra acreditado que el canino no tenía la preparación, tal y como aduce el señor José David Martínez en su declaración rendida en ésta sede judicial, es claro que la tropa llevaba realizando la etapa de registro por varias horas y para el capitán se tenía que hacer el cambio del canino, circunstancia que a juicio del Despacho cumplió de manera fehaciente el primer registro que se ha podido realizar sobre la zona, pues tal como lo fue manifestado por el primero de los testigos en mención, el canino era la primera medida de revisión que se ordena sobre una zona en la cual se sospecha la presencia de artefactos explosivos.

Por lo que, se encuentra acreditado que no se aumentó la situación de riesgo y exposición a un atentado por parte de la tropa, a quien se le dio aviso de la presencia de un área preparada y pudo gestionar las órdenes a fin de mitigar dicha amenaza, lo que no generó el sometimiento de un riesgo superior a la tropa, en relación con las demás unidades

Por otro lado, no se acreditó que, de haberse utilizado algún otro elemento de detección, se hubiere evitado el accidente en el que resultó lesionado el señor **HARRY CISTANCHO**

VALDÉS, por lo que, para el Despacho es claro que al emitirse las respectivas órdenes en uso de sus facultades y atendiendo la verificación realizada por el canino en el área en la que se encontraban, dicha circunstancia no logra comprometer la responsabilidad de la entidad demandada.

De igual manera, en el caso que nos ocupa tenemos que, el señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS** de manera voluntaria se sometió a los riesgos propios de la actividad militar, entre los que se encontraba la posibilidad de sufrir lesiones o incluso la muerte por las acciones desplegadas por grupos insurgentes, sin que se advierta que los daños padecidos por la víctima se originaron con ocasión a la falta de previsión, organización y aplicación de protocolos por parte de la institución militar.

En este orden de ideas, es dable afirmar que en el caso que nos ocupa no se advierte que la entidad demandada haya incurrido en algún tipo de omisión o que se haya sometido al demandante a riesgos superiores a los que normalmente debía afrontar en las actividades propias de la labor que adelantaba.

Lo anterior atendiendo que, no se advierte que se haya sometido al demandante a un riesgo excepcional, atendiendo el rango que ostentaba el demandante en tanto que, de las pruebas allegadas se advierte que el **SLP. Martínez Chivará José** también sufrió lesiones, toda vez que fue él, quien detonó el artefacto explosivo, **en un área que ya había sido registrada por parte del canino, hechos que acaecieron el mismo día en los que se resultó lesionado el aquí demandante.**

En tal sentido, no es dable indicar que por parte de la entidad demandada se haya sometido al actor a riesgos que no estaba en capacidad de soportar, dada la actividad que desarrollan los integrantes del Ejército Nacional o que atendiendo la escala de mando se haya presentado un trato desigual, que haya conllevado a la concreción de la situación que causó la lesión al señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS**.

Aunado a lo anterior, debe ponerse de presente que en gracia de discusión, al contarse con los demás miembros del grupo EXDE, siendo el aquí demandante, el señor **HARRY CISTANCHO VALDÉS**, el comandante de la escuadra en la que se movilizaba, era este el que debía impartir las órdenes de cómo se debía realizar el procedimiento de registro y determinar la utilización o no de los demás equipos del grupo EXDE, de manera que, su no uso, obedeció a las directriz impartida por la misma víctima, configurando este aspecto una circunstancia que exonera de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, pues el avance que se realizó bajo la premisa de no haberse detectado artefacto alguno por el canino, se hizo por su aprobación, pues no de otra forma su tropa hubiese procedido así.

Por lo que, con fundamento en las pruebas obrantes en el presente caso, y basado en los hechos acreditados en esta causa, no se logra demostrar la responsabilidad que se le atribuye a la entidad demandada.

6. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los

perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones padecidas por el señor **HARRY CISTANCIO VALDÉS**, cuando ejerciendo actos propios del servicio, resultó lesionado por la detonación de una mina antipersona, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrada una falla atribuible a la entidad demandada.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

AMR



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-00107-00
Demandante :	Video y Comunicaciones Ltda. - VIDYCOM
Demandado :	Sociedad Hotelera Tequendama S.A.

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
SENTENCIA No. 125**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, la sociedad Video y Comunicaciones Ltda. - VIDYCOM presentó demanda, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, contra la Sociedad Hotelera Tequendama S.A., a efectos de que se declare:

- La nulidad de la Resolución No. 2011204000157-4 del 7 de diciembre de 2011 por la que, se liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008 y de la Resolución No. 201204000004-4 de 5 de enero de 2012 mediante la que, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera confirmándola en su totalidad.
- El incumplimiento del contrato de arrendamiento simple de bienes muebles SHT 21001442/042-2008 del 1º de julio de 2008 por parte de la demandada. Así mismo, se declare que la sociedad demandada notificó a la demandante el 10 de noviembre de 2011, su voluntad de dar por terminado el citado contrato.
- En consecuencia de lo anterior, declarar que el contrato de arrendamiento simple de bienes muebles SHT 21001442/042-2008 fue prorrogado hasta el mes de diciembre de 2011 y además que, se ordene a la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. pagar los meses de arrendamiento del periodo comprendido entre el mes de septiembre y diciembre de 2011, así como los intereses moratorios de los meses de julio y agosto de 2011 hasta la fecha del pago efectivo, esto es, el 10 de noviembre de 2011, así

como el excedente de los cánones de arrendamiento de los meses de julio y agosto.

- Finalmente, solicitó que se declarara que la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. como manifestó el 10 de noviembre de 2011 su voluntad de ejercer la opción de compra sobre los elementos arrendados, debía pagar el valor equivalente a los 3 últimos cánones cancelados, así como las indemnizaciones por los perjuicios que resultaran probados en el proceso (f. 2 y 3 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el 1º de julio de 2008 la sociedad VIDYCOM suscribió contrato de arrendamiento simple de bienes muebles SIIT21001442/042-2008 con la sociedad Hotelera Tequendama S.A. entregándole a título de arrendamiento 28 elementos que componían el sistema integral de acceso y salida vehicular del parqueadero Tequendama, debidamente instalados y en correcto estado de funcionamiento, cuyo plazo de ejecución inicialmente era de 6 meses comprendido entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2008.

Indicó además que, en el citado contrato se acordó que, se entendería prorrogado por voluntad de las partes, si ninguna de las partes avisaba a la otra como mínimo con 15 días de anticipación al vencimiento del término de duración inicial o cualquiera de sus prorrogas, su intención de darlo por terminado.

Sostuvo que, el valor del contrato ascendió a la suma de \$60.063.600, los que indicó haber sido cancelados a su poderdante en 6 pagos.

Añadió que, el contrato de arrendamiento fue objeto de 4 modificaciones, a saber:

- No. 1 prorrogó su término de duración en 12 meses comprendidos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2009 y adicionó la suma de \$129.136.776 equivalente a un canon mensual de \$10.761.398.
- No. 2 igualmente prorrogó el término de duración en 12 meses comprendidos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2010 y adicionó la suma de \$135.593.578 equivalente a un canon mensual de \$11.299.465.
- No. 3 prorrogó el término de duración en 6 meses comprendidos entre el 1º de enero y el 30 de junio de 2011 y adicionó la suma de \$67.796.790 equivalente a un canon mensual de \$11.299.465.
- No. 4 igualmente prorrogó el término de duración en 2 meses comprendidos entre el 1º de julio y el 31 de agosto de 2011 y adicionó la suma de \$22.598.930 equivalente a un canon mensual de \$11.299.465.

Indicó que, el 3 de noviembre de 2011 la sociedad Hotelera Tequendama depositó en el Banco Agrario los cánones de arrendamiento de los meses julio y agosto de 2011 a favor de VIDYCOM, depósitos que le fueron notificados el 10 de noviembre de 2011.

Relató que, para el 10 de noviembre de 2011 presentó ante la demandada las facturas No.

42411, 42412, 42423 por los cánones de arrendamiento de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011 y que posteriormente, dichas facturas fueron rechazadas bajo el argumento que el contrato había terminado en debida forma el 31 de agosto de 2011, fecha en la que la sociedad hotelera había accedido a la propiedad de los bienes muebles entregados en arrendamiento.

Aseguró además que, pese a que de acuerdo a la modificación No. 4 del contrato, el canon ascendía a la suma de \$11.299.465, la demandada canceló en el mes de junio la suma de \$10.130.553 adeudando la suma de \$1.168.912 por canon del mes de junio la suma de \$1.168.912 y por canon de agosto la suma de \$1.168.912 por haber ejercido la opción de compra y que, de acuerdo a la cláusula décimo tercera del contrato que indicaba que, al hacer uso de la opción de compra debía cancelarse el equivalente al valor de los últimos 3 cánones de arriendo, la demandada adeudaba la suma de \$26.105.666.

El 7 de diciembre de 2011, a través de su representante legal, la sociedad Hotelera Tequendama S.A. liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento 042 de 2008 mediante la Resolución No. 2011201000157-4 del 7 de diciembre de 2011 y en desacuerdo con dicho acto administrativo, la demandante interpuso recurso de reposición, resuelto mediante Resolución No. 2012204000004-4 de 5 de enero de 2012 confirmándola en su totalidad.

Aseguró que, la demandada carecía de facultad para dar por terminado de manera unilateral el contrato de arrendamiento, aunado a que, no comunicó con anterioridad al 15 de agosto de 2011, su decisión de dar por terminado el contrato de arrendamiento vigente hasta el 31 de agosto de 2011 conforme a la modificación No. 4.

No obstante lo anterior, señaló que si bien para la entidad el hecho de no haber manifestado expresamente su voluntad de terminar el contrato con fecha 31 de agosto de 2011, el hecho de haber presentado opción de compra constituía una manifestación inequívoca de la terminación contractual, de manera que, la entidad incumplió su obligación consagrada en la cláusula 2 del contrato como lo era, dar aviso de 15 días de anticipación al vencimiento del contrato.

Sostuvo que, el 15 de diciembre de 2011, la sociedad Vidycom presentó solicitud de conciliación a la entidad demandada para que cancelara las sumas adeudadas por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011 y posteriormente, acudió ante el Ministerio Público para agotar el requisito de procedibilidad.

Posteriormente, Vidycom radicó el 10 de diciembre de 2013 acción contractual contra la sociedad Hotelera Tequendama correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 35 Administrativo de Bogotá bajo el No. 2013-499 y en audiencia inicial celebrada el 5 de mayo de 2016, declaró la falta de jurisdicción debido a la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, ordenando la remisión del expediente a la Cámara de Comercio de Bogotá.

El 17 de junio de 2016, la sociedad Vidycom presentó demanda arbitral asignándose como árbitro al señor Emilio José Archila. Posteriormente, mediante Acta No. 5 del 15 de marzo de 2017, el Tribunal de Arbitramento se declaró no competente para conocer y resolver de fondo las diferencias sometidas a su conocimiento, decisión que fue objeto de reposición

por las partes, resuelto en el sentido de confirmar la decisión. Finalmente, puso de presente lo previsto en la Ley 1563 de 2012 que prevé *“para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el Centro de Arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días para instaurar la demanda ante el juez competente”*, razón por la que, instauró el presente medio de control (f. 1 a 16 y 186 a 198 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2018, la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que se configuraba la ineptitud de la demanda al no haber atacado la nulidad de los actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato y declaraban a paz y salvo a las partes, al mismo tiempo que, la acción se encontraba caducada respecto de las pretensiones de dichos actos administrativos.

Adicionalmente, argumentó que este Despacho carecía de competencia para conocer el presente asunto, debido a que se encontraba pendiente de dirimir el conflicto de competencia negativo suscitado entre la jurisdicción contenciosa administrativa y la jurisdicción arbitral para conocer la misma y finalmente, sostuvo que las pretensiones eran contrarias a la realidad fáctica y carecían de fundamentos jurídicos que ameritaran un pronunciamiento favorable.

Indicó que la parte actora erraba al considerar que, la opción de compra prevista en el contrato implicaba el pago de la suma equivalente al valor de los 3 últimos cánones de arrendamiento, cuando en realidad la cláusula décimo tercera del contrato, advirtió que podía hacerse uso de la opción de compra por un valor no superior a una suma equivalente a los 3 últimos cánones de arrendamiento cancelados, es decir, que la suma no podía superar el valor de 3 cánones y no que, correspondía al valor de 3 cánones como erróneamente lo señaló la demandante.

Afirmó que, carecía de veracidad la afirmación de que la sociedad incurrió en mora en el pago de los cánones desde el mes de junio de 2011 sin explicación alguna, cuando lo que verdaderamente ocurrió fue que, el arrendador omitió la devolución oportuna de la última modificación del contrato debidamente firmada, que prorrogó el plazo entre el 1º de julio hasta el 31 de agosto de 2011, considerando que existía la imposibilidad legal de pagar dichos cánones de arrendamiento.

Sin embargo, advirtió que, ante la omisión del arrendatario de devolver la modificación suscrita debidamente firmada, procedió a consignar el valor de los cánones de julio y agosto de 2011 a través de títulos de depósito del 3 de noviembre de 2011 que fueron puestos en conocimiento al arrendatario el 10 de noviembre de 2011.

Aseguró que, la demandante efectivamente presentó las facturas para el cobro de los cánones de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011, las que afirmó haber sido devueltas por la sociedad el 21 de noviembre de 2011 al considerar que, el contrato de arrendamiento había finalizado el 31 de agosto de dicha anualidad al optar por la compra de los bienes arrendados, por lo que, no procedía el cobro de los mismos.

Alegó que, el 14 de junio de 2011 manifestó a la sociedad arrendataria la voluntad de

prorrogar el contrato entre el 1º de julio y el 31 de agosto de 2011 e igualmente, le informó su intención de hacer uso de la opción de compra de los equipos que se encontraban instalados en su parqueadero, por lo que adujo que, si bien no hizo una manifestación expresa de terminar el contrato, lo cierto era que, el hecho de autorizar la prórroga solo hasta el 31 de agosto y advertir la voluntad de comprar los elementos, permitía concluir la terminación del contrato y la consecuente opción de compra, dando cumplimiento a lo previsto por el contrato (f. 253 a 282 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 25 de abril de 2017 (f. 181 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 18 de mayo de 2017, se inadmitió la demanda (f. 183 y 184 c. principal).

Mediante auto de 24 de julio de 2017, el Despacho rechazó la demanda por no haber corregido las falencias advertidas (f. 204 a 206 c. principal). Decisión que fue objeto de recurso de apelación, concedido mediante auto del 14 de septiembre de 2017 (f. 223 c. principal).

En decisión del 15 de noviembre de 2017, la Subsección B Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desató el recurso, en el sentido de revocar el auto de 24 de julio de 2017 y en consecuencia, se procediera a estudiar la admisión de la demanda (f. 228 a 230 c. principal).

En cumplimiento a lo dispuesto por el Superior, por auto proferido el 11 de mayo de 2018, se admitió la demanda (f. 236 c. principal).

Mediante auto de 27 de mayo de 2019 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 322 c. principal).

En audiencia inicial celebrada el 3 de septiembre de 2019 se negaron las excepciones previas formuladas decisión contra la que se formuló recurso de apelación, concedido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 330 a 332 c. principal).

Posteriormente, mediante escrito radicado el 4 de septiembre de 2019 la entidad demandada desistió del recurso interpuesto (f. 333 c. principal), razón por la que, por auto del 11 de septiembre de 2019 se aceptó el desistimiento formulado y se fijó fecha para la continuación de la audiencia inicial (f. 336 c. principal).

El 22 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 476 y 477 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 6 de noviembre de 2019, el apoderado judicial de la **parte actora** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en particular, el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, el período de ejecución, la mora en el pago por parte de la demandada desde el mes de julio de 2011,

así como, los depósitos realizados al Banco Agrario el 3 de noviembre de 2011.

Indicó que, nunca recibió la comunicación de 14 de junio de 2011 suscrita por la demandada, no obstante, de su lectura se acreditaba, que su intención era solo notificar la prórroga del contrato 042 de 2008, más no comunicó la intención de terminarlo y que si bien manifestó en esa oportunidad la opción de compra de los equipos en arriendo, también lo era que, no realizó actuaciones posteriores que acreditaran su voluntad definitiva, más aún, cuando nunca se le indicó por parte de la demandante, la aceptación de dicha propuesta ni mucho menos se fijó el valor de adquisición de los equipos, por lo que, no podía establecerlo el arrendatario.

Frente al acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato insistió en que, se encontraba viciado de nulidad, en primer lugar, debido a que, la sociedad Hotelera Tequendama S.A. carecía de competencia para expedirlo al ser una empresa industrial y comercial del Estado, pues dicha competencia extraordinaria recaía en las entidades públicas en los términos de la Ley 489 de 1999.

Insistió en que, el acto estaba viciado de falsa motivación en la medida que, se basó en hechos alejados de la realidad, como lo era, la comunicación de la voluntad de dar por terminado el contrato, cuando en realidad al no comunicar su voluntad de terminarlo, se ha venido prorrogando conforme a la cláusula segunda del mismo hasta el mes de diciembre de 2011, debido a que solo hasta el 10 de noviembre de 2011, la aquí demandada manifestó su voluntad de dar por terminado el contrato. Aunado a lo anterior, advirtió que, los valores depositados en noviembre de 2011 a favor de la demandante, no correspondían a los últimos valores pactados por las partes mediante la modificación No. 4, razón por la que, no se encontraban a paz y salvo de las sumas derivadas del contrato como se aseguró en el acto acusado.

Por lo anterior, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, debido a que la aquí demandada abusó de sus derechos causando los perjuicios que advirtió encontrarse demostrados en el plenario (f. 403 a 494 c. principal).

La **parte pasiva** radicó sus alegaciones finales el 5 de noviembre de 2019, reafirmando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda. Resaltó que, las actuaciones de la sociedad estaban amparadas de legalidad, en particular, la opción de compra de los elementos objeto del contrato de arrendamiento No. 042 de 2008, el aviso de terminación del mismo, así como el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la opción de compra y la competencia para liquidar unilateralmente el contrato.

Insistió además en que, comunicó a Vidycom su deseo de terminar el contrato mediante comunicación del 14 de junio de 2011, así mismo que, no podía exigir el pago de unos cánones de arrendamiento presuntamente adeudados ni mucho menos la declaratoria de incumplimiento del contrato, toda vez que, fue quien incumplió las obligaciones contractuales, en el sentido que, nunca devolvió debidamente firmada a la Sociedad Hotelera Tequendama la Modificación No. 4 del contrato, así como tampoco, le informó el valor a cancelar por la opción de compra, lo que obligó a cancelar los cánones de julio y agosto y un canon adicional por concepto de opción de compra de los elementos arrendados a través de depósitos judiciales.

Finalmente, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda al confirmarse la legalidad de los actos administrativos que liquidaron el contrato, así como el cumplimiento contractual por parte de la sociedad (f. 479 a 482 c. principal).

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente evento, la decisión proferida por la Sociedad Hotelera Tequendama contenida en las Resoluciones No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 y No. 2012201000004-4 del 5 de enero de 2012 de liquidar unilateralmente el contrato de arrendamiento de bienes muebles SIIT210.014.42/042-2008 del 1º de julio de 2008, se ajustó a la legalidad.

Adicionalmente, deberá dilucidarse si la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. incumplió las obligaciones contractuales adquiridas en el contrato de arrendamiento de bienes muebles SIIT210.014.42/042-2008.

Así mismo, se determinará si la comunicación suscrita el 14 de junio de 2011 por la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. constituye una manifestación expresa de declarar la terminación del contrato por haber solicitado la opción de compra o si por el contrario, la relación contractual finalizó por la expiración del plazo contractual.

Finalmente, se determinará si resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios que reclama la parte actora.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2 De lo probado en el proceso.

El 1º de julio de 2008, la sociedad Hotelera Tequendama S.A. y la sociedad Video y Comunicaciones - VIDYCOM Ltda. suscribieron el **Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles SHT210.014.42/042-2008**, cuyo objeto se estableció en los siguientes términos:

"EL ARRENDADOR entrega al ARRENDATARIO a título de arrendamiento simple y este recibe de aquel al mismo título los siguientes bienes muebles de su propiedad que componen el sistema integral de acceso y salida vehicular del parqueadero Tequendama, debidamente instalados y en correcto estado de funcionamiento:" (f. 24 vto. c. principal).

Contrato que inicialmente se ejecutó entre el 1º de julio de 2008 y hasta el 31 de diciembre del mismo año (f. 25 c. principal).

Respecto de dicho contrato, se suscribieron las siguientes modificaciones:

Modificación No. 1: Suscrita el 1º de enero de 2009 en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en 12 meses, es decir, desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2009 y se adicionó el valor del contrato en la suma de \$129.436.776 para un canon mensual de \$10.761.398 (f. 28 c. principal).

Modificación No. 2: Suscrita el 1º de enero de 2010 en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en 12 meses, es decir, desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2010 y se adicionó el valor del contrato en la suma de \$135.593.578 para un canon mensual de \$11.299.465 (f. 29 y 30 c. principal).

Modificación No. 3: Suscrita el 1º de enero de 2011 en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en 6 meses, es decir, desde el 1º de enero al 30 de junio de 2011 y se adicionó el valor del contrato en la suma de \$67.796.790 para un canon mensual de \$11.299.465 (f. 31 y 32 c. principal).

Modificación No. 4: Suscrita el 1º de julio de 2011 en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en 2 meses, es decir, desde el 1º de julio al 31 de agosto de 2011 y se adicionó el valor del contrato en la suma de \$22.598.930 para un canon mensual de \$11.299.465 (f. 33 c. principal).

Dentro de las cláusulas relevantes del precitado contrato, se resaltan las siguientes:

➤ **“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. - OPCIÓN DE COMPRA O DE RENOVACIÓN TECNOLÓGICA:** En el evento de que por voluntad de las partes la duración del presente contrato se extienda a por lo menos treinta y seis (36) meses, EL ARRENDATARIO podrá: 1) Hacer uso de la opción de compra a su favor de los bienes objeto contractual, en cuyo caso el valor de la compra no podrá ser superior a una suma equivalente a los tres últimos cánones de arrendamiento cancelados, en cuyo caso deberá el ARRENDATARIO dar aviso al ARRENDADOR de su voluntad de compra, mediante comunicación por escrito, mínimo con quince (15) días de antelación a la fecha de terminación del mismo 2) Hacer una renovación tecnológica de los quipos, en cuyo caso las partes pactarían las condiciones de dicha renovación y el nuevo canon de arrendamiento.” (f. 26 vto. c. principal).

➤ **“CLAUSULA DECIMO OCTAVA. – LIQUIDACIÓN:** El presente contrato se liquidará de conformidad con lo establecido en el Capítulo XV de la resolución No. 133 de diciembre 22 de 2007.” (f. 27 c. principal).

Se acreditó además que, la Sociedad Hotelera Tequendama suscribió comunicación dirigida al Gerente de VIDYCOM, en los siguientes términos:

“El presente tiene por objeto informarle que de acuerdo a la CLAUSULA SEGUNDA-PARAGRAFO PRIMERO: el presente contrato podrá ser prorrogado por voluntad de las partes, lo cual se entiende sin ninguna de ellas avisa a la otra mínimo con quince (15) días de antelación al vencimiento de la duración inicial o cualquiera de sus prorrogas por el término de un (1) mes, del contrato principal celebrado entre la SOCIEDAD HOTELERA

TEQUENDAMA y la firma VIDYCOM LTDA, el contrato será prorrogado por dos (2) meses a partir del primero (1) de Julio de 2011 hasta el 31 de Agosto de 2011.

Sea la oportunidad para informarles que, en desarrollo de lo pactado en la cláusula décimo tercera del contrato SHT210.014.42/042-2008, la Sociedad ha decidido hacer uso de la opción de compra de los equipos actualmente instalados en el parqueadero, para lo cual comedidamente solicito determinar el valor de adquisición conforme a lo pactado.” (f. 310 c. principal).

Oficio del que se acreditó su remisión el 15 de junio de 2011 a la Sociedad VIDYCOM y recibido en la misma fecha (f. 311 y 312 c. principal).

Se acreditó además que, el 10 de noviembre de 2011 la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. requirió a la sociedad VIDYCOM Ltda. en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta la conducta renuente adoptada por el representante legal de esta Sociedad Doctor ELKIN FERNANDO VELILLA LONDOÑO, en el sentido de desconocer injustificadamente la opción de compra que le asiste a la Sociedad arrendataria por haber hecho uso oportuno del derecho consagrado en la cláusula décimo tercera del contrato de arrendamiento No. 042 de 2008, con toda atención me permito hacerles llegar los originales de los títulos de Depósito de Arrendamiento No. 2382171, 2382172 y 2382173 de fecha noviembre 3 de 2011, expedidos por el Banco Agrario de Colombia, por valor de \$10.130.553 cada uno, mediante los cuales la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. cancela a VIDYCOM LTDA los cánones adeudados por los meses de julio y agosto de 2011, así como el valor que corresponde a la opción de compra, con lo cual se termina en debida forma la relación contractual.

Terminada como está la relación contractual derivada del contrato de arrendamiento No. 042 de 2008, junto con sus cuatro (04) modificaciones bilaterales, procede entonces la liquidación del mismo, para lo cual se le cursa formal invitación para que en el término de cinco (05) días contados a partir del recibo de la presente comunicación, se haga presente en las dependencias de esta Gerencia Administrativa y Financiera, ubicada en la carreta 13 No. 26-30, Piso 3º, de Bogotá, con el fin de proceder a liquidar bilateralmente el citado contrato.

Si transcurrido el término en mención usted o un delegado debidamente habilitado legalmente para el efecto, no comparece a efectuar la liquidación bilateral del contrato o si no se llegare a un acuerdo sobre su contenido, se procederá a efectuar la liquidación unilateral del mismo, mediante Acto Administrativo motivado, contra el cual procederá recurso de reposición.

La presente citación se efectúa conforme a lo dispuesto en los artículos 39 a 42 de la Resolución Interna No. 106 de septiembre 23 de 2008 “Por la cual se modifica el reglamento de la actividad contractual de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A.” (f. 3, 36, 313 a 316 c. principal).

Se observa además que, mediante oficio del 21 de noviembre de 20141, la sociedad Hotelera Tequendama realizó la devolución de las facturas No. 42411, 42412 y 42413 presentadas por la sociedad VIDYCOM a efectos de cobrar los cánones de arrendamiento de los meses septiembre, octubre y noviembre de 2011, al considerar que, el contrato había finalizado el 31 de agosto de 2011 fecha en que accedió a la propiedad de bienes, por lo que, para dicha fecha el contrato se encontraba en etapa de liquidación bilateral (f. 37 c. principal).

Se acreditó además que, mediante Resolución No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 el Gerente General de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. liquidó unilateralmente

el contrato de arrendamiento simple de muebles No. 042 de 2008 celebrado con la firma VIDYCOM Ltda., entre los datos generales del contrato consignó los siguientes:

- "a) CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SIMPLE DE BIENES MUEBLES – SISTEMA INTEGRAL DE ACCESO Y SALIDA VEHICULAR DEL PARQUEADERO TEQUENDAMA*
- b) BIENES ARRENDADOS: Son los relacionados en el objeto del contrato de arrendamiento y que se describen en el numeral 2 del presente artículo*
- c) FECHA DE INICIACIÓN DEL CONTRATO: 01 de julio de 2008*
- d) DURACIÓN DEL CONTRATO: Treinta y ocho (38) meses*
- e) FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: agosto 31 de 2011*
- f) VALOR ULTIMO CANON MENSUAL PACTADO: \$11.299.465.00, incluido I.V.A.*

(...) 5. - OPCIÓN DE COMPRA

En ejecución de lo pactado en la cláusula décimo tercera del contrato de arrendamiento principal objeto de la presente liquidación bilateral, EL ARRENDATARIO procedió a pagar a favor del ARRENDADOR el valor de un (1) canon de arrendamiento, con lo que consolidó el derecho a la opción de compra pactada contractualmente respecto de los bienes muebles objeto del contrato de arrendamiento, adquiriendo EL ARRENDATARIO, en legal forma, la propiedad de los bienes que se describen a continuación: (...)

6. – SALDOS A CARGO DEL ARRENDADOR

Las partes dejan constancia que a la fecha de la presente liquidación, no queda saldo alguno a cargo del ARRENDADOR.

No obstante, se hace necesario que EL ARRENDADOR entregue al ARRENDATARIO la factura de venta correspondiente a los bienes transferidos en ejercicio de la opción de compra pactada contractualmente y de la cual EL ARRENDATARIO hizo uso en debida forma.

7. – LIQUIDACIÓN FINAL

Las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado de las obligaciones del contrato que se liquida unilateralmente." (f. 51 a 57, 293 a 299 c. principal).

Decisión que fue notificada personalmente el 19 de diciembre de 2011 a la apoderada de la Sociedad Video y Comunicaciones Ltda., informándosele que contra el acto administrativo procedía el recurso de reposición (f. 57 y 299 c. principal), razón por la que, impugnó la decisión (f. 58 a 67 c. principal).

Se allegó además, la Resolución No. 2012204000004-4 de 5 de enero de 2012 por la que, el Gerente General de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. resolvió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad VIDYCOM, en los siguientes términos:

"(...) la liquidación del contrato de arrendamiento suscrito con VIDYCOM LTDA obedece a lo pactado contractualmente entre las partes, según se consigna en la cláusula décimo octava del respectivo texto contractual, al pactarse la liquidación del contrato conforme con lo establecido en el capítulo XV de la Resolución No. 133 de diciembre de 2007, acto administrativo modificado por la Resolución No. 106 de septiembre 23 de 2008, que en su capítulo XV – artículo 42- establece:

"ARTÍCULO 42.- LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO: En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación de común acuerdo, previa notificación o convocatoria que le haga la Sociedad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la Sociedad tendrá la facultad de liquidar el contrato en forma unilateral, dentro de los dos (2) meses siguientes, mediante acto administrativo motivado, contra el cual procederá el recurso de reposición.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del

término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente”.

Para el caso que nos ocupa, el representante legal de la sociedad VIDYCOM LTDA fue convocado para que en un término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la misma, se hiciera presente en las dependencias del Arrendatario con el fin de llevar a cabo la liquidación bilateral del contrato de arrendatario, citación efectuada mediante comunicación contenida en el oficio No. 20112040121101 de noviembre 10 de 2011, remitida por correo certificado a la dirección de notificación judicial, el cual fue devuelto por ADPOSTAL 7-24, sin constancia de entrega, por la causal “SE TRASLADARON”, razón por la cual fue enviado nuevamente por correo certificado, a la dirección registrada en sus facturas de venta, recibiendo constancia de haber sido entregado el 28 de noviembre de 2011 a las 4:32 p.m., como lo respalda como su firma, identificación y número de teléfono de la empresa (444451), VIVIANA DIAZ, funcionaria de VIDYCOM LTDA. No obstante haberse cumplido el procedimiento de citación por correo certificado, el convocado hizo caso omiso a la citación, razón por la que se hizo aplicable el procedimiento supletorio de la liquidación unilateral del contrato, la cual se efectuó mediante el acto administrativo impugnado.

(...) no le asiste la razón a la recurrente es en afirmar que EL ARRENDATARIO no remitió, ni ha remitido al ARRENDADOR, con quince (15) días de antelación a la fecha de terminación del contrato, ningún tipo de comunicación manifestando su intención de dar por terminado el contrato y de hacer uso de la opción de compra, tal como se encontraba pactado contractualmente y que por ello, el contrato se entiende prorrogado por el término de un (1) mes.

En efecto, la afirmación de la impugnante resulta contraevidente con la probatoria obrante dentro del expediente contentivo del contrato de arrendamiento que se liquida unilateralmente, en donde reposa copia del oficio No. 20113600087851 de junio 14 de 2011, mediante el cual EL ARRENDATARIO informó al ARRENDADOR de su intención de prorrogar el término de duración del contrato por dos (2) meses, así como de su decisión de hacer uso de la opción de compra conforme lo pactado en la cláusula décimo tercera del texto contractual (...).

Del texto de la citada comunicación, de la cual no cabe duda alguna que fue recibida en las dependencias del ARRENDADOR, se determina claramente y sin realizar ningún esfuerzo jurídico que, aunque no se haya hecho manifestación expresa sobre la terminación del contrato con fecha 31 de agosto de 2011, el haber manifestado la intención de prórroga del término contractual por dos (2) meses (julio 1º a agosto 31 de 2011) y a renglón seguido haber manifestado su decisión de hacer uso de la opción de compra, constituyen una manifestación inequívoca de la terminación contractual y de la consecuente opción de compra conforme a lo pactado contractualmente, máxime si se tiene en cuenta que por voluntad de las partes la duración del contrato se extendió por los treinta y seis (36) exigidos para adquirir este derecho. Y es que cualquier interpretación en contrario que quiera darse el texto del oficio en cita resulta contradictorio, por decir lo menos, toda vez que no es legalmente procedente, ni posible, hacer uso de la opción de compra de los elementos y a su vez, continuar pagando un canon de arrendamiento sobre los mismos.

(...) C- Demostrado como está que EL ARRENDATARIO dio aviso oportuno de su decisión de terminación contractual y consecuente decisión de la opción de compra de los equipos arrendados, se descarta cualquier posibilidad de que el contrato haya cobrado prórroga mensual por voluntad de las partes, como pretende hacerlo ver la impugnante.

No debe olvidar tampoco la impugnante, que la SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA S.A., en su condición de Sociedad Anónima de Economía Mixta, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, hace parte de las entidades descentralizadas del orden nacional y en consecuencia, está sometida en materia contractual a los principios que rigen el manejo del presupuesto público. (...).” (f. 67 a 78, 300 a 309 c. principal).

Argumentos que entre otros, conllevaron a la sociedad a decidir confirmar en su totalidad la Resolución No. 2011204000157-4 del 7 de diciembre de 2011.

Se acreditó además que, inicialmente VIDYCOM S.A. radicó el 10 de diciembre de 2013 demanda contractual contra la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. (f. 138 c. principal), correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado 35 Administrativo de Bogotá bajo el No. 2013-00499.

Despacho judicial que en audiencia inicial celebrada el 5 de mayo de 2016 declaró la falta de jurisdicción, al advertir que, en el contrato se establecieron los mecanismos de solución de conflictos, que a juicio del Despacho fueron adoptados como clausula compromisoria, razón por la que, ordenó la remisión del asunto a la Cámara de Comercio de Bogotá (f. 101 a 103 c. principal). Posteriormente, mediante auto de 18 de mayo de 2016 el juzgado declaró terminada la actuación y ordenó el archivo (f. 104 c. principal).

Fue así que, la demandante acudió a la Cámara de Comercio Bogotá, que mediante Acta del 4 de octubre de 2016, declaró instalado el Tribunal Arbitral para dirimir las controversias surgidas entre VIDYCOM Ltda. y la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. y se admitió la demanda presentada por la primera y ordenó correrle traslado a la segunda (f. 168 a 171 c. principal).

Posteriormente, mediante Acta del 15 de marzo de 2017 el Tribunal Arbitral concluyó que, no era competente para conocer y resolver de fondo las diferencias entre las partes, debido a que, de la lectura de la cláusula décimo primero del contrato, no se evidenciaba plasmada la voluntad de acudir a un proceso arbitral para resolver las diferencias surgidas con ocasión de dicho contrato, en la medida que, solo se limitó a indicar que las partes recurrirían a los mecanismos contemplados en los artículos 68 a 75 de la Ley 80 de 1993, con prevalencia del “arreglo directo”, más nunca suscribieron pacto arbitral alguno, ni en la modalidad de clausula compromisorio ni en la de compromiso, debido a que la misma debía constar por escrito.

Adicionalmente, estableció que, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 en lo atinente a que, *“para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el Centro de Arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente”* (f. 172 a 179 c. principal).

Finalmente, la parte actora radicó la presente demanda el 25 de abril de 2017 correspondiéndole el conocimiento al presente Despacho.

3.3 Caso Concreto

Se tiene entonces que, desde el año 2013 la sociedad VIDYCOM Ltda. pretende que se declare el incumplimiento por parte de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. respecto de las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles SIIT210.014.42/042-2008.

Lo anterior en tanto adujo que, inicialmente el contrato fue prorrogado bilateralmente hasta el 31 de agosto de 2011, llegando dicha fecha sin que la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. comunicara su voluntad de terminar el vínculo contractual en los términos de la cláusula tercera, razón por la que, se prorrogó de manera automática, constituyéndose en mora de los cánones de arrendamiento a partir del mes de julio de 2011.

Aunado a lo anterior, pretende se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 y 2012204000004-4 de 5 de enero de 2012 por las que, la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. liquidó unilateralmente el precitado contrato al considerar que, la sociedad carecía de competencia para su expedición y que además, su motivación estaba alejada de los hechos acaecidos realmente.

Por lo anterior, se hace necesario analizar cada uno de los argumentos objeto de la presente demanda:

- **De la fecha de terminación del Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles SHT210.014.42/042-2008.**

En primer lugar, para el Despacho resulta imperativo dilucidar lo referido por la parte actora frente a la fecha de terminación del contrato, al respecto se tiene acreditado que, el plazo de ejecución del contrato transcurrió entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2008, sin embargo, a través de la suscripción de 4 modificaciones bilaterales, su plazo de ejecución se extendió hasta el 31 de agosto de 2011, culminando con un canon de arrendamiento mensual de \$11.299.465.

Sin embargo, adujo la parte actora que, dicho contrato se prorrogó automáticamente el 31 de agosto de 2011 toda vez que, la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. con antelación de 15 días a la fecha de su terminación, no comunicó su voluntad de no continuar el vínculo contractual, por lo que se prorrogó por un período igual.

Al respecto se hace necesario referir, lo dispuesto en la Cláusula Segunda del Contrato de Arrendamiento sobre el plazo de ejecución y prórrogas del mismo:

"El presente contrato podrá ser prorrogado por voluntad de las partes, lo cual se entiende si ninguna de ellas avisa a la otra mínimo con quince (15) días de antelación al vencimiento del término de duración inicial o cualquiera de sus prórrogas de su intención de darlo por terminado, caso en el cual el contrato se entenderá prorrogado por el término de un (1) mes." (f. 25 c. principal).

Conforme a lo anterior se tiene que, el contrato podía prorrogarse automáticamente por el término de **un mes** si ninguna de las partes comunicaba a la otra con 15 días de antelación a la fecha de su duración, su intención de darlo por terminado.

Con base en dicha cláusula la parte actora adujo que, al no haberse comunicado por la demandada su intención de dar por terminado el contrato, éste se prorrogó hasta el mes de noviembre de 2011, fecha en la que la arrendataria comunicó su intención de dar por terminado el contrato.

Para el Despacho, tal apreciación carece de veracidad debido a que, conforme a la literalidad de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula segunda, de haberse tenido por prorrogado el contrato, dicha prórroga solo fue de un mes, es decir, por el mes de septiembre de 2011 y no hasta el mes de noviembre como lo pretende hacer ver la parte actora.

No obstante lo anterior, deberá determinarse si tal y como lo afirmó la demandada,

mediante comunicación del 14 de junio de 2011 informó a VIDYCOM su intención de prorrogar el contrato hasta el 31 de agosto de 2011 y de hacer uso de la opción de compra de los elementos objeto del contrato, con lo que consideraba, haber manifestado su voluntad de dar por terminado el contrato el 31 de agosto de 2011.

En primer lugar, el Despacho referirá el contenido de la comunicación objeto de discusión:

"El presente tiene por objeto informarle que de acuerdo a la CLAUSULA SEGUNDA-PARAGRAFO PRIMERO: el presente contrato podrá ser prorrogado por voluntad de las partes, lo cual se entiende si ninguna de ellas avisa a la otra mínimo con quince (15) días de antelación al vencimiento de la duración inicial o cualquiera de sus prórrogas por el término de un (1) mes, del contrato principal celebrado entre la SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA y la firma VIDYCOM LTDA, el contrato será prorrogado por dos (2) meses a partir del primero (1) de Julio de 2011 hasta el 31 de Agosto de 2011.

Sea la oportunidad para informarles que, en desarrollo de lo pactado en la cláusula décimo tercera del contrato SHT210.014.42/042-2008, la Sociedad ha decidido hacer uso de la opción de compra de los equipos actualmente instalados en el parqueadero, para lo cual comedidamente solicito determinar el valor de adquisición conforme a lo pactado." (f. 310 c. principal).

Si bien la parte actora adujo no haber recibido dicha comunicación, lo cierto es que, la Sociedad Hotelera Tequendama acreditó la remisión a VIDYCOM y recibido de la misma el 15 de junio de 2011, tal como consta en la documental visible a folio 311 y 312 c. principal.

Nótese de la lectura de la comunicación transcrita que, la sociedad manifestó la voluntad de prorrogar el contrato solo hasta el 31 de agosto de 2011, sin que exista documento suscrito con posterioridad a dicha fecha que hubiere conllevado a una nueva prórroga bilateral entre las partes, ni mucho menos escrito alguno por parte de la Sociedad Hotelera Tequendama en el que manifestara su voluntad de continuar el vínculo contractual con posterioridad al 31 de agosto de 2011, más aún, cuando comunicó su intención de hacer uso de la opción de compra de los elementos objeto del contrato desde el 14 de junio de 2011, tal como lo reguló el acuerdo de voluntades.

Para el Despacho, la manifestación del arrendatario en junio de 2011 de autorizar la prórroga del contrato hasta el 31 de agosto de 2011 y además hacer uso de la opción de compra de los equipos, es suficiente para concluir que, el presente contrato no se entiende prorrogado automáticamente, sino que finalizó por haberse cumplido el plazo acordado por las partes en el contrato inicial y en cada una de sus prórrogas.

Aunado a lo anterior, nótese que la sociedad fue clara en manifestar su intención de comprar los elementos arrendados en los términos consagrados en la cláusula décimo tercera, lo que denotaba su deseo de adquirir la propiedad de los bienes objetos del arriendo y, por ende, la finalización del vínculo contractual, razón por la que, el Despacho tendrá por finalizado el Contrato No. SHT210.014.42/042-2008 el 31 de agosto de 2011 fecha en la que se cumplió el plazo acordado por las partes en la modificación No. 4 del mismo.

- **Del incumplimiento contractual alegado por la parte actora, respecto del pago oportuno de los cánones de arrendamiento de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2011.**

En primer lugar, el Despacho se abstendrá del análisis del presunto incumplimiento en el pago de los cánones de los meses de **septiembre, octubre y noviembre de 2011**, en la medida que, como se advirtió en el acápite anterior, para el Despacho no se entiende prorrogado el contrato el 31 de agosto de 2011, razón por la que, no se causaron los cánones de los meses con posterioridad al mes de agosto de 2011 ni mucho menos resulta procedente el cobro de los mismos, por lo que, **se negarán las pretensiones en tal sentido**.

Ahora bien, el Despacho entrará a analizar si la sociedad Hotelera Tequendama incumplió las obligaciones del contrato SHIT210.014.42/042-2008, al constituirse en mora de los cánones de los meses de **julio y agosto de 2011**, como adujo la parte actora.

Al respecto se tiene que, el 1º de julio de 2011 las partes suscribieron la Modificación No. 4, en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en 2 meses, es decir, desde el 1º de julio al 31 de agosto de 2011 y adicionó el valor del contrato en la suma de \$22.598.930 para un canon mensual de \$11.299.465 (f. 33 c. principal).

La Sociedad Hotelera Tequendama acreditó que, el 3 de noviembre de 2011 constituyó 3 títulos de Depósito de Arrendamiento No. 2382171, 2382172 y 2382173 en el Banco Agrario de Colombia cada uno por valor de \$10.130.553, por los que, tal como le indicó a la demandante mediante comunicación del 10 de noviembre de 2011 *“cancela a VIDYCOM LTDA los cánones adeudados por los meses de julio y agosto de 2011, así como el valor que corresponde a la opción de compra”* (f. 35, 36, 313 a 316 c. principal).

Bajo ese entendido, debe referirse lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato SHIT210.014.42/042-2008 en el que, se estableció la forma de pago en los siguientes términos:

“El presente contrato se pagará a favor del CONTRATISTA (...) dentro de los diez (10) primeros días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la respectiva factura, una vez prestado el correspondiente servicio mensual y previo recibo a satisfacción del servicio por parte del Supervisor del Contrato” (f. 25 c. principal).

Así las cosas, para establecer si se configuró o no el incumplimiento alegado por la parte actora, deberá referirse en primer lugar, si se cumplieron los requisitos exigidos para el pago de los cánones de julio y agosto, para lo que, se harán las siguientes precisiones:

En el plenario efectivamente se acreditó que, para los meses de julio y agosto de 2011 conforme a la Modificación No. 4 el canon mensual ascendía a la suma de \$11.299.465.

Conforme a la Cláusula Tercera del Contrato, VIDYCOM debió radicar las facturas de los meses de julio y agosto de 2011, a efectos de que dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de radicación, surgiera la obligación de la Sociedad Hotelera Tequendama de cancelar los cánones de dicho periodo, sin embargo, en el plenario no se allegó prueba alguna que indicara que, efectivamente la demandante hubiere requerido el pago de los cánones de arrendamiento de los meses de julio y agosto de 2011, por lo que, en principio la aquí demandada no se constituyó en mora.

No obstante, pese a que no se probó en el plenario que, VIDYCOM realizó el cobro a la

sociedad Hotelera Tequendama de los cánones de julio y agosto de 2011, si se acreditó que, para el 3 de noviembre de 2011 la aquí demandada constituyó los títulos de Depósito de Arrendamiento No. 2382171, 2382172 y 2382173 en el Banco Agrario de Colombia, depósitos que fueron puestos en conocimiento de la aquí demandante para su cobro, debido a que se aportó copia de estos en la demanda y aceptó que el 10 de noviembre de 2011, le fue comunicado la constitución de los mismos (f. 6 c. principal).

Sin embargo, el Despacho advierte que, los títulos judiciales fueron constituidos por valor de \$10.130.553 cada uno, refiriendo que, con éstos cancelaba los cánones adeudados de julio y agosto de 2011 y el valor de la opción de compra.

No obstante, de la lectura de la Modificación No. 4 se advierte que, el canon mensual de los meses de julio y agosto de 2011 ascendía a la suma de \$11.299.465, por lo que, de tomarse que los depósitos de 3 de noviembre de 2011 constituyen el pago de los cánones adeudados, la suma consignada por la Sociedad Hotelera Tequendama resulta inferior a la pactada por las partes, en tanto debió constituir dos depósitos de \$11.299.465 cada uno y no, dos depósitos de \$10.130.553, en tanto, resulta inferior a la suma pactada, pues existe una diferencia de \$1.165.912 en cada uno de los depósitos correspondiente a los cánones de julio y agosto.

El Despacho pese a la diferencia dejada de cancelar por la aquí demandada, respecto de los cánones de julio y agosto de 2011, considera que, no se configuró una mora o incumplimiento contractual con dicha conducta, en la medida que, se tiene que la demandada realizó 3 depósitos judiciales a favor de VIDYCOM por valor de \$10.130.553 cada uno, es decir que, consignó un total de \$30.391.659, se tiene entonces que, la suma de los dos cánones de julio y agosto de 2011 ascendía a la suma \$22.598.930, valor que estaría cubierto con los depósitos judiciales constituidos a favor de la aquí demandada.

Si bien la sociedad Hotelera Tequendama indicó que, en los depósitos constituidos el 3 de noviembre de 2011 estaba inmerso el valor de la opción de compra de los bienes objeto del contrato, también lo es que, el arrendador debía garantizar en primer lugar, la satisfacción de los cánones de julio y agosto de 2011, en virtud del acuerdo de voluntades, mientras que, frente a la opción de compra, las partes no habían establecido el valor que se debía cancelar.

Corolario a lo anterior, para el Despacho la Sociedad Hotelera Tequendama no se constituyó en mora en el pago de los cánones de arrendamiento de julio y agosto de 2011, sino que, realizó el pago de los mismos de manera extemporánea, en razón a que, el arrendador VIDYCOM no acreditó haber radicado las facturas de dichos cánones en los términos de la cláusula tercera del contrato, a efectos de que, hubiera surgido la obligación de cancelarlos dentro de los 10 días hábiles siguientes, por lo que es dable concluir, que no se allegaron los elementos probatorios que acreditaran el incumplimiento contractual alegado por la parte actora por este concepto.

- **De la opción de compra**

Advertido lo anterior, y encontrándose que de las sumas depositadas a favor de VIDYCOM el 3 de noviembre de 2011, se sufragaron los cánones de arrendamiento de los meses de

junio y julio de 2011 en la suma de \$22.598.930, resultó un saldo de \$7.792.729 a favor de VIDYCOM por concepto del valor de la opción de compra, por lo que, el Despacho deberá dilucidar si la sociedad Hotelera Tequendama incumplió el contrato SIIT210.014.42/042-2008 al no consignar el valor correspondiente para la perfección de la opción de compra en los términos de la cláusula Décimo Tercera, la cual reza lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA. - OPCIÓN DE COMPRA O DE RENOVACION TECNOLÓGICA: En el evento de que por voluntad de las partes la duración del presente contrato se extienda a por lo menos treinta y seis (36) meses, EL ARRENDATARIO podrá: 1) Hacer uso de la opción de compra a su favor de los bienes objeto contractual, en cuyo caso el valor de la compra no podrá ser superior a una suma equivalente a los tres últimos cánones de arrendamiento cancelados, en cuyo caso deberá el ARRENDATARIO dar aviso al ARRENDADOR de su voluntad de compra, mediante comunicación por escrito, mínimo con quince (15) días de antelación a la fecha de terminación del mismo 2) Hacer una renovación tecnológica de los quipos, en cuyo caso las partes pactarían las condiciones de dicha renovación y el nuevo canon de arrendamiento.” (f. 26 vto. c. principal).

Conforme a lo anterior, se tiene acreditado que, la Sociedad Hotelera Tequendama el 14 de junio de 2011 manifestó a VIDYCOM su decisión de *“hacer uso de la opción de compra de los equipos actualmente instalados en el parqueadero, para lo cual comedidamente solicito determinar el valor de adquisición conforme a lo pactado”* (f. 310 c. principal).

Se tiene entonces que, para el 14 de junio de 2011 se cumplían los 36 meses de duración del contrato y requeridos para hacer uso de la opción de compra en los términos señalados en el contrato, adicionalmente, se acreditó la manifestación de hacer uso de la misma con anterioridad al vencimiento del contrato.

No obstante, frente al valor a cancelar para hacer uso de la opción de compra, el Despacho no advierte que en la etapa precontractual, las partes hubieren acordado cuál sería el valor a cancelar de hacerse uso de dicho beneficio, así como tampoco obra en el plenario prueba que acredite que VIDYCOM efectivamente le comunicó al arrendatario, el valor que debía sufragar.

Ante tal omisión, se hace necesario acudir a lo acordado en el contrato SHT210.014.42/042-2008, en donde se estableció que *“El ARRENDATARIO podrá: 1) Hacer uso de la opción de compra a su favor de los bienes objeto contractual, en cuyo caso el valor de la compra no podrá ser superior a una suma equivalente a los tres últimos cánones de arrendamiento cancelados”*.

Con base a lo pactado, la sociedad VIDYCOM manifestó en la demanda que, al no haberse cancelado por la Sociedad Hotelera Tequendama la suma equivalente a los 3 últimos cánones de arrendamiento, no se había perfeccionado la opción de compra, razón por la que, debía realizar el pago correspondiente en los términos de la cláusula décimo tercera.

Al respecto, el Despacho encuentra que, si bien no se acreditó que la sociedad VIDYCOM le informara a la demandada el valor a cancelar para hacer uso de la opción de compra, pese a habersele solicitado en la comunicación del 14 de junio de 2011, lo cierto es que, atendiendo lo acordado en el contrato y haciendo una interpretación sistemática del mismo, es dable concluir que, se dispuso que, para hacer uso de la opción de compra el valor no podría superar la suma equivalente a los tres últimos cánones de arrendamiento cancelados, por lo que, el Despacho comparte la posición del actor en el sentido de que, a efectos de

que se perfeccionara la opción de comprar solicitada por la Sociedad Hotelera Tequendama, debía cancelar dicha suma, más aún cuando la demandada no allegó prueba alguna que indicara que debía cancelarse un valor inferior a éste.

En efecto, conforme a la naturaleza del contrato de arrendamiento con opción de compra, a efectos de que se puedan dar las condiciones para que proceda la opción de compra, es claro que el valor a sufragar debe estar previamente establecido, como acaeció en el presente caso, pues al establecerse en la cláusula en mención que el valor de la compra no podrá ser superior a una suma equivalente a los tres últimos cánones de arrendamiento cancelados, no quiere decir que al valor podría oscilar hasta dicho monto, sino que por el contrario, el precio se estableció en dicha suma que no podía superar tres cánones del último arrendamiento.

Es así que, atendiendo el valor de los últimos 3 cánones de arrendamiento correspondiente a los meses de junio, julio y agosto de 2011, canon que mensualmente ascendía a la suma de \$11.299.465, se tiene que, la sumatoria de los 3 cánones asciende a la suma de \$33.898.395, valor que debió cancelarse por la Sociedad Hotelera Tequendama a favor de VIDYCOM para entenderse perfeccionada la opción de compra de los elementos objeto del contrato.

Sin embargo, al existir un saldo a favor de VIDYCOM por las sumas depositadas a su favor el 3 de noviembre de 2011 por la aquí demandada, que asciende a la suma de \$7.792.729, la Sociedad Hotelera Tequendama debía sufragar la suma de \$26.105.666, suma que a la fecha se encuentra pendiente de pago, por lo que, se ordenará su pago con la correspondiente indexación de la misma desde la fecha de terminación del contrato, esto es, el 31 de agosto de 2011, a efectos de tenerse perfeccionada la opción de compra respecto de los bienes objeto del contrato de arrendamiento SHT210.014.42/042-2008.

• **De la Liquidación Unilateral del contrato de arrendamiento de bienes muebles SHT210.014.42/042-2008 del 1º de julio de 2008**

Bajo ese orden de ideas, el Despacho entrará a estudiar **la legalidad o no de las Resoluciones No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 y No. 2012201000004-4 del 5 de enero de 2012** que liquidaron unilateralmente el contrato de arrendamiento de bienes muebles SHT210.014.42/042-2008 del 1º de julio de 2008.

Advertido lo anterior, se analizará si resultaba procedente o no, la liquidación unilateral del contrato suscrito entre VIDYCOM y la Sociedad Hotelera Tequendama S.A.

Frente a la liquidación unilateral del contrato, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"4. El acto de liquidación unilateral del contrato

4.1. Naturaleza y contenido

En cuanto a la etapa de liquidación del contrato se observa que los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 determinan un procedimiento, que puede adelantarse: i) en forma bilateral, mediante el mutuo acuerdo, es decir en un escenario autocompositivo en el que se permite incluir las conciliaciones y las transacciones del caso, o ii) de manera unilateral cuando "el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el

contenido de la misma”, caso en el cual se dispuso que la liquidación “será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

El acto de liquidación del contrato compendia toda la ejecución contractual y tiene un objeto específico, cual es el de definir el saldo final, es decir: “quien le debe a quién y cuánto”.

Dicho acto es, básicamente, técnico y económico, por cuanto se funda en la consolidación de las actas de avance y del estado final, de acuerdo con la medición de la ejecución del objeto del contrato, la cual se expresa en términos monetarios en el denominado balance del liquidación, contentivo de las cifras que reflejan el valor en pesos de dicha ejecución y el monto final de las obligaciones de las partes.

El acto administrativo de liquidación unilateral del contrato no es solo un “acto” o una relación de hechos constatados y cuantificados, toda vez que el balance refleja una o varias decisiones de contenido económico -en cuanto decide el resultado final de la posición acreedora o deudora del contratista frente a la Administración- las cuales necesariamente deben adoptarse en consideración o en aplicación de las reglas del contrato y de la ley al caso particular.

Ante la falta de acuerdo entre las partes, la Administración está facultada por la ley para determinar el valor de las partidas en cuanto a la cantidad de obra recibida, los mayores valores que deban pagarse, los gastos de administración e imprevistos que deben reconocerse, los montos no ejecutados o los excedentes cuya devolución resulta exigible, para lo cual debe apreciar los hechos económicos y asignarles su valor de acuerdo con la ley y el contrato.

Como consecuencia, es preciso entender que el acto de liquidación unilateral del contrato implica la consideración y la adopción de una postura interpretativa acerca del cumplimiento de las obligaciones y/o deberes de las partes en el contrato, además de la apreciación sobre las reglas de liquidación de acuerdo con la causa de terminación del contrato.

A la luz de la Ley 80 de 1993 – y actualmente de la Ley 1150 de 2007- el acto de liquidación unilateral es más que un corte o un estado de cuenta final, por cuanto: i) se debe producir previo un procedimiento en el que se busca acordar, conciliar o transigir sobre la ejecución contractual y ii) incluye una decisión fundada en la debida consideración de los hechos económicos y las reglas del contrato y de la ley para su valoración.

Todo lo anterior lleva a evidenciar que el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato que se rige por la Ley 80 de 1993 produce una situación jurídica concreta para el contratista y, por ello, en este proceso judicial no se puede tratar como un simple hecho, dado que contenía una decisión con efectos jurídicos vinculantes, los cuales, por la categoría legal de acto administrativo que le asignaba el artículo 61 de la Ley 80 de 1993, estaba amparados por la presunción de firmeza y legalidad.”¹

Advertido lo anterior, se analizarán cada uno de los argumentos de nulidad alegados por la parte actora:

a. Falta de competencia:

Aseguró la parte actora que, las Resoluciones No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 y No. 2012201000004-4 del 5 de enero de 2012 fueron expedidas por la Sociedad Hotelera Tequendama pese a que las empresas industriales y comerciales del Estado, carecían de la facultad extraordinaria para declarar la liquidación unilateral del contrato,

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., 12 diciembre de 2019). Radicación Número: 50001-23-31-000-2008-00008-01(61614)

facultad propia de las entidades públicas, por lo que, debía ceñirse por el régimen privado, refiriendo el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, respecto de la imposibilidad de ejecutar cláusulas exorbitantes como la liquidación unilateral de los contratos que celebran.

Al respecto, el Despacho precisa que, la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. es una Sociedad Anónima de Economía Mixta sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, razón por la que, le es aplicable el Estatuto de Contratación Pública previsto en la Ley 80 de 1993:

"ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. *La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. *Para los solos efectos de esta ley:*

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles."

De lo anterior se concluye que, al estar sujeta a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, le es procedente su aplicación y por ende, la facultad de liquidar unilateralmente el contrato, en los términos de la jurisprudencia transcrita.

Sin embargo, para el Despacho se hace necesario acudir a lo dispuesto en el contrato, respecto de la liquidación del mismo:

"CLASULA DECIMO OCTAVA. – LIQUIDACIÓN: *El presente contrato se liquidará de conformidad con lo establecido en el Capítulo XV de la resolución No. 133 de diciembre de 22 de 2007"*

De tal manera que, las partes convinieron que la liquidación del contrato SHT210.014.42/042-2008 se efectuaría con base a lo dispuesto en el Reglamento para los procedimientos de la actividad contractual de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. previsto en la Resolución No. 133 de 2007 expedida por el Gerente General de la Sociedad Hotelera Tequendama y que fue aportada al plenario por la parte actora, razón por la que, se hace necesario referir lo dispuesto en el Capítulo XV de la misma:

"ARTÍCULO 39º. - CONTRATOS OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Serán objeto de liquidación de conformidad con lo establecido en el presente capítulo, los contratos que celebre la Sociedad que sean de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo, los contratos de obra y aquellos que a criterio del supervisor del contrato deban ser liquidados.*

ARTÍCULO 40º. – LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO: *La liquidación del contrato de común acuerdo será de carácter preferente y en ella las partes podrán acordar los ajustes revisiones y reconocimientos a que haya lugar, una vez lo cual, éstas se declararán a paz y salvo por conceptos de las obligaciones derivadas del contrato (...)*

ARTÍCULO 41º. – PLAZO PARA LA LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO: *La liquidación del contrato se hará de mutuo acuerdo dentro del plazo fijado para el efecto en*

el respectivo texto contractual. De no existir tal término, la liquidación deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato, o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que así lo disponga.

ARTÍCULO 42º. – LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO: *En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación de común acuerdo, previa notificación o convocatoria que le haga la Sociedad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la Sociedad tendrá la facultad de liquidar el contrato en forma unilateral, dentro de los dos (2) meses siguientes, mediante acto administrativo motivado, contra el cual procederá el recurso de reposición.*

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier término dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo unilateralmente.

PARÁGRAFO: *Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.” (f. 165 y 166 c. principal).*

Así las cosas, encuentra el Despacho que, en aplicación del acto administrativo en precedencia, mediante comunicación de 10 de noviembre de 2011, la Sociedad Hotelera Tequendama requirió a la sociedad VIDYCOM Ltda. en los siguientes términos:

“(…) Terminada como está la relación contractual derivada del contrato de arrendamiento No. 042 de 2008, junto con sus cuatro (04) modificaciones bilaterales, procede entonces la liquidación del mismo, para lo cual se le cursa formal invitación para que en el término de cinco (05) días contados a partir del recibo de la presente comunicación, se haga presente en las dependencias de esta Gerencia Administrativa y Financiera, ubicada en la carreta 13 No. 26-30, Piso 3º, de Bogotá, con el fin de proceder a liquidar bilateralmente el citado contrato.

Si transcurrido el término en mención usted o un delegado debidamente habilitado legalmente para el efecto, no comparece a efectuar la liquidación bilateral del contrato o si no se llegare a un acuerdo sobre su contenido, se procederá a efectuar la liquidación unilateral del mismo, mediante Acto Administrativo motivado, contra el cual procederá recurso de reposición.

La presente citación se efectúa conforme a lo dispuesto en los artículos 39 a 42 de la Resolución Interna No. 106 de septiembre 23 de 2008 “Por la cual se modifica el reglamento de la actividad contractual de la Sociedad Hotelera Tequendama S.A.” (f. 3, 36, 313 a 316 c. principal).

Al respecto, es dable precisar que, si bien la comunicación indica el procedimiento para realizar la liquidación del contrato en los términos de la Resolución Interna No. 106 de septiembre 23 de 2008, lo cierto es que, no se allegó prueba alguna que permitiera inferir que la sociedad VIDYCOM tuviera conocimiento de su contenido o se hubiera modificado la cláusula décima octava del contrato, en el sentido de definir el procedimiento de liquidación contractual, conforme a este nuevo documento, por lo que, se analizará el procedimiento efectuado por la demanda en los términos de la liquidación en los términos de la Resolución No. 133 de 2007.

Es así que se tiene que, la demandada le solicitó a la sociedad VIDYCOM que acudiera a sus instalaciones a efectos de liquidar bilateralmente el contrato, comunicación que acepta la parte actora haber recibido, sin embargo, no se acreditó que efectivamente hubiere acudido para tal fin o hiciera algún pronunciamiento al respecto, pues lo único acreditado en el plenario es que, con posterioridad al recibido de dicha comunicación remitió a la

demandada las facturas de los cánones de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2011, sin que se acreditara pronunciamiento alguno frente a liquidación bilateral.

Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el oficio del 21 de noviembre de 2011, por el que, la sociedad Hotelera Tequendama realizó la devolución de las facturas No. 42411, 42412 y 42413 presentadas por la sociedad VIDYCOM a efectos de cobrar los cánones de arrendamiento de los meses septiembre, octubre y noviembre de 2011, al considerar que, el contrato había finalizado el 31 de agosto de 2011, fecha en que accedió a la propiedad de los mismos, por lo que, para noviembre de 2011 el contrato se encontraba en etapa de liquidación bilateral (f. 37 c. principal).

Ante la omisión de la sociedad VIDYCOM, mediante Resolución No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011 la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento simple de muebles No. SHT210.014.42/042-2008 celebrado con la firma VIDYCOM Ltda.

Para el Despacho dicha actuación no resulta arbitraria en los términos acordados en el contrato, pues se determinó que la liquidación del contrato se realizaría conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 133 de 2007, que efectivamente establecía que, en caso de llegarse a un acuerdo para liquidar bilateralmente el contrato, éste se liquidaría de manera unilateral, como efectivamente ocurrió, sin que se trate de una cláusula exorbitante como lo pretende hacer ver la parte actora, en tanto dicho procedimiento esta previsto en la Ley y soportado por la jurisprudencia.

Bajo entendido, carece de veracidad el cargo alegado por la parte actora, en la medida que, al no realizar actuación alguna a efectos de lograr una liquidación bilateral del contrato, se dio aplicación a lo dispuesto en la Resolución No. 133 de 2007 y en la Ley respecto a la facultad de la Sociedad Hotelera Tequendama para realizar la liquidación de manera unilateral, más aún, cuando fue citada para tal efecto, sin que acudiera para tal fin.

Igual sentido corre, la facultad para expedir la Resolución No. 2012204000004-4 del 5 de enero de 2012, al ser la competente para resolver el recurso de reposición.

b. Falsa Motivación:

Aseguró la parte actora que, el acto fue expedido sin tener en cuenta varios hechos, como lo era, la fecha en que se había terminado el contrato, en tanto, el mismo se seguía prorrogando al no haberse seguido el procedimiento para dar por terminado el mismo.

Al respecto se referirá lo dispuesto en el acto acusado:

"(...) 8. Mediante comunicación contenida en el oficio No. 20113600087851 de junio 14 de 2011, EL ARRENDATARIO, en desarrollo de lo pactado en la cláusula decimo tercera del contrato de arrendamiento, informó al ARRENDADOR de su decisión de hacer uso de la opción de compra de los equipos objeto del contrato, solicitándole determinar el valor de adquisición conforme a lo pactado contractualmente, oficio enviado por SERVIENTREGA, con guía crédito No. 1050849857 del 15 de junio de 2011, recibida en las dependencias del ARRENDADOR, por el señor NELSON MERCADO lo que se demuestra con el registro de su firma, el número de teléfono de la empresa (4444511) y el sello de la empresa VIDYCOM.

9. El primero (1º) de julio de 2011, las partes suscribieron la modificación bilateral No. 4 al contrato de arrendamiento simple de bienes muebles No. 042 de 2008, acordando prorrogar la duración del contrato principal en dos (02) meses, esto es, hasta el treinta y uno (31) de agosto de 2011 (cláusula primera) y fijando un canon de arrendamiento para esa vigencia contractual de \$9.740.918 mensuales, sin incluir IVA (cláusula segunda).

10. Terminada la relación contractual contenida en el contrato de arrendamiento simple de bienes muebles No. 042 de 2008, esto es, el 31 de agosto de 2011, mediante comunicación contenida en el oficio No. 20112040121101 de noviembre de 2011, EL ARRENDATARIO remitió al ARRENDADOR los originales de los títulos de depósitos de arrendamiento No. 2382171, No. 2382172 y No. 2382173 de fecha noviembre 3 de 2011, expedidos por el Banco Agrario de Colombia, por el valor de \$10.130.553 cada uno, con los cuales se cancela los cánones adeudados por los meses de julio y agosto de 2011, los cuales no había sido posible pagar por la renuencia del ARRENDADOR de devolver la modificación bilateral No. 4 al contrato de arrendamiento debidamente suscrita, como también el valor que corresponde a la opción de compra.

En la misma comunicación, EL ARRENDATARIO curso invitación al ARRENDADOR para que en un término de cinco (5) días se hiciera presente en las instalaciones de éste con el fin de liquidar bilateralmente el contrato." (f. 61 a 67 c. principal).

De la lectura del acto acusado se advierte que, el argumento de la parte actora carece de fundamento en los términos expuestos en precedencia, lo anterior como quiera que, se encuentra acreditado que las partes no suscribieron modificaciones bilaterales con posterioridad al 31 de agosto de 2011, fecha límite autorizada por la Sociedad Hotelera Tequendama para la ejecución del contrato, toda vez que, hizo uso de la opción de compra de los bienes objeto del contrato.

Lo anterior, tal como quedó consignado en la parte considerativa y resolutive de la Resolución No. 2011204000157-4 de 7 de diciembre de 2011, por lo anterior, para el Despacho la fecha de terminación consignada en el acto acusado resulta acorde con la realidad contractual como se indicó al momento de analizar la fecha de terminación del contrato, razón por la que, el cargo formulado no tiene vocación de prosperidad.

En segundo lugar, adujo la parte actora que, el acto acusado además había afirmado que la opción de compra solicitada por la Sociedad Hotelera Tequendama se había consolidado con el pago de un canon de arrendamiento, cuando en realidad debía cancelarse el equivalente a los últimos 3 cánones de arrendamiento cancelados.

Al respecto, nuevamente debe acudirse a lo señalado en el acto administrativo:

"a) CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SIMPLE DE BIENES MUEBLES - SISTEMA INTEGRAL DE ACCESO Y SALIDA VEHICULAR DEL PARQUEADERO TEQUENDAMA

b) BIENES ARRENDADOS: Son los relacionados en el objeto del contrato de arrendamiento y que se describen en el numeral 2 del presente artículo

c) FECHA DE INICIACIÓN DEL CONTRATO: 01 de julio de 2008

d) DURACIÓN DEL CONTRATO: Treinta y ocho (38) meses

e) FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: agosto 31 de 2011

f) VALOR ULTIMO CANON MENSUAL PACTADO: \$11.299.465.00, incluido I.V.A.

(...) 5. - OPCIÓN DE COMPRA

En ejecución de lo pactado en la cláusula décimo tercera del contrato de arrendamiento principal objeto de la presente liquidación bilateral, EL ARRENDATARIO procedió a pagar a favor del ARRENDADOR el valor de un (1) canon de arrendamiento, con lo que consolidó el derecho a la opción de compra pactada contractualmente respecto de los bienes muebles

objeto del contrato de arrendamiento, adquiriendo EL ARRENDATARIO, en legal forma, la propiedad de los bienes que se describen a continuación: (...)

6. – SALDOS A CARGO DEL ARRENDADOR

Las partes dejan constancia que a la fecha de la presente liquidación, no queda saldo alguno a cargo del ARRENDADOR.

No obstante, se hace necesario que EL ARRENDADOR entregue al ARRENDATARIO la factura de venta correspondiente a los bienes transferidos en ejercicio de la opción de compra pactada contractualmente y de la cual EL ARRENDATARIO hizo uso en debida forma.

7. – LIQUIDACIÓN FINAL

Las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado de las obligaciones del contrato que se liquida unilateralmente.” Negrillas del Despacho (f. 51 a 57, 293 a 299 c. principal).

Para el Despacho, los acápites 5, 6 y 7 de la parte considerativa de la Resolución No. 2011204000157-4 de 2011 se encuentra viciados de nulidad, como pasa a exponerse:

El Despacho observa que, en el acto administrativo se dio por cierto que, la opción de compra solicitada por la Sociedad Hotelera Tequendama se consolidó con el pago de un canon de arrendamiento mediante consignación del 3 de noviembre de 2011, sin embargo, para dicha fecha, no se había establecido el valor a pagar por la opción de compra, ni mucho menos se acreditó que, la demandada hubiere consignado el valor total del canon.

Lo anterior, en tanto el canon para la fecha ascendía a la suma de \$11.299.465 y solo se consignó a favor de VIDYCOM la suma de \$10.130.553, razón por la que, a la fecha de expedición de dicho acto administrativo, el derecho a la opción de compra no se había consolidado a favor de la Sociedad Hotelera Tequendama, careciendo de veracidad dicho argumento.

Adicionalmente, el acto administrativo indicó que, no quedaba saldo alguno a cargo del arrendador y que se hacía necesario la entrega al arrendatario de la factura de venta correspondiente a los bienes transferidos en ejercicio de la opción de compra, de la que adujo “*EL ARRENDATARIO hizo uso en debida forma.*”, al respecto debe igualmente advertir el Despacho que, dicho argumento tampoco resulta válido en la medida que, no se ha cancelado la totalidad del valor de la opción de compra en los términos fijados en el contrato, razón por la que, existe saldo a cargo del arrendador, contrario a lo afirmado en el acto acusado.

Finalmente, advirtió el acto acusado que, “*Las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto derivado de las obligaciones del contrato que se liquida unilateralmente*”, dicha afirmación resulta contraria a la realidad contractual, en tanto, efectivamente la Sociedad Hotelera Tequendama adeuda el valor correspondiente a la opción de compra en los términos pactados en los términos de la cápsula décimo tercera, que conforme a lo expuesto con anterioridad, corresponde a la suma equivalente a los últimos 3 cánones de arrendamiento cancelados, correspondiente a la suma de \$30.391.659.

Suma que como se expuso anteriormente, debía deducirse el saldo a favor de VIDYCOM respecto de los depósitos judiciales del 3 de noviembre de 2011, esto es, \$7.792.729, por lo que, la sociedad adeuda la suma de \$22.598.930. De manera que, al existir suma a cargo del

arrendatario para cancelar a favor del arrendador, las partes no se encuentran a paz y salvo como se indicó en el acto acusado, lo que torna nulo su contenido, siguiendo igual suerte, la Resolución No. 2012204000004-4 del 5 de enero de 2012 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera en los mismos términos (f. 67 a 78, 300 a 309 c. principal).

En conclusión, para el Despacho los actos administrativos acusados están viciados de nulidad enmarcada en la falsa motivación que los fundamenta, en razón a que, se afirmó haberse consolidado la opción de compra entre VIDYCOM y la Sociedad Hotelera Tequendama, así como se aseguró que no existían sumas adeudadas por el arrendador, estando a paz y salvo, por lo que, se declarará la nulidad de los mismos.

3.3.1 De la Liquidación oficiosa del contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008

Atendiendo la nulidad del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008, el Despacho a realizará de oficio la liquidación del mismo, en los siguientes términos:

Al respecto, el Despacho encuentra que la parte actora pretende el pago de la suma equivalente a los 3 últimos cánones de arrendamiento cancelados a efectos de consolidar la opción de compra solicitada por la demandada desde el 14 de junio de 2011, por lo que, en virtud de las pruebas aportadas y el análisis realizado en precedencia, el Despacho liquidará el contrato en los siguientes términos:

a. Opción de Compra: A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008, el Arrendatario deberá realizar el pago de cancelar la suma equivalente a los últimos 3 cánones de arrendamiento cancelados, canon que conforme a la Modificación Bilateral No. 4 ascendía a la suma de \$11.299.465, para un total de \$33.898.395.

No obstante, atendiendo los depósitos efectuados el 3 de noviembre de 2011 por la Sociedad Hotelera Tequendama a favor de VIDYCOM, existe un saldo a favor que asciende a la suma de \$7.792.729.

Por lo anterior, la Sociedad Hotelera Tequendama debe sufragar la suma de \$26.105.666 a favor de la sociedad VIDYCOM, por lo que, se ordenará su pago con la correspondiente indexación desde la fecha de terminación del contrato, esto es, el 31 de agosto de 2011, a efectos de tenerse perfeccionada la opción de compra respecto de los bienes objeto del contrato de arrendamiento SHT210.014.42/042-2008.

El valor adeudado se determinará, multiplicando la suma dejada de pagar a la parte demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago), esto es, el 31 de agosto de 2011.

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

$$R = \$26.105.666 \times \frac{105.70}{75.39}$$

$$R = \$36.600.557,72$$

Lo anterior quiere decir, que a la fecha la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. debe un total de **TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$36.600.557.72).**

Una vez cancelada la suma por la Sociedad Hotelera Tequendama a favor de la Sociedad VIDYCOM Ltda., ésta última deberá en el término de cinco (5) días siguientes expedir a favor de la primera, factura de venta en la que se relacionen los bienes objetos del contrato de arrendamiento SHT210.014.42/042-2008 y que fueron transferidos en virtud de la opción de compra prevista en la cláusula décima tercera.

b. Saldos a cargo del arrendatario

Se deja constancia que, a la fecha de la presente providencia, la Sociedad Hotelera Tequendama adeuda la suma de **TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$36.600.557.72)** valor resultante del saldo pendiente de cancelar de los 3 últimos cánones de arrendamiento en 2011 debidamente indexada desde el 31 de agosto de 2011, que deberá ser cancelada dentro de los diez (10) primeros días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la respectiva cuenta de cobro.

Cumplidas las anteriores prestaciones las partes se considerarán a paz y salvo por todo concepto de obligaciones derivas del contrato

3.3.2 De los perjuicios solicitados

La parte actora solicitó el reconocimiento de los perjuicios que se encontraran probados en el plenario, sin embargo, no se discriminaron los perjuicios de los que pretende su reconocimiento, ni mucho menos se acreditó en el plenario que, con el actuar de la aquí demandada se hubiere causado perjuicio alguno a la demandante, que sea susceptible de se indemnizado en la presente providencia.

Si bien el Despacho no desconoce que efectivamente hubo una mora en el perfeccionamiento de la opción de compra, al no haberse asumido el pago total del valor acordado en el Contrato, lo cierto es que, la parte actora no acreditó los perjuicios que le hubiere podido causar tal omisión, no obstante, el Despacho indexó la suma que dejó de cancelar la demandada a efectos de resarcir cualquier detrimento económico que hubiere podido sufrir en el valor acordado.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado debe ser solucionado indicando que, la parte actora no acreditó el incumplimiento contractual atribuido a la Sociedad Hotelera Tequendama respecto a la mora en el pago de los cánones de arrendamiento de julio y

agosto de 2011 en tanto fueron cancelados a través de depósitos judiciales.

De igual manera, no se acreditó el incumplimiento respecto al pago de los cánones de septiembre, octubre y noviembre de 2011, al haberse acreditado que el contrato no se prorrogó el 31 de agosto de 2011, razón por la que, tales cánones no se causaron.

Se resuelve igualmente, en el sentido de declarar el incumplimiento contractual de la Sociedad Hotelera Tequendama respecto del pago total de los 3 últimos cánones de arrendamiento por concepto de opción de compra, no obstante, no se acreditaron los perjuicios causados con ocasión a dicha omisión, razón por la que, no se reconocerán.

Adicionalmente se resuelve en el sentido de indicar que, las Resoluciones No. 2011204000157-4 del 7 de diciembre de 2011 que liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008 y la No. 201204000004-4 de 5 de enero de 2012 mediante la que, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, están viciadas de nulidad debido a que fueron falsamente motivadas, en el sentido de indicar que se había consolidado la opción de compra, cuando en realidad no se había cancelado el valor total de la misma e igualmente al afirmar que, no existían sumas pendientes de cancelar por el arrendador y por ende, las partes estaban a paz y salvo, cuando en realidad la demandada no ha cancelado el valor total de la opción de compra para su consolidación.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia **con cuantía**, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a la de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. no incumplió el contrato SHT210.014.42/042-2008 respecto al pago de los cánones de arrendamiento de los meses de julio y agosto de 2011.

SEGUNDO: Declarar que la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. incumplió el contrato SHT210.014.42/042-2008 al no haber cancelado la totalidad de la suma acordada por concepto de opción de compra en los términos de cláusula décimo tercera, esto es, el pago del valor de los últimos 3 cánones de arrendamiento cancelados.

TERCERO Declarar que la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. adeuda a la sociedad VIDYCOM la suma de **TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$36.600.557.72)** valor resultante del saldo pendiente de cancelar de los 3 últimos cánones de arrendamiento en 2011 debidamente indexada desde el 31 de agosto de 2011.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones No. 2011204000157-4 del 7 de diciembre de 2011 que liquidó unilateralmente el contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008 y la No. 201204000004-4 de 5 de enero de 2012, en los términos expuestos en la parte motiva.

QUINTO: LIQUIDAR JUDICIALMENTE el contrato SHT210.014.42/042-20080475 de 1º de julio de 2008, en los siguientes términos:

1. Opción de Compra

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula décima tercera del contrato de arrendamiento No. SHT210.014.42/042-2008, el Arrendatario deberá realizar el pago de cancelar la suma equivalente a los últimos 3 cánones de arrendamiento cancelados, canon que conforme a la Modificación Bilateral No. 4 ascendía a la suma de \$11.299.465, para un total de \$33.898.395.

No obstante, atendiendo los depósitos efectuados el 3 de noviembre de 2011 por la Sociedad Hotelera Tequendama a favor de VIDYCOM, existe un saldo a favor que asciende a la suma de \$7.792.729.

Por lo anterior, la Sociedad Hotelera Tequendama debe sufragar la suma de \$26.105.666 a favor de la sociedad VIDYCOM, por lo que, se ordenará su pago con la correspondiente indexación de la misma desde la fecha de terminación del contrato, esto es, el 31 de agosto de 2011, a efectos de tenerse perfeccionada la opción de compra respecto de los bienes objeto del contrato de arrendamiento SHT210.014.42/042-2008, en los términos expuestos en la parte motiva.

Lo anterior quiere decir, que a la fecha la Sociedad Hotelera Tequendama S.A. debe un total de **TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$36.600.557.72)** valor resultante del saldo pendiente de cancelar de los 3 últimos cánones de arrendamiento en 2011 debidamente indexada desde el 31 de agosto de 2011.

Una vez cancelada la suma por la Sociedad Hotelera Tequendama a favor de la Sociedad VIDYCOM Ltda., ésta última deberá en el término de cinco (5) días siguientes expedir a favor de la primera, factura de venta en la que se relacionen los bienes objetos del contrato de arrendamiento SIIT210.014.42/042-2008 y que fueron transferidos en virtud de la opción de compra prevista en la cláusula décimo tercera.

2. Saldos a cargo del arrendatario

Se deja constancia que, a la fecha de la presente providencia, la Sociedad Hotelera Tequendama adeuda la suma de **TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y DOS CENTAVOS (\$36.600.557.72)** valor resultante del saldo pendiente de cancelar de los 3 últimos cánones de arrendamiento en 2011 debidamente indexada desde el 31 de agosto de 2011, que deberá ser cancelada dentro de los diez (10) primeros días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la respectiva cuenta de cobro.

Cumplidas las anteriores prestaciones las partes se considerarán a paz y salvo por todo concepto de obligaciones derivadas del contrato

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, reconocidas en el presente fallo.

OCTAVO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

DÉCIMO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 2 de junio de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-00222-00
Demandante :	José Agustín Sotaquira Chaparro
Demandado :	Procuraduría General de la Nación

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 127**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, el señor José Agustín Sotaquira Chaparro presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Procuraduría General de la Nación, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia dentro del trámite de conciliación prejudicial No. 378195 del 21 de octubre de 2015, adelantado ante la Procuradora No. 132 Judicial Administrativa.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 18 y 19 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor José Agustín Sotaquira Chaparro se desempeñaba como sargento viceprimero del Ejército Nacional cuando desarrolló una enfermedad profesional que disminuyó su capacidad psicofísica. Pese a su condición, fue aceptado en el curso de ascenso, el que superó con buenas calificaciones, cumpliendo con todos los requisitos para ser ascendido a sargento primero.

Aseguró que, pese al buen desempeño en la institución y a no haber sido condenado disciplinaria, penal, fiscal o administrativamente, fue despedido de su cargo a través de Resolución No. 1276 de 16 de junio de 2015.

Al considerar que su despido fue injusto, radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación a efectos de agotar el requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiéndole el conocimiento de la misma a la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos.

Señaló que, en dicho trámite se fijó fecha para audiencia de conciliación para el 13 de enero de 2016, sin embargo, debido a la enfermedad que aquejaba a la apoderada del señor José Agustín Sotaquira Chaparro, el 12 de enero de 2016 presentó incapacidad médica por motivo de enfermedad o de fuerza mayor bajo radicado No. 7101-2016.

Indicó que, pese a lo anterior, la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos no tuvo en cuenta la solicitud de aplazamiento radicada por la apoderada de la parte convocante y dio trámite a la audiencia de conciliación en la fecha y hora estipulada.

Alegó que, la Procuradora no le notificó a la apoderada convocante que la conciliación se había llevado a cabo en la fecha señalada, es decir que, no tuvo en cuenta la solicitud de aplazamiento de la audiencia y además, decidió realizarla sin la presencia de la parte convocante quien se encontraba incapacitada.

Relató que, la apoderada le solicitó la Procuradora se pronunciara sobre la solicitud de aplazamiento, informándosele que la audiencia se había realizado el 13 de enero de 2016, por lo que, se encontraban vencidos los términos para su poderdante.

Frente a la responsabilidad de la entidad aseguró que, se aplicó indebidamente el artículo 2.2.4.3.1.1.10 del Decreto 1069 de 2015 al considerar que, confundió el aplazamiento con la suspensión, generando el vencimiento de términos para iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la que, considera que no hubo tutela judicial, se le negó el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y surgió la pérdida de la oportunidad para que su poderdante ascendiera al grado inmediatamente superior.

Lo anterior, toda vez que, su poderdante pese haber superado el curso de ascenso obteniendo excelentes resultados, no fue tenido en cuenta para el ascenso, al haber sido destituido por la enfermedad profesional que padecía (f. 19 a 21 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

El Despacho precisa que, mediante auto del 20 de febrero de 2019 se advirtió que, la **Procuraduría General de la Nación** en el término concedido, guardó silencio (f. 59 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 23 de agosto de 2017 (f. 25 c. principal), mediante auto de 19 de enero de 2018 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 19 de abril de 2018, se admitió la demanda (f. 44 c. principal).

En providencia del 20 de febrero de 2019 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 59 c. principal).

El 1º de agosto de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 153 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 16 de agosto de 2019, el apoderado judicial de la **parte actora** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda y reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Señaló que, conforme a la documental allegada se había acreditado que su poderdante cumplía con los requisitos para ser ascendido de cargo, no obstante, la entidad mediante Resolución 1276 de 2015 dispuso retirarlo de su cargo debido a sus quebrantos de salud (f. 166 a 173 c. principal).

Por su parte, la **Procuraduría General de la Nación** refirió en primer lugar, la normatividad y características del trámite de la conciliación prejudicial, lo anterior para decir que, la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativo como requisito de procedibilidad, se caracterizaba por ser en derecho, requerir pruebas, adelantarse solo ante los agentes del Ministerio Público, requerir aprobación judicial siempre que se llegue a un acuerdo y requerir que las partes estén representadas por abogado inscrito.

Indicó además que, la asignación de un abogado en el trámite de conciliación extrajudicial, además de ser una exigencia previa para adelantar el procedimiento correspondiente, generaba unas obligaciones y deberes a ese apoderado designado para con su cliente y la administración de justicia, debiendo el apoderado judicial garantizar una defensa técnica del convocante y comprometiéndose a cumplir diligentemente sus deberes y obligaciones de representación de su poderdante.

Frente al caso concreto adujo que, el presunto daño alegado no fue generado por la Procuraduría General de la Nación, sino que devino del actuar descuidado y poco diligente de su abogada, toda vez que, un día antes de la realización de la audiencia radicó solicitud de aplazamiento confiando en que le sería resuelta favorablemente, pese a la facultad potestativa del Ministerio Público frente a la misma.

Sin embargo, después del día que estaba programada la diligencia, le correspondía el deber legal de ejercer una celosa diligencia, sin descuidar los trámites a cargo, como lo era verificar la aceptación de su solicitud y por ende que, la audiencia no se había realizado y no esperar que se superara el término inicial de 3 meses con que contaba la Procuraduría para resolver la solicitud de conciliación y de 4 meses de caducidad del medio de control que pretendía radicar.

Añadió que, el daño alegado no tiene la virtualidad de ser certero y real, debido a que la parte actora partía de la idea que se iba a acceder a las pretensiones y ordenarse el reintegro del demandante, cuando en realidad el trámite judicial constituía una expectativa de que las pretensiones sean favorable a sus intereses, más aún cuando podía revisarse el asunto en dos instancias (f. 154 a 158 c. principal).

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto el 14 de agosto de 2019, en los siguientes términos:

Indicó que, conforme a la documental allegada se evidenciaba que, el señor José Sotaquirá presentó por medio de apoderado solicitud de conciliación prejudicial bajo radicado No. 378195 del 21 de octubre de 2015, fijándose como fecha para realización de la audiencia el 13 de enero de 2016, es decir, faltando 8 días para que se cumplieran los 3 meses para efectuarse dicha conciliación.

No obstante, la apoderada radicó el 12 de enero de 2016 solicitud de aplazamiento indicando que estaba enferma, sin embargo, no allegó prueba que diera cuenta de ello, es decir, una incapacidad médica a efectos de que la Procuradora 132 Judicial hubiere aceptado la excusa por configurarse la causal de caso fortuito o fuerza mayor de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.4.3.1.1.9 del numeral 7° del Decreto 1069 de 2015.

Indicó que, la sola manifestación de que estaba enferma, no era razón suficiente para aplazar la audiencia, pues debía aportarse prueba siquiera sumaria, lo que no ocurrió, observándose que, solo hasta el 22 de enero de 2016, la apoderada convocante a través de correo electrónico se puso en contacto con el Despacho, cuando el asistía la obligación de estar al tanto de la solicitud de conciliación para la que se le dio poder.

Por lo anterior concluyó que, el actuar de la Procuraduría Judicial estuvo acorde con las disposiciones normativas, actuando con apego a la legalidad, y si se configuró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no fue por culpa de la funcionaria sino de la apoderada de la parte convocante, quien no estuvo pendiente y diligente de la labor encomendada, conducta que incluso podría configurar una falta disciplinaria (f. 159 a 165 c. principal).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Procuraduría General de la Nación debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del proceso de conciliación prejudicial No. 378195 del 21 de octubre de 2015 adelantada por la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos, al no accederse a la solicitud de aplazamiento presentada por la parte convocante a la audiencia programada para el 13 de enero de 2016 que generó la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba

Parte por precisar el Despacho que los documentos aportados al plenario en copia simple, tendrán el valor probatorio correspondiente -aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos¹.

Frente a la prueba trasladada, el Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”*² (se resalta).

Por lo que en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas con ocasión de la conciliación prejudicial No. 378195 del 21 de octubre de 2015 adelantada por la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos, serán valoradas por el Despacho, atendiendo que las mismas fueron allegadas en virtud de orden judicial y dentro del trámite del proceso.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado³, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado -o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.3.1 Del daño antijurídico

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁵. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En el *sub judice* la parte actora hace consistir el daño en la decisión de la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos en el sentido de no acceder a la solicitud de aplazamiento radicada el 12 de enero de 2016 y que conllevó a la realización de la audiencia el 13 de enero de 2016 y el vencimiento de la oportunidad para acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de solicitar la nulidad del acto administrativo que retiró del servicio al demandante y el reintegro del mismo al Ejército Nacional.

De la documental allegada, se observa que la audiencia de conciliación prejudicial fue fijada para el 13 de enero de 2016 (f. 116 c. principal), el 12 de enero de 2016 la doctora la apoderada de la parte convocante solicitó el aplazamiento de la misma al advertir que padecía gripa fuerte, dolor corporal y de huesos (f. 117 c. principal), acreditándose además que, efectivamente el 13 de enero de 2016 se realizó la audiencia de conciliación con la presencia del apoderado de la convocada Ministerio de Defensa-Ejército Nacional declarándose fallida (f. 121 c. principal).

Por lo tanto, se tiene que al haberse realizado la audiencia de conciliación, se infiere que no se dio trámite a la solicitud de reprogramación.

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.3.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: ‘La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos’. SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

‘La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen’ (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las ‘estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho”⁶ (se resalta).

3.3.2.1 De la Responsabilidad de la Procuraduría General de la Nación

En el presente asunto, la parte actora alegó que la Procuraduría General de la Nación es responsables por los daños y perjuicios causados, por el “defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la negación al acceso a la administración de justicia y la ausencia de tutela judicial efectiva”, en razón al desconocimiento de la solicitud de aplazamiento presentada en sede prejudicial a la audiencia programada para el 13 de enero de 2016.

Se tiene entonces que, los perjuicios reclamados en esta demanda, derivan de la presunta irregularidad en la actuación adelantada por la Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos en la conciliación prejudicial No. 378195 de 21 de octubre de 2015.

Actuaciones con la que el demandante se encuentra en desacuerdo en la medida que, adujo haberle impedido acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en aras de obtener la nulidad del acto administrativo que los retiró del servicio y el reintegro a su cargo, al haberse configurado el fenómeno de la caducidad.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Frente al trámite de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, debe referirse lo dispuesto por la Ley 640 de 2001, que indica lo siguiente:

"ARTICULO 23. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción

(...) ARTICULO 20. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término. (...)

ARTICULO 35. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. (...) El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación."

Por su parte, la Ley 1285 de 2009, dispuso lo siguiente:

"Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial."

De otro lado, el Decreto 1716 de 2009 estableció los asuntos susceptibles de conciliación en materia contencioso administrativa y el procedimiento que rige la misma.

Finalmente, el Decreto 1069 de 2015 vigente al momento de radicarse la solicitud por el demandante, previó lo siguiente frente a la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa:

"ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.2. Modificado por el Art. 1º, Decreto Nacional 1167 de 2016. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo. (...)

ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.3. 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 expidan 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.*
- En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia*

correspondiente. La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

PARÁGRAFO. Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.

(...) ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.5. Derecho de postulación. Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

(...) ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.7. Audiencia de conciliación extrajudicial. Dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la solicitud, el agente del Ministerio Público, de encontrarla procedente, fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes.

El agente del Ministerio Público citará a los interesados a la audiencia por el medio que considere más expedito y eficaz (telegrama, fax, correo electrónico) con una antelación no inferior a 15 días a la realización de la misma; indicando sucintamente el objeto de la conciliación y las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

(...) ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.9. Desarrollo de la audiencia de conciliación. Presentes los interesados el día y hora señalados para la celebración de la audiencia de conciliación, esta se llevará a cabo bajo la dirección del agente del Ministerio Público designado para dicho fin, quien conducirá el trámite en la siguiente forma: (...)

6. Si no fuere posible la celebración del acuerdo, el agente del Ministerio Público expedirá constancia en la que se indique la fecha de presentación de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, la identificación del convocante y convocado, la expresión sucinta del objeto de la solicitud de conciliación y la imposibilidad de acuerdo. Junto con la constancia, se devolverá a los interesados la documentación aportada, excepto los documentos que gocen de reserva legal.

7. Cuando circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito impidan a alguno de los interesados acudir a la correspondiente sesión, deberá informarlo así dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que debió celebrarse la audiencia.

ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.10. Suspensión de la Audiencia de Conciliación. La Audiencia de Conciliación es susceptible de suspensión por solicitud expresa de ambas partes y siempre que el agente del Ministerio Público encontrare elementos de juicio respecto de la existencia de ánimo conciliatorio.

ARTÍCULO 2.2.4.3.1.1.11. Culminación del trámite de conciliación por inasistencia de las partes. Señalada la fecha para la realización de la audiencia sin que esta se pueda llevar a cabo por inasistencia de cualquiera de las partes, excluido el supuesto de que trata el numeral 7 del artículo 2.2.4.3.1.1.9., de este capítulo, se entiende que no hay ánimo conciliatorio, lo que se hará constar expresamente por el agente del Ministerio Público, quien dará por agotada la etapa conciliatoria y expedirá la correspondiente certificación."

Advertidas las normas que regulan la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa, el Despacho encuentra acreditadas las siguientes circunstancias:

Se encuentra acreditado que, el 21 de octubre de 2015, actuando a nombre y en representación del señor José Agustín Sotaquira Chaparro, la doctora María Ibeth Sotaquira Chaparro presentó solicitud de conciliación prejudicial contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional como requisito de procedibilidad para acudir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y obtener la nulidad de la

Resolución No. 1276 de 16 de junio de 2015 que lo retiró del servicio y en consecuencia, obtener su reintegro a la institución (f. 75 a 101 c. principal).

El 5 de noviembre de 2015, la Procuraduría 132 Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá requirió a la convocante para que subsanara las falencias advertidas (f. 102 c. principal). Decisión notificada el 20 de noviembre de 2011.

Mediante auto de 2 de diciembre de 2015, la Procuraduría 132 resolvió *“Entender desistida y tener por no presentada la solicitud de conciliación extrajudicial (...) de conformidad con lo previsto en el parágrafo 3º del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, toda vez que el apoderado del convocante no dio cumplimiento a lo dispuesto en el auto de 05 de noviembre de 2015”* (f. 111 c. principal). Decisión notificada el 3 de diciembre de 2015.

En decisión del 14 de diciembre de 2015, la Procuraduría al verificar que efectivamente se había allegado escrito subsanatorio, dejó sin efectos la decisión del 2 de diciembre de 2015 (f. 114 c. principal) y el 14 de diciembre de 2015 resolvió admitir la solicitud, reconocerle personería a la apoderada y fijar como fecha para la audiencia de conciliación el día 13 de enero de 2016 a las 10:00 de la mañana (f. 115 c. principal).

A través de escrito radicado el 12 de enero de 2016, la doctora María Ibeth Sotaquirá Chaparro elevó petición en los siguientes términos:

“solicito a la señora Procuradora 132 Judicial II para Asuntos Administrativos para que APLAZE la audiencia de conciliación extrajudicial administrativa, contra la Nación, al Ministerio de Defensa, al Ejército Nacional y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, la cual esta prevista para el día 13 de Enero de 2016 a las 10:00 a.m., y como consecuencia fije nueva fecha para llevar a cabo la audiencia, lo anterior por motivos de salud (gripe fuerte, dolor corporal y de huesos), lo cual me impide atender con prontitud eficacia y eficiencia mi deber encomendado” (f. 117 c. principal).

Se tiene que, la solicitud fue radicada un día antes de la diligencia, no obstante, la entidad el mismo día de la audiencia le informó sobre las condiciones para que resultara procedente la suspensión de la audiencia de conciliación, a través de correo electrónico suscrito el 13 de enero de 2016:

“La solicitud de suspensión de la diligencia procede cuando la solicitan las partes convocada y convocante y en tanto la Agencia del Ministerio Público encuentre que existe ánimo conciliatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.4.3.1.1.10 del Decreto 1069 de 2015 que establece: “Suspensión de la Audiencia de Conciliación. La audiencia de conciliación es susceptible de suspensión por solicitud expresa de ambas partes y siempre que el agente del Ministerio Público encuentre elementos de juicio respecto de la existencia de ánimo conciliatorio” (f. 118 c. principal).

Se acreditó además que, el 13 de enero de 2016 a las 10:00 de la mañana, la Procuradora 132 Judicial para Asuntos Administrativos se constituyó en audiencia de conciliación con la asistencia de la apoderada del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, advirtiéndolo lo siguiente:

“El procurador judicial, en atención a la falta de ánimo conciliatorio de la parte convocada LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJÉRCITO NACIONAL que allega certificación de no conciliar, se entiende falta de ánimo conciliatorio de la parte convocante que no compareció a la diligencia, estando próximos

a vencer los tres meses con que cuenta la Procuraduría, y frente a la falta de ánimo conciliatorio el procurador no encuentra razón para suspender la diligencia; "La solicitud de suspensión de la diligencia procede cuando la solicitan las partes convocada y convocante y en tanto la Agencia del Ministerio Público encuentre que existe ánimo conciliatorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.4.3.1.1.10 del Decreto 1069 de 2015 que establece. "Suspensión de la Audiencia de Conciliación. La audiencia de conciliación es susceptible de suspensión por solicitud expresa de ambas partes y siempre que el agente del Ministerio Público encuentre elementos de juicio respecto de la existencia de ánimo conciliatorio", por ende se declara fallida la presente audiencia de conciliación y da por surtido el trámite conciliatorio extrajudicial; en consecuencia, ordena la expedición de la constancia de Ley, la devolución de los documentos aportados con la solicitud y el archivo del expediente" (f. 121 c. principal).

Frente a las excusas y la valoración de las mismas en el trámite prejudicial, es dable referir lo dispuesto por el Consejo de Estado en sede de tutela:

"Sobre el particular se reitera que el numeral 7º del artículo 9º del Decreto 1716 de 2009, al establecer el término en que los interesados pueden justificar su inasistencia a la audiencia de conciliación, hace referencia a circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, y por ende, a situaciones excepcionales; después de todo, la simple inasistencia a dicha diligencia de conformidad con el establecido por el artículo 11 del mencionado Decreto, es entendida como inexistencia de ánimo conciliatorio.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el numeral 7º del 9º artículo del Decreto 1716 de 2009, precisa que son circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor, aquellas en la que parte que no asistió a una audiencia de conciliación puede justificar válidamente su conducta, en criterio de la Sala le corresponde al conciliador en primer término valorar dichas excusas.

(...) Por lo anterior, es de significativa importancia la valoración que realice el conciliador de las excusas presentadas por la inasistencia a la audiencia de conciliación, en tanto del análisis que se realice puede determinarse si en realidad existieron circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, si es necesario y viable convocar a una nueva audiencia, o si no hay lugar celebrar a la misma, por ejemplo, porque las justificaciones presentadas por la parte incumplida no son suficientes; o porque el plazo de 3 meses para el trámite conciliatorio y la suspensión del término de la acción contenciosa está ad portas de cumplirse, y no es posible citar a una nueva audiencia antes del vencimiento de dicho plazo, por supuesto, a menos que los interesados de mutuo acuerdo consientan en prorrogar aquél para adelantar el trámite conciliatorio, caso en el cual no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción (art. 3, parágrafo único, del Decreto 1716 de 2009).

*Por lo anterior, si el apoderado de alguna las partes directamente involucradas no acude a la audiencia de conciliación, la misma no puede celebrarse, y aún más, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1716 de 2009, dicha situación daría lugar al agotamiento de la etapa conciliatoria y a la emisión de la certificación correspondiente, salvo que se presente el supuesto de que trata el numeral 7 del artículo 9º de dicho Decreto, esto es, que oportunamente se justifique la inasistencia en circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, y que acreditadas éstas, por tiempo la audiencia se pudiese celebrar nuevamente."*⁷

Para el Despacho, la excusa presentada por la parte actora no se encontraba soportada con prueba siquiera sumaria en la que efectivamente constara su incapacidad de asistir a la diligencia debido a su mal estado de salud, pues solo consta la manifestación realizada por la apoderada, lo anterior, a efectos de determinarse que efectivamente se configuraba una fuerza mayor o caso fortuito que, impidiera su asistencia a la audiencia o en todo caso que,

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., 15 de mayo de 2013. Radicación Número: 25000-23-42-000-2013-00959-01(Ac)

le impidiera sustituir el poder otorgado a efectos de que su poderdante estuviera representado en la diligencia.

Si bien no se advierte en la audiencia que se hubiere hecho mención a la solicitud de aplazamiento, lo cierto es que, se dejó constancia que la apoderada de la convocante no había comparecido a la diligencia y que, atendiendo la certificación allegada por la convocada en la que se advertía la falta de ánimo conciliatorio, no se encontraba razón para suspender la diligencia y más aún cuando estaban por vencerse los 3 meses previstos por la norma para llevar a cabo la audiencia, razón por la que, declaró fallida la audiencia y surtido el trámite conciliatorio.

Finalmente, el 19 de enero de 2016 se expidió constancia del trámite prejudicial (f. 128 c. principal) y el 22 de enero de 2016, le comunicó a la apoderada de la convocante lo siguiente:

“Le informo que está a disposición los anexos y la respectiva constancia por cuanto el trámite de conciliación prejudicial ya culminó” (f. 130 c. principal).

Para la parte actora, fue la decisión de la Procuradora 132 Judicial de realizar la audiencia del 13 de enero de 2016 y no acceder al aplazamiento solicitado, la generadora del daño causado, como lo fue el vencimiento para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de nulidad y restablecimiento del derecho.

No obstante, para el Despacho en principio no fue la celebración de la audiencia el 13 de enero lo que conllevó a la causación del daño alegado, como pasa a exponerse.

3.3.2.1 De la culpa de la víctima

Sobre la conducta de la víctima en la producción del daño ha dicho el Consejo de Estado⁸, lo siguiente:

“En tratándose de la culpa exclusiva de la víctima, no se requerirá constatar que [la misma devenga en irresistible e imprevisible] para el demandado sino que, este último no haya incidido decisivamente en la producción de los hechos o, de otra parte, no se encuentre en posición de garante, en cuyo caso el resultado le será imputable materialmente (imputatio facti). Así las cosas, lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada (hecho de la víctima) fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño” (Se resalta).

Se encuentra acreditado que, la doctora María Ibeth Sotaquira Chaparro solicitó el aplazamiento de la audiencia el 12 de enero de 2016 y pese a que, la audiencia estaba programada para el 13 de enero de 2016, no se observa que la apoderada hubiere adelantado acción alguna a efectos de verificar si la agente del Ministerio Público accedió o no a su solicitud, pues el solo hecho de solicitar el aplazamiento, no le garantizaba que se accediera al mismo, en la medida que era necesario verificar su procedencia o no.

Pues solo mediante escrito del 25 de enero de 2016, la doctora Maria Ibeth Sotaquira solicitó a la Procuradora fijara nueva fecha para llevar a cabo audiencia de conciliación

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia proferida el 28 de agosto de 2014, al interior del proceso 1997-01172 (31170) C. P. Enrique Gil Botero.

manifestando que, nunca solicitó la suspensión de la audiencia en razón a que no se cumplían los supuestos y que, lo solicitado el 12 de enero de 2016 fue el aplazamiento de la diligencia, debido al mal estado de salud que presentaba, advirtiendo que, al haber solicitado el aplazamiento de la audiencia ésta no podía realizarse, considerando una violación del debido proceso el hecho de haberse realizado (f. 132 a 134 c. principal).

Se tiene entonces que, entre el 12 de enero de 2016, fecha en que solicitó el aplazamiento y el 25 de enero de 2016, la convocante no adelantó acción alguna para conocer las resultas de su solicitud, sino que, solamente se confió en que se accedería al aplazamiento solicitado, lo que denota una negligencia en el actuar de la apoderada en la representación de los intereses de su poderdante, más aún, cuando para dicha fecha ya se habían superado los 3 meses de que trata la norma para el trámite conciliatorio.

El 25 de enero de 2016, la Procuraduría emitió respuesta a la solicitud de la convocante en los siguientes términos:

"Respecto de su solicitud de aplazar la diligencia no se acreditó puesto que no se cumplía con ninguno de los dos requisitos para fijar una nueva fecha, a saber:

- 1- No se solicitó de mutuo acuerdo como la norma lo indica puesto que la parte convocada que asistió a la diligencia dejó constancia que no estaba de acuerdo con aplazar o suspender la diligencia.*
- 2- Adicional a lo anterior se dejó constancia que no le asistía ánimo conciliatorio anexando certificación del Comité de Conciliación de no conciliar.*

Complemento del argumento por el cual no se accedió a la fijación de una nueva fecha le comunico que la Procuraduría Administrativa cuenta con tres meses para realizar todo lo concerniente al trámite de conciliación prejudicial en aras de agotar el trámite conciliatorio, respecto al caso en concreto la solicitud de conciliación fue radicada el 21 de Octubre de 2015, es decir la fecha de vencimiento de los tres meses, tiempo en el cual la procuraduría es competente respecto al trámite, culminaba el 21 de enero de 2016, su solicitud de aplazamiento fue radicada el 12 de enero de 2016 quedando el despacho ante la imposibilidad de fijar nuevas fechas en un término tan corto.

En relación a lo anterior el Despacho de la Procuraduría 132 Judicial II para Asuntos Administrativos observando que no se cumplía con los dos requisitos para fijar una nueva fecha y estando próximos a vencer los tres meses con que cuenta la procuraduría, declaró fallida la diligencia ordenó emitir las respectivas constancias y la devolución de los anexos, estando a disposición los anexos y la respectiva constancia como le indiqué en el correo de 22 de enero de 2016" (f. 131 c. principal).

Así las cosas, se tiene que en el caso concreto la Procuradora 132 Judicial no consideró procedente la no realización de la audiencia ante la configuración de varias circunstancias que se lo impedían, como lo era que, al haberse radicado la solicitud de conciliación prejudicial el 21 de octubre de 2015 estaban por vencerse los 3 meses para el trámite conciliatorio, por lo que no era factible fijar una nueva fecha en tan poco tiempo; adicionalmente, no se avizoraba ánimo conciliatorio entre las partes, en tanto el Ministerio de Defensa allegó certificación del Comité de Conciliación de la entidad en la que manifestaba su voluntad de no conciliar; ni mucho menos existía voluntad de la convocada de no efectuarse la diligencia a efectos de considerar una posible suspensión.

Por lo anterior, considera el Despacho que el actuar del Ministerio Público en principio no se torna arbitrario o irregular a efectos de configurar responsabilidad alguna en la Entidad,

aunado a que, pese a haberse realizado la diligencia el 13 de enero de 2016, le correspondía a la apoderada haber verificado si efectivamente se había accedido o no al aplazamiento solicitado, pues de haberlo hecho de manera oportuna, hubiera adelantado las acciones tendientes a ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en tiempo.

Lo anterior, en tanto el acto administrativo del cual pretendía se declarara su nulidad, le fue notificado al señor José Agustín Sotaquira Chaparro el 22 de junio de 2015 (f. 94 c. principal), es decir que, al haber radicado la solicitud de conciliación ante la Procuraduría el 21 de octubre de 2015, le restaban 2 días para el vencimiento del término de caducidad de la acción (23 de octubre de 2015). Por tal razón, al existir tan poco tiempo, exigía una mayor vigilancia de la solicitud de aplazamiento de la audiencia, más aún, cuando a la fecha de realización de la audiencia restaban 8 días para el vencimiento del término de los 3 meses del trámite conciliatorio.

Pese a que la apoderada contaba con tiempo en contra, no se advierte que hubiera sido diligente en conocer la decisión de la Procuraduría a su solicitud, pues reitera el Despacho que, solo hasta el 25 de enero de 2016, es decir, vencidos los 3 meses de que trata la norma, acudió a cuestionar la decisión de la Agente del Ministerio Público.

Por lo anterior, el Despacho encuentra que la apoderada debió acudir por lo menos, el **21 de enero de 2016** a afectos de reclamar la constancia del trámite prejudicial y con ella acudir al Juez Administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues de haberlo hecho y habiéndose expedido la constancia el 19 de enero de 2016, el término de caducidad se reanudó día siguiente de la expedición de la constancia por la agente del Ministerio Público, esto es, el 20 de enero de 2016, restándole 1 día para que hubiera presentado de manera oportuna su demanda.

Por todo lo anterior, no puede pretender la parte actora que la omisión en su calidad de Convocante en el trámite prejudicial de estar pendiente de las decisiones y actuaciones que se adoptaran al interior del mismo, sean atribuidas a la entidad demandada quien acreditó haber decidido no aplazar la audiencia fundamentada en la normatividad vigente y con las consecuencias de Ley, como lo era, dar por fallida la audiencia y tener por agotado el requisito de procedibilidad.

Por lo que recaía en cabeza de la parte actora, estar atento en primer lugar, a la decisión de su solicitud de aplazamiento, en segundo lugar, estar pendiente del vencimiento del término de 3 meses previsto por la norma para el trámite prejudicial y por último, verificar la oportunidad de la demanda una vez agotado el trámite conciliatorio ya sea por declararse fallida o vencerse el término previsto para ello, pues de haber sido así, independientemente de la celebración de la audiencia, de haber sido más diligente en su actuación, hubiera podido presentar oportunamente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y no pretender atribuir su error, al actuar de la entidad accionada de la cual se avizora irregularidad alguna.

En todo caso, debe resaltar el Despacho que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 640 de 2001, el trámite de conciliación prejudicial no podía extenderse por más de 3 meses que en el caso bajo estudio acaecían el 21 de enero de 2015, de manera que aun ante la no reprogramación de la audiencia de conciliación prejudicial y al margen de la actuación de la

Procuraduría, la apoderada de la parte actora ha debido presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad correspondiente (máximo 2 días después que fue el término que se suspendió la de caducidad), pudiendo subsanar la finalización del trámite de conciliación prejudicial incluso en el trámite judicial, aun cuando ya se había cumplido uno de los supuestos por los que se entendía agotado el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.

De manera que la causa efectiva del daño referente a la configuración del fenómeno de la caducidad, no fue la actuación de la entidad aquí demandada sino de la apoderada de la parte actora que descuidó sus deberes profesiones y generó que se presentara la caducidad del medio de control respecto de los intereses de su poderdante con el fin de desvirtuar la legalidad de la Resolución No. 1276 de 16 de junio de 2015.

En efecto, el término con el que contaba la parte actora para haber presentado la demanda con la correspondiente suspensión de términos acaeció en principio del 23 de enero de 2015, de manera que por tratarse de un día no hábil, el término se extendía hasta el 25 de enero de 2016, fecha incluso en la que acudió a cuestionar la decisión de la Agente del Ministerio Público y ya contaba con elementos suficientes para acudir a la administración de justicia.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera negativa, al encontrarse configurado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en los hechos en que resultó afectada la parte actora respecto de la oportunidad para adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, una vez agotado el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 132 Judicial para Asuntos Administrativos, por lo que resulta procedente negar las pretensiones de la demanda.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia **con cuantía**, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija

como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probado de oficio el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KCM



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C. 2 de junio de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-00314-00
Demandante :	Carlos Alberto Mahecha y otros
Demandados :	Departamento de Cundinamarca Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU Municipio de Ricaurte

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 132**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Los señores Carlos Alberto Mahecha Arboleda, María Consuelo Méndez Garzón quien actúa a nombre propio y en representación de la menor Karoll Tatiana Mahecha Méndez; Alberto Mahecha Ramírez quien actúa a nombre propio y en representación de los menores David Santiago Mahecha Soto y John Stiven Mahecha Soto presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU y el municipio de Ricaurte, a efectos de que se les declare responsables por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de las lesiones sufridas el 15 de septiembre de 2014 al colisionar contra un árbol caído en la vía pública mientras se desplazaba en una motocicleta en la vía Girardot – Agua de Dios.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 248 y 249 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, aproximadamente a las 1:20 de la madrugada del 15 de febrero de 2014, mientras transitaba en una motocicleta por la vía antigua que del municipio de Ricaurte (Cundinamarca) conduce al municipio de Agua de Dios (Cundinamarca) el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda colisionó con un árbol que desde hacía dos días se había

caído en la vía según le indicaron testigos, lo que hizo que perdiera el control y saliera expulsado de la motocicleta y le causara lesiones en su cuerpo.

Relató que, el accidente fue atendido por el Patrullero de la Policía Nacional Germán Céspedes Álvarez adscrito a la Estación de Policía del municipio de Ricaurte, quien realizó un informe policial en un formato de la alcaldía de Girardot y la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Girardot, aunado a ello, priorizó la prestación de primeros auxilios.

Aseguró que, normalmente no transitaba dicha vía, sino que se traslada a su lugar de trabajo por la vía nueva que del municipio de Girardot conduce al municipio de Agua de Dios, pero el día de los hechos decidió tomar la antigua vía que del municipio de Ricaurte conduce a Agua de Dios, desconociendo el estado de la vía y mucho menos el obstáculo que se encontraba en el camino, pese a contar con la experiencia necesaria para conducir su motocicleta.

Refirió que, después del accidente fue trasladado en ambulancia al municipio de Ricaurte e ingresado por urgencias al Instituto Médico Especial de Girardot – Médicos Asociados, en cuyo valoración de ingreso se le diagnosticó: fractura de cráneo, fractura de orbita izquierda, fractura de 4º metacarpiano, fractura de cubito y radio derecho, hemo neumotorax izquierdo, contusión pulmonar derecha fractura de escapula y fractura de clavícula izquierda en tercio medio, por lo que, debió ser objeto de tratamiento quirúrgico.

Adujo que, le otorgado el egreso de la clínica el 12 de octubre de 2014 y se dispuso su remisión a la Clínica San Rafael de la ciudad de Bogotá con los siguientes diagnósticos: hemorragia subdural traumática, fractura de otras vértebras cervicales y hemo neumotorax traumático, entidad donde le indicó habersele suministrado el tratamiento médico adecuado.

Para el 16 de diciembre de 2014 fue valorado por el equipo interdisciplinario de medicina laboral de Saludcoop EPS mediante Dictamen No. 2928010, estableciéndole una pérdida de la capacidad laboral de 78.75%.

Indicó que, entre el 1º y el 31 de diciembre de 2015 estuvo hospitalizado en la Clínica de Crónicos SEP – Sociedad de Enfermeras Profesionales por complicaciones en las secuelas del accidente. No obstante, el 16 de diciembre de 2015 fue valorado por Seguros Alfa S.A. reflejando una pérdida de la capacidad laboral del 90.7%.

Posteriormente para el 2016, se vio obligado a acudir nuevamente a la Clínica de Crónicos SEP – Sociedad de Enfermeras Profesionales y después de ser valorado, fue necesario prorrogar su incapacidad cada 30 días.

Concluyó que, en la vía donde ocurrió el accidente carecía de reductores de velocidad, iluminación y señalización lo que contribuyó a que colisionara con el árbol y perdiera el control de la motocicleta que conducía (f. 249 a 255 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 11 de julio de 2017, el **Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca - ICCU** contestó la demanda, oponiéndose a las

pretensiones, al señalar que, la entidad no era la autoridad competente para ser vinculada al presente asunto, debido a que carecía de competencia funcional y por ende, responsabilidad alguna, razón por la que, debían negarse las pretensiones del demandante.

Indicó que, el accionante atribuyó el daño a la falta de señalización de la vía, obligación que recaía en la Secretaría de Transporte y Movilidad del Departamento.

Aseguró que, no hubo testigos presenciales del accidente, por lo que no existía prueba alguna de la ocurrencia del mismo, lo anterior, en tanto el informe aportado al plenario no reunía las exigencias del Código Nacional de Tránsito, sino que se trataba de un reporte dirigido al centro de salud a efectos de hacer efectivo el seguro obligatorio de accidente de tránsito, aunado a que, conforme a la respuesta emitida por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Girardot, no existía en los archivos de la entidad informe de accidente del vehículo en cuestión.

Afirmó que, si bien se afirmó que el señor Mahecha no acostumbraba a transitar por la ruta en la que ocurrió el accidente, lo cierto era que, él decidió libre y voluntariamente cambiar el trayecto que habitualmente tomaba, por lo que, el desconocimiento del sector, la hora en que transitaba, la poca visibilidad, eran condiciones que obligaban al conductor a transitar con mayor precaución, sin embargo, las condiciones del accidente demostraban que el conductor iba a una velocidad superior a los 30 km/h y dado que tenía aliento alcohólico al momento del accidente, indicaba que, dado su estado de alicoramiento decidió tomar una vía que no estuviera vigilada por las autoridades como la vía concesionada, que era la que frecuentaba a diario.

Aseguró que, conforme a lo consignado en la historia clínica aportada en el examen físico realizado al señor Mahecha se apreció “aliento alcohólico”, así mismo, el lugar de ocurrencia del accidente reportado al ingresar al Hospital de Girardot no coincidía con el indicado en el reporte del accidente, careciendo de certeza el lugar exacto del accidente.

Aclaró que, el mantenimiento de la vía que conducía de Ricaurte a Agua de Dios como lo indicó el demandante, se encontraba totalmente pavimentada sin charcos, baches, ni lodo, por lo que, no era posible endilgarle una deficiente prestación de los servicios a cargo de la entidad.

Concluyó que, no existía un nexo de causalidad que vinculara al ICCU con el daño sufrido por la víctima directa, toda vez que, el señor Mahecha estaba obligado a detener el vehículo una vez advirtió la presencia del supuesto obstáculo en la vía, acción posible de realizar siempre que hubiese atendido la normatividad de tránsito que prohíbe la ingesta de alcohol y el exceso de velocidad, lo que le hubiera permitido un buen frenado, lo que configuraba el eximente de culpa exclusiva de la víctima (f. 300 a 319 c. principal).

El 27 de julio de 2017, el **departamento de Cundinamarca** dio contestación a la demanda, igualmente oponiéndose a las pretensiones, argumentando que, el comportamiento de la víctima lesionada fue decisiva, determinante y exclusiva que dio lugar a la ocurrencia del hecho dañino.

Frente a los hechos de la demanda adujo que, le correspondía a la parte actora demostrar que las entidades demandadas tenían conocimiento de la caída del árbol sobre la vía en cuestión y que, a pesar de tener conocimiento de dicha situación no actuaron para retirar el elemento de la vía.

Advirtió que, en el plenario no había prueba que indicara la existencia de queja o denuncia de los usuarios de la vía respecto de la caída del árbol o que su caída hubiere sido puesta en conocimiento de las autoridades competentes, por lo que, existía la imposibilidad de prever el riesgo del árbol caído.

Argumentó que, en el presente asunto se configuraba el eximente de culpa exclusiva de la víctima, toda vez que, al momento de ingresar al centro hospitalario se consignó que el demandante tenía aliento alcohólico, lo que denotaba que no estaba en condiciones de conducir una motocicleta, lo que incidió y fue la causa eficiente del accidente, debido a que desarrolló una actividad peligrosa sin las condiciones adecuadas y más aún, quebrantando la normatividad de tránsito, más aún cuando transitaba a horas de la madrugada por una vía desconocida y bajo los efectos del alcohol.

Adujo, que las declaraciones aportadas daban cuenta que, el señor Mahecha fue encontrado debajo del árbol, lo que permitía inferir que transitaba en exceso de velocidad, pues de ir a una velocidad moderada hubiera podido esquivar el obstáculo de la vía o evitar el choque, por lo que su condición de alicoramiento no le permitió un sano juicio y el pleno uso de sus facultades motoras para evitar el lamentable accidente.

Por lo anterior aseguró que, no existían elementos suficientes que permitieran endilgar responsabilidad a la entidad por los daños que sufrió el señor Mahecha al chocar de frente contra un árbol caído en la vía, por cuanto no obraba informe que permitiera conocer de forma consistente, clara y certera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho generador de la presunta responsabilidad atribuible a la entidad, lo que impedía establecer el nexo causal entre el daño sufrido por el demandante y una supuesta falla del servicio por parte del Departamento.

Finalmente indicó que, la vía en la que se indicó haber ocurrido el accidente si bien se encontraba a cargo del departamento de Cundinamarca, también lo era que, el mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación recaía en el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU, por lo que carecía de legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto. Aunado a que, como quiera que el señor Mahecha chocó de frente con un árbol caído sobre la vía, el despeje de la vía le correspondía al municipio de Ricaurte, entidad territorial que, por competencia legal le asistía la responsabilidad de recoger y despejar las vías de escombros u objetos que obstaculicen su libre tránsito (f. 400 a 414 c. principal).

Por su parte, en escrito del 9 de agosto de 2017 el **municipio de Ricaurte** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones al considerar que carecían de sustento probatorio que permitieran endilgar responsabilidad alguna a la entidad.

Indicó que, al advertirse que el acta de accidente de tránsito allegado por el actor fue diligenciado en formato de la alcaldía municipal de Girardot, advertía que la vía no hacía parte de la jurisdicción del Municipio de Ricaurte.

Sostuvo que, para ir del municipio de Ricaurte al municipio de Agua de Dios se construyó una nueva vía, que se encontraba debidamente asfaltada, señalizada e iluminada, que era paso principal y común de los habitantes del municipio de Agua de Dios como de sus visitantes, dándosele acceso seguro a los ciudadanos que transitaban dicho sector, por ello, al haber accedido el demandante a transitar por la antigua vía, configuraba la culpa exclusiva de la víctima, al haber manifestado que salió del trabajo ubicado en la vereda Manuel Norte cercana la vía nueva, sin embargo, decidió tomar la vía antigua.

Advirtió que, carecía de legitimación en la causa por pasiva en la medida que, la vía donde indicó el actor ocurrió el accidente, era una vía de segundo orden, por lo que le correspondía su cuidado al departamento de Cundinamarca, tal y como se indicó en la respuesta suministrada por el municipio a la petición del accionante.

Refirió que, para que surgiera la obligación de remover o señalizar los obstáculos en la vía pública, no se requería de una petición previa, sino que, se debía demostrar el conocimiento previo del hecho por parte de las entidades responsables de su mantenimiento, sin embargo, de las pruebas aportadas no se evidenciaba que se hubiera dado aviso a la autoridad sobre la situación del árbol en la vía, pese a que varios transeúntes como se señalaba en los hechos, lograron salir ilesos al haber tenido la precaución de sortear dicho obstáculo.

Por lo anterior afirmó que, no se encontraba probado en la demanda la falla en el servicio alegada, al no haberse acreditado que, el mantenimiento de la vía recaía en el municipio, siendo improcedente acceder a las pretensiones de la demanda dirigidas al ente territorial (f. 434 a 444 c. principal).

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 26 de octubre de 2016 (f. 266 c. principal) seguidamente, mediante auto de 28 de noviembre de 2016 se inadmitió la demanda (f. 268 c. principal) y una vez subsanas las falencias, mediante auto de 19 de enero de 2017, se admitió la demanda (f. 279 y 280 c. principal).

Mediante auto de 18 de diciembre de 2018, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 449 c. principal).

El 22 de agosto de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 488 y 489 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

La **parte actora** rindió sus alegaciones advirtiendo que en el asunto se encontraba acreditada la falla en el servicio alegada, en tanto que, durante el desplazamiento que realizaba en su motocicleta por el corredor vial que comunica al Municipio de Ricaurte con Agua de Dios,

el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda chocó contra un árbol y sufrió lesiones que le causaron lesiones invalidantes.

Indicó que, dicho árbol estaba atravesado en ese corredor vial que constituía una vía pública, por lo que, debió ser retirado por la administración, más aún cuando el árbol se encontraba en el sitio del accidente desde hacía más de un día y el que fue reportado por la Policía Nacional, quienes después del accidente cortaron el árbol con ayuda de los lugareños. De tal manera que, consideró que el daño era imputable a las demandadas.

Lo anterior en la medida que, no adelantaron las obras necesarias para mantener la vía en condiciones seguras e idóneas para la prestación del servicio público, en la medida que no se tomaron medidas de seguridad y precaución necesarias para evitar el daño, razón por la que, debía indemnizarse a los demandantes (f. 495 a 498 c. principal).

Por su parte, el **Departamento de Cundinamarca** indicó que, en el presente asunto no se allegó prueba que demostrara que la entidad hubiera sido avisada del árbol caído en la vía en cuestión y menos aún, que a pesar de tener conocimiento de esta situación, no actuó para retirar tal elemento de la vía.

Lo anterior en tanto que, no se evidenciaba de alguna queja o denuncia de los usuarios de la vía respecto de la caída del árbol o que su caída haya sido puesta en conocimiento de las autoridades competentes, puesto que lo único probado era que, se realizó un reporte por la Policía Nacional al interior de la misma organización conforme al testigo Germán Céspedes, pero no se acreditó nada más. Así como, tampoco se acreditó que la señalización de la vía o la falta de ella hubiera sido la causa eficiente del accidente sufrido por el señor Mahecha Arboleda (f. 499 a 502 c. principal).

El **Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Frente a los hechos de la demanda reiteró que, no se lograron acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente. Aseguró que, el único testigo que compareció al proceso, llegó al lugar luego de ocurrido el accidente y que, el señor Germán Álvarez Céspedes era Comandante de Vigilancia más no el agente de tránsito que atendió el accidente.

De la testimonial recaudada se podía concluir que, el declarante era el encargado de informar al Comandante de la Estación de Policía la presencia del árbol, quien a su vez debía informar a la Alcaldía o a ICCU sobre su presencia para que se procediera a su retiro. Sin embargo, la Policía Nacional no cumplió con el deber de informar a las entidades la presencia de obstáculos, no obstante, la Alcaldía, como el ICCU demostraron estar preparados para atender dicha emergencia.

Resaltó que, el árbol fue observado en el suelo obstruyendo la vía, a tan solo 15 horas desde que se presentó el accidente por parte del personal de la Policía Nacional, quien por descuido no señaló el obstáculo, lo que configuraba un caso fortuito que rompía el nexo causal entre el daño sufrido por la víctima, quien presentaba aliento alcohólico y cambió su ruta habitual en la madrugada de un fin de semana.

Por lo anterior, al haberse atribuido responsabilidad de las demandadas a título de falla en el servicio, la carga de la prueba le correspondía a la parte actora, que en el presente caso no se logró probar (f. 503 a 518 c. principal).

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, las entidades demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas el 15 de septiembre de 2014 cuando se desplazaba en una motocicleta en la vía que del Municipio de Ricaurte a Agua de Dios y colisionó con un árbol que se encontraba obstruyendo la vía.

Así mismo, la configuración de un eventual eximente de responsabilidad, en particular, la culpa exclusiva de la víctima.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En el *sub judice* está acreditado que, el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda sufrió lesiones en su cabeza, miembros superiores y columna, para acreditar su dicho se allegó por la parte actora, copia de la historia clínica diligenciada por el Instituto Médico Especial de Girardot, de fecha 15 de septiembre de 2014, con ingreso a la 01:48 de la madrugada, de la que se extraen los siguientes apartes:

*“MOTIVO DE CONSULTA
TRAÍDO EN AMBULANCIA DE RICAURTE POR TEC SEVERO EN ACCIDENTE DE
MOTO, PTE EN MUY MAL ESTADO GRAL.*

*(...) DIAGNOSTICOS
(...) HEMORRAGIA SUBDURAL TRAUMATICA
(...) FRACTURA DE OTRAS VERTEBRAS CERVICALES ESPECIFICADAS
(...) HEMONEUMOTORAX TRAUMATICO
(...) FRACTURA DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA COLUMNA
LUMBAR Y DE LA PELVIS
(...) FRACTURA DEL ANTEBRAZO PARTE NO ESPECIFICADA
(...) FRACTURA DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA MUÑECA Y
DE LA MANO”*⁴

Lesiones que guardan relación con las indicadas por el accionante en la demanda y que adujo haberlas padecido el 15 de septiembre de 2014, al colisionar mientras transitaba en su motocicleta.

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo les resulta atribuible a los demandados.

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ Folio 14 c. principal

3.2.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: ‘La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos’. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

‘La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen’ (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las ‘estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho”⁵ (se resalta).

3.2.3 Lo probado en el proceso

Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que resultó accidentado el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda

El Despacho no advierte testigos presenciales del accidente de tránsito, no obstante, obra el reporte rendido el 15 de septiembre de 2014, en el que se indica que a las 1:20 horas en la vía Ricaurte – Agua de Dios y Limoncitos colisionó la motocicleta de marca BAJAJ de placas YQV45C de propiedad del señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda, resultando lesionado, relatándose lo siguiente:

“Vehículo motocicleta transita por la vía Limoncitos un árbol caído en la vía le hace perder el control”⁶

Así mismo, el señor Germán Cespedes Álvarez, quien para la fecha de los hechos se encontraba adscrito a la Policía Nacional y se desempeñaba como Jefe de Vigilancia del Municipio de Ricaurte, al rendir testimonio indicó sobre el accidente lo siguiente:

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Folio 12 c. principal

*"(...) conocí un accidente de tránsito en la vía que conduce del Municipio de Ricaurte al Municipio de Agua de Dios en el sector Vereda Las Varas como a unos 150 metros más adelante del Condominio San Marcos Poblado, donde el compañero que se encontraba ejerciendo funciones como Comandante de Guardia siendo más o menos como la 1 y 20 de la mañana me informa sobre un accidente de tránsito donde había una persona lesionada, me traslado al lugar que me reporta el compañero más o menos unos 3 minutos en la moto en que me encontraba desempeñándome la vigilancia y al llegar, llego y le solicito al compañero que si hay una persona lesionada de una vez se haga llegar la ambulancia, llegó yo allá y encuentro un árbol caído que en horas de la mañana ya se había reportado por mí mismo que estaba obstaculizando la vía prácticamente toda y observo una motocicleta encima del árbol y un ciudadano debajo del mismo, procedo con el personal de la ambulancia a prestarle los primeros auxilios, retiramos el ciudadano de debajo del árbol y la ambulancia ya procede a llevárselo a la Clínica más cercana de Girardot"*⁷

Al interrogársele si la vía donde ocurrió el accidente, era la vía principal, indicó:

*"Hay dos vías, hay una vía aquí por el sector de la Vereda Manueles y Manuel Norte, es una vía que se encuentra en condiciones favorables y la otra vía que es la vía que conduce del CAI que tenemos como nosotros referencia el CAI Sopapo hacia el Municipio de Agua de Dios (...) es una vía con bastante hueco desde el inicio, me hago referencia desde el CAI Sopapo y hacia Agua de Dios hay 16 kilómetros (...) donde ocurrió el accidente, ese sector es bastante oscuro, hay una curva y en toda la curva estaba el árbol caído, ahí ya varios ciudadanos (...) como estaba tapando la vía ya le habían quitado parte como de la punta para abrirle vía a carros digamos de la cerca a la otra acera donde estaba en la ruta (...) "*⁸

Al interrogársele cuando observó el árbol caído, qué diligencias realizó, relató lo siguiente:

*"En la mañana yo entrego a las 7:00 de la mañana hasta las 2:00 de la tarde, en el Patrullaje que realizo yo como Jefe de la Vigilancia, realizo por todo lo que me corresponde en el municipio, se evidencia y por información de varios ciudadanos que, había un árbol que estaba digamos tapando la vía a unos 150 metros más adelante del Condominio San Marcos Poblado, me desplazo, verifico, le informo vía Avantel al Comandante de Guardia y al Patrullero que se encontraba ejerciendo funciones y éste a su vez pues le informa al Comandante de la Estación para que hiciera lo respectivo con la Alcaldía (...) "*⁹

Respecto a las lesiones del señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda:

El Despacho encuentra acreditado que, el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda fue trasladado en ambulancia al Instituto Médico Especial de Girardot el 15 de septiembre de 2014, ingresando a la 01:48 de la madrugada, resaltándose de la historia clínica los siguientes apartes:

"MOTIVO DE CONSULTA
TRAÍDO EN AMBULANCIA DE RICAURTE POR TEC SEVERO EN ACCIDENTE DE
MOTO, PTE EN MUY MAL ESTADO GRAL.

(...) DIAGNOSTICOS
(...) HEMORRAGIA SUBDURAL TRAUMATICA
(...) FRACTURA DE OTRAS VERTEBRAS CERVICALES ESPECIFICADAS
(...) HEMONEUMOTORAX TRAUMATICO
(...) FRACTURA DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA COLUMNA
LUMBAR Y DE LA PELVIS

⁷ Folio 457 c. principal Minuto 6:09 de la grabación

⁸ Folio 457 c. principal Minuto 6:09 de la grabación

⁹ Folio 457 c. principal Minuto 6:09 de la grabación

(...) FRACTURA DEL ANTEBRAZO PARTE NO ESPECIFICADA
(...) FRACTURA DE OTRAS PARTES Y DE LAS NO ESPECIFICADAS DE LA MUÑECA Y DE LA MANO.

ANALISIS

PTE EN TERCER DECADA DE LA VIDA QUIEN SUFRIERA POLITX MUY SEVERO CON T.E.C. MUY SEVERO, ADEMÁS POSIBLE HEMONEUMOTORAX, FX DE ANTEBRAZO Y MUÑECA DERECHAS, FX CERVICAL, FX DE PELVIS Y TX FACIAL. PTE CON GLASGOW 5/15, INMEDIATAMENTE SE INICIA REANIMACION SEGÚN ATLS CON CRISTALOIDES IV, SE COLOCA COLLAR CERVICAL, SE REALIZA INTUBACION OROTRAQUEAL PREVIA SEDACION, ANALGESIA Y RELAJACION CON MIDAZOLAM 8 MGS, FENTANYLO 200 MCG, VECURONIO 8 MGS EN UN SOLO INTENTO, SE FIJA TUBO A 22 CMS COMISURA LABIAL, SE ORDENA Sonda VESICAL A CISTOFLO Y OROGASTRICA. SE INICIA TTO ANTIBIOTICO TRICONJUGADO, PROFILAXIS ANTITETANICA, PROTECCION GASTRICA, LABORATORIOS, IMÁGENES Y IC U.C.I."¹⁰

A folio 58 obran los siguientes registros, respecto de la atención médica suministrada al accionante:

"Paciente con diagnósticos de:

- 1. Insuficiencia respiratoria aguda tipo iii en resolución*
- 2. Hematoma subdural agudo frontoparietal izquierdo en resolución*
- 3. Hemorragia subaracnoidea postraumática*
- 4. Trauma craneo encefálico cerrado severo*
- 5. Infarto cerebral talámico y hemisférico posterior derecho*
- 6. Fractura cervical c7*
- 7. Posoperatorio craniectomía frontoparietal izquierda + drenaje de Hematomasubdural Fp + duroplastia + colocación de catéter para monitoreo de pic retirado por tiempo cumplido*
- 8. Fractura de clavícula izquierda*
- 9. Posoperatorio traqueotomía abierta (primera traqueotomía fallida – segundo intento Exitoso)*
- 10. Posoperatorio toracostomía bilateral*
- 11. Posoperatorio laparotomía exploratoria*
- 12. Posoperatorio gastrostomía*
- 13. Enfisema subcutáneo tórax anterior*"¹¹

Se allegó además dictamen No. 2928010 de 16 de diciembre de 2014 rendido por Comité Interdisciplinario de Calificación de SALUDCOOP EPS¹², el cual no fue objeto de oposición por la contraparte y del que se observa una pérdida de la capacidad laboral del 78.75%.

Adicionalmente, se allegó el dictamen No. 201506118MM de 13 de diciembre de 2015 suscrito por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Seguros Alfa S.A.¹³, del que se advierte una pérdida de la capacidad laboral del 90.7%, lo anterior, a efectos de iniciar los trámites ante la AFP Porvenir para acceder a la prestación económica correspondiente.

Bajo ese orden de ideas, se encuentra acreditado que el accionante con posterioridad a un accidente que sufriera mientras conducía una motocicleta, sufrió lesiones en su cabeza, espalda, mano derecha y pelvis, que conllevaron a que fuera sometido a varias intervenciones quirúrgicas.

¹⁰ Folio 14 c. principal

¹¹ Folio 58 c. principal

¹² Folio 148 a 151 c. principal

¹³ Folio 182 a 186 c. principal

Lesiones que adujo haber sido producto de la colisión con un árbol que obstruía la vía que del Municipio de Ricaurte conduce al Municipio de Agua de Dios.

Frente al estado del árbol caído y la obligación de retirarlo:

Al respecto la parte actora adujo que, la responsabilidad en el mantenimiento del lugar donde ocurrió el accidente le correspondía al departamento de Cundinamarca, a través del Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU, no obstante, el municipio de Ricaurte debió velar y asegurar el bienestar de los habitantes del municipio, lo que incluía informar a las autoridades competentes acerca de cualquier evento que pusiera en peligro la vida e integridad personal de sus habitantes, como lo era, informar el lamentable estado de la vía.

Sin embargo, el testigo German Céspedes Álvarez indicó frente a la ubicación, estado del árbol y las posibles causas de su caída, lo siguiente:

"Yo creo que fue más o menos como desprendimiento de la raíz, porque no había nada, ese árbol estaba dentro del predio y tumbó la cerca, se vino hacia la carretera (...) si se determinan las 2 fotos, hay dos como digamos, cercas de alambre, el árbol está dentro del predio y se viene hacia la vía"¹⁴

Frente a su conocimiento acerca de los predios en que se encontraba el árbol, respondió:

"(...) son como fincas, como lotes para construcción"¹⁵

Finalmente, reconoció las fotos aportadas por la parte actora a folio 240 y 241, que dan cuenta del lugar y momento del accidente, las cuales fueron tomadas por él.

3.3 Caso concreto

El Despacho parte por precisar que, la parte actora enmarcó el juicio de responsabilidad en la presunta falla en el servicio por parte de las entidades demandadas en la omisión del mantenimiento de la vía en que resultó lesionado el señor Carlos Mahecha, debido a la existencia de un árbol caído en la vía que produjo que perdiera el control de su motocicleta al colisionar con el mismo y las posteriores lesiones.

Sin embargo, el Despacho no encuentra acreditado en primer lugar que, efectivamente fuera obligación de las aquí demandadas la remoción de dicho árbol a efectos de que no obstaculizara la vía y siendo así, hubieren tenido conocimiento de dicha situación y no adoptaron las medidas para corregirlo.

Lo anterior, en tanto existen pruebas en el plenario que dan cuenta de que, el árbol que se encontraba en la vía que del municipio de Ricaurte conduce al municipio de Agua de Dios por la vereda Limoncitos, zona donde se indicó acaeció el accidente, se encontraba ubicado dentro de un lote particular y que, en razón del desprendimiento de su raíz cayó sobre la cerca de dicho lote e invadió la vía por la que circulaba el demandante.

¹⁴ Folio 457 c. principal Minuto 6:09 de la grabación

¹⁵ Folio 457 c. principal Minuto 6:09 de la grabación

Así las cosas, para el Despacho a efectos de que resulte procedente imputar responsabilidad alguna a las entidades demandadas a raíz de las lesiones padecidas por el señor Carlos Alberto Mahecha el 15 de septiembre de 2014 mientras se desplazaba en su motocicleta y colisionó con un árbol que obstaculizaba la vía, debió demostrarse en primer lugar que, dicho árbol estaba ubicado cerca de la vía pública y que, las demandadas tuvieron conocimiento de que obstruía el paso por la carretera, y que pese a ello, no realizaron actividad alguna para reparar dicha situación.

Pues si bien, el testigo Germán Céspedes aseguró haber realizado el día antes en las horas de la mañana, reporte del árbol caído a su superior, el Comandante de Policía del Municipio de Ricaurte, sin embargo, no obra prueba alguna que acredite que dicho funcionario, hubiere trasladado dicha información al ente municipal.

Aunado a lo anterior, al hacer parte el árbol de un predio privado, se tiene que pese haber caído en una vía pública, el primer respondiente por los daños y perjuicios es el propietario del predio donde se encontraba ubicado el árbol. No obstante, si bien el árbol pertenecía a una propiedad privada, a las entidades les hubiera surgido la obligación de removerlo siempre que se hubiera acreditado que tuvieron conocimiento a efectos de evitar la ocurrencia de daños o lesiones a la comunidad, sin embargo, se insiste que en el plenario no obra prueba de ello.

Por lo anterior, este Despacho debe concluir que, en el plenario no se acreditó que, el predio donde se encontraba el árbol en comento fuera de propiedad pública y que, las entidades incumplieron sus obligaciones relacionadas con el mantenimiento y recuperación de las vías públicas del municipio y/o departamento, pues lo acreditado es que se trata de un bien particular, ubicado paralelo a la vía por la que transitaba la víctima.

Tampoco se acreditó la falla en el servicio alegada en el sentido de no actuar de manera oportuna en la tala o remoción del árbol, en la medida que no se acreditó que, las demandadas hubieren tenido conocimiento del peligro que generaba el mismo.

Lo anterior, en tanto el material probatorio allegado al plenario, permite concluir que las entidades desconocían la amenaza que presentaba dicho árbol, lo que impidió que hubieran actuado de manera oportuna.

Si bien el ICCU aceptó que le correspondía el mantenimiento de las vías departamentales en conjunto con la Secretaría de Transito y Transporte del Departamento, así como, al municipio de Ricaurte le correspondía igualmente velar por la ejecución de obras que hubieran garantizado la libre y segura circulación de los usuarios de sus vías, lo cierto es que, no se acreditó que hubieren conocido de la situación, a efectos de estudiar una posible omisión de las entidades en su actuar, que configurara la falla en el servicio alegada por la parte actora.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual responsabilidad de las entidades demandadas, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar:

“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”

Así las cosas, el demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia por parte de las entidades accionadas frente a las lesiones que sufrió el señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda que dé certeza de la responsabilidad de las entidades demandadas a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor.

Sin embargo, el Despacho precisa que, aún en gracia de discusión en el evento de que efectivamente se hubiere acreditado que las entidades tuvieron conocimiento de la amenaza que generaba la caída del árbol en medio de la vía donde resultó lesionado el demandante, y que dicho accidente devino de la omisión de las demandadas en su mantenimiento y rehabilitación, lo cierto es que, para el Despacho se configuraría el eximente de culpa exclusiva de la víctima, como pasa a exponerse:

Frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas por el demandante, tal y como lo indicó el Consejo de Estado, *“el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Por consiguiente no es suficiente acreditar que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración”*¹⁶.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en las lesiones que sufrió en su cabeza, espalda y miembros superiores, sin que resulten imputable a las entidades, en tanto su origen no deviene simplemente de la existencia del presunto árbol en medio de la vía y con el cual colisionó, sino que además influyó conducta del demandante.

Lo anterior, en tanto se indicó al momento de ingresar al centro hospitalario que presentaba “ALIENTO ALCOHOLICO” (f. 14 c. principal), si bien se echa de menos la práctica de prueba de alcoholemia a la víctima, lo cierto es que, tal circunstancia constituye un indicio en contra de la conducta del señor Carlos Mahecha, en tanto, infiere que había consumido alcohol y pese a ello, estaba conduciendo su motocicleta, lo que contraría las normas de tránsito.

Aunado a lo anterior, se advierte que el demandante se desplazaba en las horas de la madrugada por una vía que acepta no era transitada por él habitualmente, en tanto, la más cercana a su lugar de trabajo era la vía principal, por consiguiente, requería de un mayor cuidado y pericia para manejar su motocicleta más por la hora en que se movilizaba.

Así mismo, advirtió el testigo Germán Céspedes que la llegar al lugar del accidente, advirtió que, *“el casco estaba tirado a un lado de donde él quedó en el piso”*, lo que en principio y dadas las lesiones que sufrió en su cabeza, permitirían inferir que no lo portaba o que no lo llevaba asegurado, lo que igualmente pudo haber incidido en la gravedad de las lesiones sufridas, es decir que, no tomó las medidas mínimas de precaución al conducir y más tratándose de una conducta peligrosa, lo que influyó en que sufriera el accidente del que se pretende atribuir responsabilidad a las aquí demandadas.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19974

Por ello, la conducta de la víctima se muestra culposa y concurre en la producción del daño cuya reparación reclama la parte actora.

Es así, como en el caso *sub judice*, está demostrado que el actuar imprudente de la víctima contribuyó en la configuración del daño producido con ocasión a las lesiones del señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda, fundamento del medio de control de reparación directa.

3.4. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, se resuelve en el sentido de indicar que, no se encontró acreditada la falla en el servicio atribuido a las demandadas Departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU y el Municipio de Ricaurte por la presunta omisión al no adoptar las medidas que hubieren conllevado a la remoción del árbol que obstruía la vía que del Municipio de Ricaurte al Municipio de Agua de Dios por la vereda los Limoncitos.

Finalmente, se resuelve en el sentido de indicar que el actuar de las demandadas Departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU y el Municipio de Ricaurte no influyeron en las lesiones del señor Carlos Alberto Mahecha Arboleda, si no que por el contrario se configuró en el presente asunto la causal eximente de responsabilidad **culpa exclusiva de la víctima**, por cuanto la conducta desplegada por la misma repercutió en la producción del daño alegado en la demanda, imputación que no es atribuible a la administración, lo que genera la negación de la totalidad de las pretensiones en el presente asunto.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija

como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez.

KGH