



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64)
ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN
TERCERA**

JUEZ	ALVARO CARREÑO VELANDIA
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICACION No.:	110013343063064-2017-00057-00
DEMANDANTE:	YEFERSON ESTIVEN MATEUS MARTÍNEZ Y OTROS
DEMANDADO:	MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Bogotá D.C, veinticinco (25) de marzo de dos mil veinte (2020)

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 20**

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.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El día 14 de febrero de 2017, los demandantes Yeferson Estiven Mateus; Gloria Isabel Martínez y Gildardo Mateus Tirado en nombre propio y en representación de sus menores hijas María Zharith Mateus Martínez, Sara Valentina Mateus Martínez y Maria José Mateus Martínez; Marco Antonio Mateus Bautista y Zoila Rosa Tirado Mateus, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Se declare responsable administrativamente a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, por los graves daños causados al joven Yeferson Estiven Mateus Martínez y, en consecuencia, se le condene al reconocimiento y pago de los siguientes perjuicios:

a. PERJUICIOS MORALES: Para Yeferson Estiven Mateus Martínez, Gloria Isabel Martínez y Gildardo Mateus Tirado la cantidad de 100 S.M.L.MV; para María Zharith Mateus Martínez, Sara Valentina Mateus Martínez, Maria José Mateus Martínez, Marco Antonio Mateus Bautista, Zoila Rosa Tirado Mateus el equivalente a 50 S.M.L.MV.

b. DAÑO A LA SALUD: para Yeferson Estiven Mateus Martínez, el equivalente a 100 S.M.L.M.V.

c. LUCRO CESANTE, se solicitó por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, el equivalente a \$153.227.844.

1.2.- HECHOS

Se resumen los hechos narrados por los demandantes (fl. 1-2) de la siguiente manera:

Durante el servicio militar obligatorio en las filas del Batallón de Infantería Aerotransportado N° 21 "Pantano de Vargas" con sede en el Municipio de Granada (Meta), y ostentando el grado de soldado campesino integrante del 6 contingente del año 2016, el joven Yeferson Estiven Mateus Martínez resultó gravemente afectado estando en actos del servicio, cuando empezó a presentar síntomas de fiebre, dificultad para respirar y fuerte dolor abdominal, sin que recibiera asistencia médica especializada inmediata y con total despreocupación de sus comandantes respecto de su estado de salud.

El día 28 de agosto de 2016, el joven Yeferson Estiven Mateus Martínez finalmente fue remitido a las instalaciones del Hospital Militar de Oriente en donde recibe atención y después se remitió de urgencia al Hospital Militar Central en la ciudad de Bogotá, por diagnóstico en estado avanzado de Neumonía.

En la actualidad, el joven Yeferson Estiven Mateus Martínez se encuentra recibiendo la totalidad del tratamiento médico y la atención necesaria para lograr el restablecimiento de su salud y la resolución del grado de los daños que se le ha generado por la inadecuada e inoportuna prestación de los servicios médicos por parte de las Fuerzas Militares de Colombia.

El comandante del Batallón de Infantería N° 21 "Pantano de Vargas" dadas las circunstancias en las que resultó gravemente afectado el uniformado Yeferson Estiven Mateus Martínez, adelanta investigación disciplinaria bajo el número de radicado 020-2016.

1.3.- Contestación de la demanda:

La entidad demandada Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, presentó escrito de contestación de la demanda (fl. 87 a 92), en el que se opuso a las pretensiones; manifestó que el daño, aunque es tangible materialmente, no es antijurídico, por lo que no puede ser imputable a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Se opuso a cualquier reconocimiento por perjuicios morales e indicó en cuanto a los perjuicios materiales que no era procedente su reconocimiento, porque además de no existir un daño derivado del servicio militar, no se pueden reconocer sumas que no tienen sustento. En cuanto al daño a la salud, su oposición estuvo fundada en la existencia de una causal eximente de responsabilidad. Propuso como excepciones las siguientes:

Daño no imputable al estado: sustentada en que la enfermedad que padeció el demandante es de origen común y no guarda relación con la actividad castrense, siendo la única obligación de la entidad el brindarle toda la atención médica pertinente.

Ausencia de falla en el servicio: al tratarse de una enfermedad común, no se puede afirmar que se sometiera al demandante a una carga pública que no tenía el deber de soportar, pues la pérdida de capacidad sobrevino repentinamente, y no necesitaba estar integrado en filas para adquirir la enfermedad.

1.4.- Trámite procesal

La demanda fue presentada el 14 de febrero de 2017 y por reparto fue asignado a este Despacho (fl. 67), el cual, mediante auto del 25 de agosto de 2017 la admitió (fl. 69 a 71), disponiendo su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 69 a 71).

En proveído del 1 de febrero de 2018, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 4 de julio de 2018, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fl. 106).

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial (fl. 108 a 113), en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

"Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través del Ministerio de Defensa - EJÉRCITO NACIONAL es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios presuntamente ocasionados a los demandantes como consecuencia de la enfermedad "NEUMONÍA" y la atención médica brindada al SLR. YEFERSON ESTIVEN MATEUS MARTÍNEZ durante la prestación del servicio militar y, en consecuencia, determinar si existe lugar a condena por tal evento, si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales solicitados o si se configura algún eximente de responsabilidad". (Minuto: 14 audiencia inicial).

En audiencia de pruebas realizada el día 13 de junio de 2019, se dio por precluida la etapa probatoria, disponiendo en aplicación a lo previsto en el artículo 181 del CPACA, que las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia (fl. 312 a 313).

1.5.- Alegatos de conclusión

La parte demandante (fl. 315 a 318)

Señaló que, pese a que la enfermedad fue calificada como de origen común, fue padecida durante la prestación del servicio y, por lo tanto, tiene relación de causalidad con la prestación del servicio militar obligatorio. En

consecuencia, reiteró sobre la procedencia en el reconocimiento de los perjuicios.

La parte demandada (fl. 319 a 323)

Dentro del término de su alegato, reiteró que, si bien es cierto, el demandante padeció una enfermedad mientras prestaba su servicio militar, ésta es de origen común y en nada guarda relación directa con la actividad castrense.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

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

2.2.- Planteamiento del caso

El demandante aduce que la entidad demandada debe responder administrativamente por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados, con ocasión de los daños sufridos por el demandante Yeferson Estiven Mateus Martínez mientras prestaba servicio militar obligatorio en su condición de soldado campesino.

Por su parte, la demandada, precisó que el daño por el que se demanda fue acaecido como consecuencia de una enfermedad de origen común, que no tiene que ver con la prestación del servicio militar.

2.3.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional debe responder administrativamente por los perjuicios que reclama la parte actora por las secuelas sufridas por Yeferson Estiven Mateus Martínez cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.4.- Hechos probados

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

- El demandante Yeferson Stiven Mateus Martínez, se encontraba prestando su servicio militar como soldado campesino en el Batallón de Infantería No. 21 Batalla Pantano de Vargas, cuándo le fue diagnosticada Neumonía, el 28 de agosto de 2016, y que antes de éste diagnóstico, el soldado se encontró en

aislamiento de 55 días, por un brote de varicela, durante ese tiempo fue atendido por "el Doctor SANTA MARÍA y la Señorita Subteniente SAENZ PETRO LILIANA", según lo acreditan el Informe con radicado No. 177/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV4-BR7-BIVAR-4008 del 30 de agosto de 2016, suscrito por el Director de Establecimiento de Sanidad Militar (Andrés Alberto Zamora) y el Subteniente Enrique Álvarez Castillo (fl. 137) y la anotaciones de revista al personal aislado, que se allegó con la Indagación preliminar No. 020-2016 (fl. 168 a 177).

- El 26 de agosto de 2016, se emitió fórmula médica No. 66729 al soldado Yeferson Stiven Mateus Martínez, por parte del médico Milton Espinosa Gómez, en el que se recetó: Diclofenaco, metocarbamol e ibuprofeno (fl. 145 a 146).

- Se acreditó que el 28 de agosto de 2016, el soldado Yeferson Stiven Mateus Martínez, ingresó por urgencias al Hospital Militar de Oriente, con un cuadro de "dificultad respiratoria", en la historia clínica de urgencias se consignó lo siguiente: *"paciente con cuadro clínico de 5 días de evolución, caracterizado por dolor a la movilidad en región central derecha, el cual se asocia a dificultad respiratoria, fiebre no cuantificada"*; como diagnóstico se consignó: 1. Síndrome Febril. 2. Neumonía Adquirida en comunidad. Como plan de manejo se ordenó dejar al paciente en: 1. Observación; 2. Diclofenaco; 3. Oxígeno 3 Lit; 4. s/s Fx de Torax AP; 5: s/s Hemograma y 6 CSV y AC. (fl. 21 y 22).

Igualmente, se encuentra acreditado que luego de los reportes de exámenes realizados, el 28 de agosto de 2016, el médico tratante solicitó la remisión del paciente *"Por No Tener Tratamiento Médico Actualmente"*; en el resultado del RX de tórax se advirtió: *"Imagen Radiopaca En Pulmón Derecho Lóbulo Inferior y Lóbulo Medio"* (fl. 29 y 184).

- Según la Historia Clínica de Urgencias del Hospital Militar Central, el 29 de agosto de 2016, ingresó a las 07:44 por: *"dolor pecho, remitido Apiay"* con la siguiente descripción médica *"REFIERE 15 DÍAS DOLOR PLEURÍTICO, TOS HÚMEDA PRODUCTIVA, FIEBRE SUBJETIVA, DIAFORESIS NOCTURNA, PÉRDIDA DE PESO 3KG, CONSULTA EN DISPENSARIO, DEJAN TRATAMIENTO CON ANALGÉSICO, HACE 24 HORAS SE ASOCIA DISNEA, POR LO CUAL ES VALORADO EN HOSPITAL DE APIAY, DOCUMENTAN NEUMONÍA, POR RX, HEMOGRAMA CON LEUCOCITOSIS DE 40000, PCR POSITIVA, SOSPECHA SEPSIS PULMONAR, ADMINISTRAN HOY PIPERACILINA TAZABACTAM, CLARITROMICINA, CORTICOIDE, LO REMITEN A HOMIC, DURANTE TRASLADO NO PRESENTA NOVEDAD, FUE RECIBIDO CON VENTURI 50%, DEJAN AL 40%";* dentro del análisis que se hizo del paciente se consignó: *"PACIENTE QUE DE 15 DÍAS PRESENTA CUADRO RESPIRATORIO, CON POSTERIOR EVIDENCIA DE INFECCIÓN DE ORIGEN PULMONAR, CONSIDERO CURSA NEUMONÍA, MÁS DERRAME PLEURAL"* (fl. 48).

El 29 de agosto de 2016, a las 16:06:49, en la historia clínica del Hospital Militar se consignó el siguiente análisis de la situación del paciente:

"PACIENTE MASCULINO DE 18 AÑOS DE EDAD QUIEN ES REMITIDO POR CUADRO CLÍNICO DE 20 DÍAS DE EVOLUCIÓN CARACTERIZADO POR DOLOR EN HEMITORAX DERECHO REPRODUCIBLE CON MOVIMIENTOS INSPIRATORIOS ASOCIADO A PICOS FEBRILES NO CUANTIFICADOS Y TOS CON EXPECTORACIÓN VERDOSA PURULENTE, EN SITIO DE REMISIÓN TOMAN RADIOGRAFÍA DE TORAX EN DONDE EVIDENCIAN OPACIDAD EN LOBULO CON BORRAMIENTO DEL ANGULO COSTOFRENICO DERECHO CONSIDERANDO NEUMONÍA INICIAN MANEJO CON PIPERACILINA/TAZOBACTAN+ CLARITROMICINA Y REMITEN A NUESTRA INSTITUCIÓN. EN EL MOMENTO EVIDENCIAMOS AL PACIENTE EN REGULAR ESTADO GENERAL, TAQUINEÍCO, TAQUICARDICO, CON RETRACCIONES INTERCOSTALES EN HEMITORAX DERECHO, DISMINUCION DE MURMULLO VESICULAR EN CAMPO PULMONAR DERECHO CON DISMINUCIÓN DEL FREMITO TACTIL, PECTORILOQUIA AFONA Y MATIDEZ EN BAS EPULMONAR DERECHA; ASOCIADO TIENE PARACLÍNICOS EXTRAINSTITUCIONALES CON LEUCOSITOSIS Y NEUTROFILIA, LÍNEA ROJA Y PLAQUETARIA NORMAL Y RX DE TORAX QUE SUGIERE PROCESO CONSOLIDATIVO EN LOBULO MEDIO ASOCIADO A DERRAME, SE CONSIDERA PACIENTE CURSA CON NEUMONÍA ADQUIRIDA EN COMUNIDAD CRB-65 (...) ADEMÁS SE SOLICITA TAC DE TORAX CONTRASTADO PARA DESCARTAR COMPLICACIONES DE NEMONÍA DADOS POR ABSESOS O DERRAME PLEURAL TABGICADO DADO TIEMPO DE EVOLUCIÓN DE CUADRO CLÍNICO, SE EXPLICA A PACIENTE Y FAMILIARES " (fl. 49-50).

- Al paciente Yeferson Estiven Mateus, el 29 de agosto de 2016, ante diagnóstico de "DERRAME PLEURAL NO CLASIFICADO" le fue ordenado el procedimiento quirúrgico de Toracosopia diagnóstica y terapéutica y manejo por medicina interna (fl. 53 y 54). El 30 de agosto de 2016, según registros de las 2:46 a.m. se realizaron los procedimientos de PLEUECTOMIA POR TORACOSCOPIA, DECORTIZACIÓN POR TORATOSCOPIA Y TORATOSCOPIA CERRADA, con el siguiente hallazgo quirúrgico "EMPIEMA PLEURAL DERECHO EN FASE FIBRINOPURULENTE DE UNOS 600 CC DE VOLUMEN CONDICIONADO POR NEUMONÍA NECROHEMORRAGICA DEL LOBULO SUPERIOR DERECHO HACIA SEGMENTO APICAL CO AREAS DE PERFORACIÓN PARAENQUIMA PULMONAR A ESTE NIVEL. ATRAPAMIENTO Y ATELECTASIA DE LOS TRES LOBULOS DE PREDOMINIO EN LOBULO INFERIOR CON MEMBRANAS FIBRINOPORULENTAS INTERCISURAS" (FL. 240).

- De acuerdo con la evolución de la historia clínica, el paciente estuvo en hospitalización hasta el 20 de septiembre de 2016, donde se decide darle egreso por considerarse paciente en resolución de su proceso infeccioso, se le da incapacidad por 10 días y control ambulatorio con fisioterapia para acondicionamiento físico y manejo antiparasitario (fl. 242).

- Como consecuencia de la neumonía que sufrió el soldado y la cirugía de tórax que se le realizó, le quedó como secuela "OSTEOCONDRIITIS" la cual le impide ser apto para la actividad militar y le generó una pérdida de capacidad laboral del 12.00% (fl. 310).

- Por los presuntos hechos ocurridos durante los meses de julio y agosto de 2016 con la salud del soldado, se adelantó indagación preliminar No. 020-2016, en la cual, a través de providencia del 4 de mayo de 2017, el teniente Hugo Armando Díaz Villamil, comandante del Batallón de Infantería No. 21 "Batalla Pantano de Vargas", se abstuvo de abrir investigación formal y archivar la investigación, porque: "el personal militar profesional en el área de

la medicina desde el punto de vista disciplinario cumplió su deber funcional el cual consistía en atender al paciente las veces que fue llevado al Dispensario Médico (...)"

2.5- Servicio Militar Obligatorio

Tratándose de un soldado campesino la persona que adquirió la neumonía y que, en sentir de la parte actora sufrió la falta de asistencia médica oportuna de acuerdo a lo alegado en la demanda y por la cual se busca indemnización, se tiene que la Ley 48 de 1993 (norma vigente al momento de presentarse la demanda), regulaba el tema que tiene que ver con el reclutamiento y movilización de quienes prestan el servicio militar¹.

Es así como su artículo 3º señala:

"SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Igualmente, el artículo 10 de la misma normatividad señala:

"OBLIGACIÓN DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller."

"La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad. (...)". (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Y el artículo 11 ibídem, habla de la duración de este servicio, para lo cual indica:

"El servicio militar obligatorio bajo banderas tendrá una duración de doce (12) a veinticuatro (24) meses, según determine el Gobierno." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

También encontramos el artículo 13 lb., el cual habla de las modalidades de la prestación de este servicio, señalando:

¹ **ARTICULO 2º** Funciones de las Fuerzas Militares. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

"El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

"Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.*
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.*
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.*
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.**

"PARÁGRAFO 1o. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

"PARÁGRAFO 2o. Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio". (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por último, el artículo 20 de la misma Ley, nos habla de la incorporación a las fuerzas públicas por este servicio, señalando:

"CONCENTRACIÓN E INCORPORACIÓN. *Cumplidos los requisitos de ley, los conscriptos aptos elegidos se citan en el lugar, fecha y hora determinados por las autoridades de Reclutamiento, con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar.*

"PARÁGRAFO. La incorporación se podrá efectuar a partir de la mayoría de edad del conscripto hasta cuando cumpla 18 años, salvo las excepciones establecidas en la presente Ley para bachilleres." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Precisado lo anterior, debe establecerse 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 mencionada 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 y su producción debe ser, 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).

2.6- Responsabilidad Patrimonial del Estado

Ahora bien, la jurisprudencia hace una gran diferencia frente a la responsabilidad del Estado cuando una persona presta el servicio militar obligatorio, al que lo hace de manera voluntaria; ya que se tiene claro, que el primero está sometido a los riesgos inherentes a la actividad militar, por cumplir con los deberes que la Constitución le impone, los cuales se derivan de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, mientras que el segundo, asume ese riesgo como parte de su labor profesional.

Por lo que se ha establecido que la persona que ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares², siendo éste un criterio más que suficiente para establecer la obligación de responsabilidad a cargo del Estado por los daños causados con ocasión de la prestación del servicio y que excedan, la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

2.7. Elementos de la responsabilidad en el caso concreto

2.7.1.-. El daño. Inicialmente debe precisarse que para el caso del demandante Yeferson Estiven Mateus Martínez, obra Acta de Junta Médica Laboral No. 95625 de 7 de junio de 2017 (fl. 310), por medio de la cual se puede acreditar el daño, junto con la historia clínica referida en líneas anteriores. El Acta mencionada señala lo siguiente:

“VI. CONCLUSIONES

A. DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES

1. NEUMONÍA ADQUIRIDA EN LA COMUNIDAD RESUELTA VALORADO Y TRATADO POR MEDICINA INTERNA, CIRUGIA DE TORAX QUE DEJA COMO SECUELA: A) OSTEOCONDRIITIS. FIN DE LA TRANSCRIPCIÓN.

b. Clasificación de las lesiones o afecciones o calificación de capacidad psicofísica para el servicio:

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR, SEGÚN DECRETO 094 DE 1989, artículo 68, LITERAL AYB.

c. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DOCE PUNTO CERO PORCIENTO (12.0%).

d. Imputabilidad del Servicio:

Afección 1: Enfermedad Común (EC) LITERAL A (...)” (fls. 310 a 312)

Aunado a lo anterior, obra Informe con radicado No. 177/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV4-BR7-BIVAR-4008 del 30 de agosto de 2016 (fl. 137),

² **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 03 de marzo de 1989, Expediente Número 5290 y del 25 de octubre de 1991, Expediente Número 6465.

en el cual se indica que el soldado, se encontraba prestando su servicio militar cuando le fue diagnosticada la neumonía, en el Batallón de Infantería No. 21 Batalla Pantano de Vargas.

En ese orden de ideas, se encuentra establecido el elemento daño, por tanto, el Despacho emprende el análisis de la imputación, con el fin de determinar si en el caso concreto el mismo debe atribuírsele a la entidad demandada y, por lo tanto, si ésta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que de dicho daño se derivan; o si, por el contrario, se establece alguna de las casuales de exoneración de responsabilidad.

2.7.8 Imputabilidad jurídica del daño:

Debe tenerse en cuenta los títulos de imputación aplicables a los daños causados a los soldados que prestan su servicio militar obligatorio, en el sentido de considerar que los mismos pueden ser: **a)** de naturaleza objetiva - tales como el daño especial o el riesgo excepcional-, y **b)** por falla del servicio -siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada aquella-.

Es así, como en reiterada jurisprudencia emitida por el H. Consejo de Estado se ha señalado que:

*"(...) frente a los perjuicios ocasionados a los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, en la medida en la cual su voluntad se ve sometida por el imperium del Estado al imponerles la prestación de un servicio que no es nada distintivo a la exigencia de un deber público, se ha expresado que la organización estatal debe responder, bien porque respecto de ellos el daño provenga de **a)** un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado, **b)** de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o **c)** de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial. (...)"*.³

La misma Sala en sentencia del 10 de agosto de 2005, dentro del expediente 15.445, expuso:

*"En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de **daño especial** cuando el "daño" tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo, cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de **falla** probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de **riesgo** cuando los conscriptos sufren daños con causa y por*

³ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 07 de noviembre de 2012, Expediente Número 2500-23-26-000-2000-00066-01 (27.232), C.P. Hernán Andrade Rincón.

razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos (...)". (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por lo que es de resaltar, que en tanto el Estado imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, pues se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado; lo cual, en términos de imputabilidad, significa que **debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública**; es así, como el Estado frente a los conscriptos adquiere no solo una posición de garante al someter su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado; sino que también, se establece una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En el *sub judice*, el sustento fáctico de la demanda indica que, al demandante Yeferson Estiven Mateus Martínez, pese a presentar síntomas de fiebre, dificultad para respirar y fuerte dolor abdominal, no se le brindó atención especializada inmediata, y, por el contrario, hubo una total despreocupación de sus comandantes frente al estado de salud, siendo esa inoportuna e inadecuada prestación de los servicios de salud, la causa de los daños por los cuales se está demandando. La defensa de la entidad, por su parte, estuvo enfocada en señalar que si bien es cierto el demandante padeció una enfermedad mientras prestaba su servicio militar, ésta enfermedad es de origen común y en nada guarda relación con la actividad castrense.

Entonces, tomando en cuenta ésta reseña de argumentos más lo que demuestra el acta de la Junta Medico Laboral sobre el origen común de la patología que causó los daños por los que se demanda, precisa el Despacho que el régimen jurídico bajo el cual debe estudiarse el caso es el subjetivo por falla en el servicio, por cuanto, como se dijo precedentemente, en este caso se invoca una serie de irregularidades en la prestación oportuna de los servicios de salud por parte de la entidad demandada.

La falla en el servicio, sin perjuicio de los regímenes de responsabilidad objetiva, ha sido también título para endilgar responsabilidad por daños a conscriptos. Es así que cuando la irregularidad administrativa es la que produce el daño o aporta a su producción, el Consejo de Estado, Sección Tercera, se ha inclinado por aplicar el régimen general de responsabilidad:

"En todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que, en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional en caso de ser procedente. En este marco de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes

el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración”⁴.

En esa misma línea, el precedente jurisprudencial de la citada Corporación también ha señalado la preferencia de la falla probada del servicio, en el evento de haber lugar a ello, así:

“Sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio será el de falla del servicio, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación. En términos generales, la falla del servicio probada surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche”⁵.

Adentrándonos al fondo del asunto, se advierte que en el sustento de la demanda se indicó de manera general que, durante la prestación del servicio militar y estando en actos del servicio, el soldado resultó gravemente afectado y empezó a presentar síntomas de fiebre, dificultad para respirar y fuerte dolor abdominal, sin recibir atención especializada. Luego se precisa que fue hasta el 28 de agosto de 2016, que se surtió la remisión al Hospital Militar de Oriente donde recibe atención y, posteriormente, es remitido al Hospital Militar Central; igualmente, se indica que la afecciones fueron tratadas de manera tardía, debido a la ubicación del área de operaciones.

Como se evidencia, dentro de los hechos, no se indica una fecha exacta a partir de la cual se empezaron a presentar los síntomas referidos, ya que, la parte actora se limita a señalar que tuvieron ocurrencia durante la prestación del servicio militar.

Revisados los medios probatorios con la finalidad de establecer si hubo, en efecto, una prestación tardía del servicio, se encuentra en primer lugar, que en el informe suscrito por el Sargento Primero Andrés Alberto Zamora Sarabia, de 30 de agosto de 2016, se señaló que la patología tuvo lugar cuando el soldado se encontraba en aislamiento por brote de varicela durante 55 días, que en el transcurso de ese tiempo, fue atendido por el “Doctor Santa María y la Señora Subintendente Saenz Petro Liliana donde es formulado por tos y

⁴ Sección Tercera, sentencia de 13 de noviembre de 2008, expediente 16741.

⁵ Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 17927.

gripa"; que el 26 de agosto es formulado nuevamente, y que el 28 de agosto ingresó nuevamente al servicios de urgencias presentando dificultad respiratoria (fl. 137).

Dentro de los elementos de prueba, obra una fórmula del 26 de agosto de 2016, con una receta de diclofenaco, metocarbamol e ibuprofeno, suscrita por el doctor Milton Espinosa Gómez, sin embargo, a partir de la misma no es posible establecer cuáles eran los síntomas por los que acudía el soldado (fl.146), y los demás registros clínicos que se allegaron, además de la fórmula referida anteriormente, contienen la atención prestada al entonces soldado, desde el 27 de agosto de 2016 (fol. 179).

Sobre cuál sería el periodo de evolución que presentaba el padecimiento del soldado para cuando es remitido a las instituciones médicas, se tiene que los antecedentes contenidos en los registros clínicos no resultan uniformes: es así como en la historia clínica de urgencias (fl.21) y la orden de referencia de la Dirección General de Sanidad Militar de Valoración por Medicina Interna, del médico Enrique Álvarez Castillo, de fecha 28 de agosto de 2016, que sugiere manejo intrahospitalario de la patología, se consignó que se trata de paciente masculino que presenta 5 días de evolución, caracterizado por disnea, fiebre alta no cuantificada. (fl. 193)

En formato de atención prioritaria, correspondiente al médico Víctor Manuel Puerta, se consignó que se trató de un paciente remitido de Granada por un cuadro clínico de 15 días de evolución, consistente en tos no expectorativa dolor, hemitórax derecho, disnea, fiebre no cuantificable. (fl. 198)

En la historia clínica de Urgencias del Hospital Militar, de 29 de agosto de 2016, 16:06:49, del médico Ricardo Vega Chaves, se consignó que el paciente refiere *"15 DÍAS DOLOR PLEURÍTICO, TOS HÚMEDA PRODUCTIVA, FIEBRE SUBJETIVA, DIAFORESIS NOCTURNA, PERDIDA DE PESO 3 KG CONSULTA EN DISPENSARIO DEJAN TRATAMIENTO CON ANALGÉSICO, HACE 24 HORAS SE ASOCIA DISNEA, POR LO CUAL ES VALORADO EN EL HOSPITAL DE APIAY, DOCUMENTAN NEUMONÍA POR RX"* (fl.48).

Por otro lado, en el formato de Evolución de Medicina Interna, del Hospital Militar Central, del profesional Isaac Javier Guzmán Luna, se consignó que se trataba de *"PACIENTE MASCULINO DE 18 AÑOS DE EDAD REMITIDO DESDE GRANADA –META POR CUADRO CLÍNICO DE 20 DÍAS DE EVOLUCION CARACTERIZADO POR DOLOR EN HEMITORAX DERECHO (...)"* (fl. 49).

Hasta aquí se puede advertir que no hay uniformidad sobre el periodo de evolución que pudo tener la enfermedad, ya que en algunos de los registros se plasmaron que ese era el periodo de sintomatología que refería el paciente, de otro lado, no hay registros clínicos con anterioridad al 28 de agosto de 2016, salvo la fórmula del 26 de agosto anterior en la que no se plasmó sintomatología.

Ahora bien, dentro de la indagación No. 020-2016 que se adelantó para esclarecer si hubo irregularidad en las atenciones médicas brindadas a Yeferson Stiven Mateus Martínez, se allegaron como prueba las declaraciones juramentadas del personal médico y militar que estuvo presente durante la enfermedad presentada, de éstas para efectos de la solución del caso, se destacan:

- La del médico Esteban Santa María, quien dice no recordar al joven Mateus señalando que: *"dicho soldado nunca pasó conmigo y ellos estaban aislados y siempre pasaban los que tenían novedades como hongos o que les dolía la garganta y gripa y no muchos pasaban yo me incapacité y me entere a la semana pasada que él tenía una neumonía y fue remitido al hospital de granada, los que tenían cuarentena no podían salir del lugar de aislamiento, por lo cual nosotros íbamos cuando se presentaba algo especial (...)"* (fl. 262).

- En diligencia de ratificación y ampliación del informe de los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2016, por parte del Subteniente Enrique Álvarez Castillo, agregó a lo indicado en informe radicado No. 177/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV4-BR7-BIVAR-4008 del 30 de agosto de 2016, lo siguiente:

"(...) ya yo llego al batallón y me encuentro que hay un brote de varicela y tuvieron que aislar toda la compañía y cuando estaban aislados tengo entendido que estaban los médicos Santa María y la señorita Subteniente Sáenz ellos ya habían visto a Mateus en una ocasión y lo habían manejado por el caso de una gripa porque cuando el comenzó con la sintomatología no fue algo típico de una neumonía el comenzó con una sintomatología diferente que no era un cuadro típico de la neumonía que el presento al final entonces los médicos que lo estaban tratando en ese momento era por un espasmo Muscular y así mismo se le formulaba para el dolor, en una ocasión también lo atendí cuando el soldado llegó a la urgencia y se le hizo la atención inicial un rayo x de toraz (sic) y paraclínico cuando llegaron los resultados de los exámenes se encontraban alterados y dedico remitirlo para el DMORE donde lo atienden y lo remiten a Bogotá por la complejidad de la patología". (se resalta) (fl. 230)

- En diligencia de ratificación y ampliación del mismo informe de los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2016, por parte del Sargento Primero Andrés Alberto Zamora Sarabia, señaló:

"Mi teniente el mencionado soldado se encontraba en aislamiento por brote de varicela en la compañía de instrucción del Bolívar en el transcurso de ese tiempo fue valorado por los médicos del ESM N° 4008

fue valorado por los médicos y fue atendido por el brote de varicela que estaba presentando durante 55 días permaneció en aislamiento, los médicos fueron a visitar al personal aislado para valorarlo. Él fue atendido por el doctor Santa María y la Señorita subteniente Medico, donde **es formulado por tos y gripa** y el día 26 de agosto fue valorado por el Doctor Milton Espinoza y el día 28 de agosto ingresa nuevamente al dispensario presentado dificultad respiratoria y fiebre donde es valorado por el señor subteniente Álvarez donde le ordenan exámenes correspondientes como rayos x Torax y paraclínico donde se determina que es una neumonía y deciden remitirlo al DMORI y es comentado a la señora Teniente Coronel Vélez Oficial Control de Sanidad para la fecha se pasa el informe de acuerdo al reporte y anotaciones en la historia clínica." (fl. 231). (se resalta)

- El subteniente Jhon Sebastián Jaramillo Arias, señaló que se desempeñaba como comandante del primer pelotón de la compañía de instrucción del sexto contingente de 2016. Narró el conocimiento de los hechos ocurridos con el soldado de la siguiente forma:

"Cuando me encontraba como comandante de mi pelotón estábamos en cuarentena por orden del señor teniente coronel Álvarez comandante de batallón, debido a que la compañía presentaba un brote de varicela, **cuando apenas llevábamos una semana de la cuarentena, el soldado en mención me informó sobre un malestar general, dolor en los huesos y dolor de cabeza.** PREGUNTADO: ¿manifieste a este despacho y en relación a su respuesta anterior que acción tomo usted como comandante de pelotón en el momento que el soldado campesino MATEUS MARTINEZ JEFERSON ESTIVEN le informa los problemas de salud que tenía. CONTESTO: Inmediatamente que el soldado me informa la situación procedo bajo los protocolos de seguridad de la cuarentena a llevarlo al dispensario del batallón Vargas, el cual es ingresado por urgencias y atendido por el medico de turno, **esto sucedió el día 3 de julio del 2016 aproximadamente a las 20:00 horas.** PREGUNTADO: Manifieste a este despacho y en relación a su respuesta anterior que dictamino el medico el día que atendió al soldado campesino MATEUS MARTINEZ JEFERSON ESTIVEN. CONTESTO: Ese día el soldado manifestó que cuando el medico lo atendió, le dijo que al parecer era un virus y que solo le había formulado medicamento y reposo y 5 días de incapacidad, los cuales el soldado es consciente que se le respetaron en la compañía y de igual forma por la cuarentena no podían salir para evitar que el virus se propagara. PREGUNTADO: Manifieste a este despacho cual fue la evolución del soldado después de que el medico lo valorara. CONTESTO: **El soldado nunca presento mejoría y siempre hubo un dolor de cabeza y un malestar general constante, cabe resaltar que durante la cuarentena personal de enfermeros y médicos asistieron constantemente a la revisión de cualquier novedad de salud que presentara durante la cuarentena y siempre le ordenaron reposo.** PREGUNTADO: Manifieste a este despacho que acción usted tomo como comandante de pelotón al notar que el soldado en mención no presentaba mejoría. CONTESTO: Al notar que el soldado no presentaba mejoría yo tome la decisión de llevar nuevamente al soldado para que el medico lo valorara **eso fue el 27 de julio del 2016,** luego que el medico lo viera el médico le manifestó al subteniente

Álvarez que posiblemente el soldado tenía un viento y volvió y le formulo medicamento y reposo pero es bueno anotar que el soldado en mención ya no podía caminar adecuadamente y los dolores eran más fuertes, el medico nos ordenó que lo lleváramos para el alojamiento y al otro día que se terminaba la cuarentena recibieron visitas y la mama del soldado se nos acercó y me dice que veía a su hijo muy enfermo y en ese momento el soldado se desmalla (sic), se llama la ambulancia la cual lo dirige al dispensario médico y lo remite para el hospital departamental de granada, y lo remiten posteriormente a la ciudad de Villavicencio y de allí para el hospital militar de la ciudad de Bogotá" (fl. 269 a 270). (se resalta)

- El Subteniente David Felipe Álvarez Álvarez, quien tenía bajo mando al soldado, refiere no recordar la fecha exacta en que comenzó a sentirse mal el soldado, señaló que cuando éste le informó que se sentía mal ordenó llevarlo al dispensario donde lo único que hacían era inyectarle diclofenaco para el dolor, sin embargo, aclara que se tomaron las medidas y se prestó la atención a los síntomas que presentaba cada uno de los soldados en cuarentena (fl. 265).

- El médico Milton Espinosa Gómez, quien pese a afirmar no recordar la atención prestada al soldado, reconoció que había expedido una fórmula de 26 de agosto de 2016, firmada por él. Preciso que si había una fórmula médica debería haber una historia clínica la cual debe estar en la institución y era necesaria para recordar cualquier inquietud (fl.274).

- Declaración juramentada de la Subteniente Liliana Yoselin Sáenz Petro, quien señaló que estuvo laborando como médico en el dispensario médico del Batallón 21 Vargas, e indicó ante la pregunta sobre si le había prestado atención al soldado: *"la verdad yo no recuerdo de haberlo atendido, de pronto cuando realicé valoraciones en el aislamiento, atendí varios pacientes que me manifestaban que tenían gripa, y no encontré a ninguno con sintomatología de neumonía en el momento, y ningún signo de alarma para pensar en neumonía"* (fl.275) (se resalta).

- Astrid Romero Cagua, señaló que para el día de los hechos se desempeñaba como auxiliar de enfermería y se encontraba de turno de doce horas, sobre la atención brindada al soldado señaló:

"PREGUNTADO: Manifieste a este despacho, que tipo de atención le brindo usted al soldado campesino MATEUS MARTINEZ JEFERSON ESTIVEN. **CONTESTO:** Ese día aproximadamente sobre las 14:00. pidieron el apoyo de la ambulancia para un paciente que presentaba al

parecer crisis respiratoria y se encontraba en visitas dentro de las instalaciones del batallón Vargas, el paciente llega a urgencias se le pone oxígeno y se llama al subteniente Alvares que se encontraba de médico de servicio para ese día. PREGUNTADO: ¿manifieste a este despacho y en relación a su respuesta anterior que tipo de diagnóstico le dio, el subteniente Alvares medico de servicio en el momento de los hechos, al soldado campesino MATEUS MARTINEZ JEFERSON ESTIVEN
CONTESTO: *Diagnostico como tal no se le puede dar al paciente hasta que no se le tomen los exámenes debidos, pero si se le dejo un síndrome febril interrogado, y una posible sospecha por neumonía, debido a que el soldado llego con dolor en el pecho, y de forma inmediata se le toma un electrocardiograma, analgesia y medios físicos. PREGUNTADO: Manifieste a este despacho y en relación a su respuesta anterior que ordeno el subteniente Alvares medico de servicio y de acuerdo a la evolución de soldado campesino MATEUS MARTINEZ JEFERSON ESTIVEN el día de la valoración. CONTESTO: El ordenó electrocardiograma, analgesia medios físicos y remisión urgente en la ambulancia para el hospital de granada para tomar paraclínicos y placa de tórax" (fl. 276) (Se resalta).*

Expuesto lo anterior, encuentra el Despacho que las anotaciones contenidas en la historia clínica correspondiente a los hospitales Militar de Oriente y Militar Central, el informe presentados por los hechos, y las declaraciones vertidas en la indagación preliminar, ratifican el estado de gravedad de la enfermedad que presentaba el soldado Yeferson Estiven Mateus Martínez, para el 28 de agosto de 2016, al punto que se demayó y tuvo que ser ingresado por urgencias y, posteriormente, remitido para recibir atención.

Sin embargo, el Despacho no evidencia fácilmente en el plenario desde cuándo el soldado empezó a presentar los síntomas característicos de la neumonía que finalmente se diagnosticó con la práctica del RX de tórax, no obstante, a partir de los registros de historia clínica, en especial los del Hospital Militar Central (fl. 247 vuelto), es posible tener acreditado que la neumonía del soldado, para su ingreso a los centros hospitalarios **si** presentaba complicaciones derivadas de **un proceso de evolución**, las cuales se contraen a sepsis pulmonar con derrame pleural paraneumónico con sospecha de empiema, con dificultad respiratoria severa y falla ventilatoria hipoxemia, sin estabilidad hemodinámica, con taquicardia persistente y fiebre(fl. 55)

Tampoco puede desconocerse que, si bien no hay registros de los servicios médicos prestados con anterioridad al 26 de agosto de 2016, las declaraciones vertidas en la indagación preliminar emanadas de los propios militares, son indicativas de que Yeferson Estiven Mateus Martínez, quien

estaba en cuarentena por brote de varicela, presentaba quebrantos de salud con síntomas como dolor de cabeza, malestar general y que no mejoraba pese a la atención que le daban, que siempre le ordenaron reposo y medicamentos para el dolor.

Ahora bien, lo que sí acreditan los medios de prueba allegados, es que apenas fue advertida la gravedad del padecimiento del conscripto se dispuso su remisión a las instituciones hospitalarias en donde se le brindó la atención inmediatamente y se practicaron los procedimientos que se consideraron necesarios para atender su cuadro clínico, luego en esta fase de la atención no se evidencia actuación que pueda ser objeto de reproche.

Es en la fase anterior y durante el proceso de cuarentena en el que se encontró el soldado, en donde evidencia el Despacho que pese al mal estado recurrente de salud que presentaba el soldado, no se le prestó atención necesaria para identificar la causa del padecimiento, pues recuérdese que tanto el informe No. 177 de 30 de agosto de 2016 dirigido al comandante del Batallón sobre las atenciones médicas prestadas al soldado (fl. 137), como en las declaraciones recopiladas en la indagación preliminar son coincidentes en señalar que, inicialmente, la sintomatología de la que partió la atención en salud suministrada no estaba relacionada con la neumonía, sino que era de gripa y tos.

Yeferson Estiven Mateus Martínez, en declaración juramentada de 6 de febrero de 2016, dentro de la indagación preliminar, describió la atención recibida de la siguiente manera:

*"(...) el señor suboficial se me acerco a ver como seguía y yo le conteste que peor el me da unos ibuprofenos y me dice que me los tome yo me los tome y nada que se me pasa el dolor y cada vez me aumentaba más y no me dejaba respirar pase todo el día acostado del dolor no podía comer y así dure como 5 días y como al sexto día mi teniente Álvarez me dio la orden al dragoneante Henao que me llevara al dispensario luego se monta en la bici y me dice que camine vamos al dispensario, yo ingrese y le comente mi caso a una doctora ella me toma los signos vitales y me dice que puede presentarse un **espasmo muscular** me da unas tableta de pastas y que me tomara una diaria y me tomaba las pastas cada 6 horas y nada que me pasaba el dolor no podía dormir ni dejar dormir a mis compañeros, (...) tomaba pastas constantemente cada seis horas para ver si podía mejorar le informe al suboficial de servicio que hacía para que se me*

pasara ese dolor (...) nuevamente al dragoneante de llevarme al dispensario y ellos me decían que tuviera paciencia que es un espasmo muscular y luego me inyectaron un antibiótico para el dolor y nada que se me pasaba me dirigí para el alojamiento a seguir acostado esa noche no podía respirar bien mi teniente Álvarez me llevo al dispensario ese día por la noche me inyectaron nuevamente. y nos dirigimos para el alojamiento no dormí esa noche nuevamente que me fuera a bañar para que me pasara la fiebre ya que la tenía en 38 grados no pude dormir esa noche del dolor a la mañana siguiente un compañero me dice como siguió yo le conteste que peor y que me ayudara a levantar, no podía ni pararme ni sentarme solo, ese día no pude comer tampoco presentaba el mismo dolor cada vez más grande me tomaban las pastas que me formularon en el dispensario y seguía acostado me llevaban la comida y me la dejaba en el menaje paso esa noche sin dormir y al siguiente día por la mañana presente un dolor más fuerte y luego me llevaron al dispensario y me inyectaron y me dijeron que si no se la pasaba el dolor con esa inyección en 6 horas vuelve y nada que se me pasaba el dolor tuve que volver al dispensario, me volvieron a inyectaron esa noche me dirigí para la el alojamiento y pase a esa noche sin dormir me dolía demasiado al otro día me tome las pastas y me dirigí a bañarme a ver si se me bajaba la fiebre salí y el suboficial de servicio me dio un acetaminofén y así pase 3 días seguidos y le comente al suboficial de servicio que no se me pasaba que hacía. Y luego me dirigí al dispensario y ese día me atendió mi teniente Álvarez el médico me dijo que podía ser un **soplo en el pulmón** me acostaron en el piso hicieron un cono con periódico me lo pusieron en el oído derecho me quemaron el cono y nada que salía supuestamente el soplo me volvieron y me armaron otro cono y vuelven y me lo queman y nada que me pasaba me inyectaron nuevamente para el dolor y dure todo el día acostado y nada que me pasaba el dolor me dirigí al dispensario y me pusieron una cámara de aire para poder respirar bien y me dirigí al alojamiento dos días después recibí visita de mi mama ese domingo me desmaye en las visitas llego la ambulancia por mí y rápidamente me ingresaron a la ambulancia (fl. 260). (se destaca por el Despacho).

El subteniente Jhon Sebastián Jaramillo Arias indicó en su declaración, que "apenas llevábamos una semana de la cuarentena, el soldado en mención me informo sobre un malestar general, dolor en los huesos y dolor de cabeza"; que lo llevó al Dispensario varias veces para que allí fuera atendido, sin que le fuera prestada una atención y diagnóstico adecuado ya que los síntomas del soldado persistían, y, sin embargo, el último diagnóstico que en el dispensario se le dio fue el de que posiblemente tenía un "viento" resaltando el mismo militar que en esta fecha el soldado no podía ni caminar y los dolores eran más fuertes, teniendo este que desmayarse para que lo remitieran, ahora sí, de urgencias, situación que, en efecto, denota una ineficiente prestación de los servicios de salud.

Sin embargo, pese la falta de atención médica que se evidencia, este

Despacho no pude concluir con los medios de prueba que ésta sea la causa exclusiva y eficiente de la "OSTEOCONDritis" como secuela del proceso de Neumonía que tuvo el soldado, pues no obra prueba técnica que para el caso concreto permita arribar a esta conclusión.

De la pérdida de oportunidad

Es así como del criterio de certeza, la situación ahora está el plano de la probabilidad, ya que si bien no existe seguridad de que la falta de atención en salud pese al cuadro recurrente de mala salud del soldado, sea la causa eficiente de la secuela, no puede pasarse por alto que dicha situación se constituyó en un menoscabo a los derechos que como paciente y conscripto le incumbían, aún más, teniendo en cuenta la situación de cuarentena en que estaba, y que de haberse evitado pudo haber suprimido, postergado o alterado en beneficio el desenlace dañino, situación que la jurisprudencia ha analizado como la "*pérdida de oportunidad*".

En la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura.

Con relación a esta discusión, ha indicado la misma jurisprudencia que su inclinación ha sido frente a la primera tesis⁶, es decir, la de adoptar el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo, señalamiento al que arriba con fundamento en la misma jurisprudencia de la citada Corporación⁷ en la que se ha considerado:

"La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, fecha 5 de marzo de 2015, C.P, Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial⁸; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio -material o inmaterial- para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba⁹, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado¹⁰.

En cuanto a las características de la pérdida de oportunidad, las que la jurisprudencia¹¹ le ha atribuido, son las siguientes: **(i)** debe constituir una probabilidad seria y debidamente fundada, que permita afirmar la certeza del daño y no una mera posibilidad, vaga y genérica, que no constituye más que un daño meramente hipotético o eventual; **(ii)** lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir; **(iii)** la medida del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido; y **(iv)** el bien lesionado es un bien jurídicamente protegido.

En concordancia con lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha referido la pérdida de oportunidad, con una naturaleza autónoma en los

⁸ [2] MAYO, Jorge, "El concepto de pérdida de chance", en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

⁹ [3] En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño "lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio" (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

¹⁰ [4] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, fecha 5 de marzo de 2015, C.P., Ramiro Pazos Guerrero.

siguientes términos: "(...) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, **resulta ser un perjuicio autónomo** que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente"¹². (Destaca la Sala)

Conforme a lo expuesto precedentemente, el Despacho precisa que cuando se han determinado los elementos de la responsabilidad, el hecho dañino, el resultado lesivo y la imputación del mismo a una entidad, procede la declaratoria de responsabilidad por falla en el servicio, y cuando, lo que dan cuenta los medios probatorios es que con la actuación de la entidad se concretó fue la pérdida de oportunidad del paciente de recobrar o mejorar su salud, habrá que condenarse por esa pérdida de oportunidad como daño autónomo.

Como conclusión de lo expuesto, y teniendo por demostrado que la entidad mermó las oportunidades de evitar complicaciones de la neumonía, se declarará la responsabilidad de la entidad por la pérdida de oportunidad del soldado de haberse brindado los servicios de salud adecuada y oportuna, con la finalidad de evitar las complicaciones de la misma.

Así las cosas, no resultan de recibo los argumentos de defensa expuestos por la entidad relativos al origen común de la enfermedad y su ausencia de relación con el servicio, así como tampoco que sobrevino repentinamente y que no necesitaba estar en las filas para adquirirla, pues pese a que todo lo indicado resulta cierto, no puede desconocerse la falta de atención de la demandada al persistente mal estado de salud que presentaba el soldado, quien además del ya sometimiento a la entidad que le da la conscripción, estaba en cuarentena por cuenta de otra patología, por lo que era exigible de la entidad atender de manera diligente y exhaustivamente la sintomatología que presentaba, a través de sus servicios médicos, esto, con independencia que no sea posible predicar con grado de certeza que la secuela sufrida derive de este actuar del Ejército Nacional.

¹² Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el pasado 8 de junio del presente año, exp. 19.360.

Liquidación de perjuicios

Entonces, teniendo en cuenta que el perjuicio que se indemniza, no deviene de las secuelas producto de la neumonía que le quedaron al soldado Yeferson Estiven Mateus Martínez, sino de la pérdida de oportunidad de haber recibido una atención en salud adecuada y oportuna para identificar la patología que presentaba y una oportunidad de evitar las complicaciones derivadas de la misma, para efectos de la indemnización se acogerá el criterio de equidad, que ha acuñado el Consejo de Estado para estos casos de pérdida de oportunidad por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad, por lo que la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado sobre la forma de indemnizar la pérdida de oportunidad, lo siguiente:

"5.- Indemnización de perjuicios.

*"Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹³— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual **se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.***

"5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

"(...) la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos

¹³ Original de la cita: "Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: 'Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales'".

derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo"¹⁴ (negritas y subrayas del Despacho).

Esta forma de hacer el reconocimiento, también ha dicho la jurisprudencia, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto¹⁵.

De acuerdo con la sentencia citada, no se reconocerán los perjuicios morales ni materiales pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de secuela que dejó la neumonía, de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de habersele brindado al conscripto los servicios de salud requeridos, sobre el cual, con fundamento en la equidad, se reconocerá una suma genérica.

Entonces, en atención al principio de equidad, utilizado en estos casos para efectos de la tasación de la indemnización y a las condiciones especiales acreditadas en el proceso, el Despacho reconocerá, a Yeferson Estiven Mateus Martínez, como víctima directa, el equivalente a veinte (20) SMLMV.

En cuanto a los demás demandantes, el Despacho se abstendrá de generar condena por el perjuicio pérdida de oportunidad que se encontró acreditado por las siguientes razones:

Si bien es cierto la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha establecido una presunción, para dar por acreditado el *daño moral*, a favor de algunos perjudicados de rebote y ante determinados hechos dañosos de la víctima directa (muerte, lesión y privación de la libertad), siendo suficiente, la prueba de la relación de parentesco, hasta el segundo grado de

¹⁴ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada por el Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, en sentencia del 24 de mayo de 2017, número interno (41319).

¹⁵ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, Sentencias del 13 de marzo de 2013, exp. 500012331000199605793-01 (25.569) y del 21 de marzo de 2012, exp. 54001233100019972919-01 (22.017), ambas con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

EXPEDIENTE No: 11001334306420170005700
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

consanguinidad, es decir, padres, hermanos y abuelos, lo que se está reconociendo en este caso es la pérdida de oportunidad, y no hay medio de prueba que indique respeto de los demás demandantes afectación derivada de este daño autónomo, sin que en este caso, en criterio del Despacho, sea aplicable la presunción acuñada por vía jurisprudencial para el perjuicio moral.

5. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de CGP regulan lo relativo a la fijación de agencias en derecho, y para ello acudirá a las tarifas fijadas en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia con cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Es por lo anterior, el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en este fallo.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la demandada **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL** por la oportunidad que perdió Yeferson Estiven Mateus Martínez, de brindársele los servicios de salud adecuada y oportuna de evitar las complicaciones de la neumonía que padecía, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, CONDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL**, a pagar al demandante Yeferson Estiven Mateus Martínez, por concepto de perjuicio derivados de la pérdida de oportunidad, la suma equivalente a VEINTE (20) S.M.L.MV a la fecha de la presente sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las consideraciones sentadas en la parte motiva.

EXPEDIENTE No: 11001334306420170005700
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada, y fijar como agencias en derecho a favor de la actora, el cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

QUINTO: la sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 CPACA y subsiguientes.

SEXTO: La presente sentencia se notificará por secretaría bajo las previsiones del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: DEVOLVER a favor de la parte actora, los remanentes de los gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ

Mabl