

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

<b>Radicado:</b>	<b>11-001-33-31-720-2012-00085-01</b>
<b>Actor:</b>	<b>MARIO ALBERTO GÓMEZ GIRALDO Y OTROS</b>
<b>Demandado:</b>	<b>NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL Y OTROS</b>
<b>Tema:</b>	<b>Condena discrecional- daño a la salud</b>
<b>Sentencia N°:</b>	<b>SC3 - 21012761</b>
<b>Sistema:</b>	<b>ESCRITURAL</b>

**Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 62 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 23 de marzo de 2018, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1 Pretensiones<sup>1</sup>**

Los señores Mario Alberto Gómez Giraldo, María Cecilia Giraldo Bustamante, Juan David Gómez Giraldo y María Fernanda Gómez Giraldo, a través de apoderado judicial, promovieron demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, Médicos Asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián y el Hospital Militar Central por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la presunta deficiente prestación del servicio de salud ofrecido al primero de ellos durante el periodo de conscripción.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicito que las demandadas fueran condenadas a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a los accionantes.

---

<sup>1</sup> Folio 9 c. 1

## 2.2. Hechos<sup>2</sup>

El apoderado judicial de la parte demandante reseñó los hechos de los cuales se destacan:

- El señor Mario Alberto Gómez Giraldo ingresó el 9 de febrero del 2010 a prestar servicio militar obligatorio en el Batallón de Apoyo y Servicios para Entrenamiento-BASEN, ubicado en el municipio Nilo- Cundinamarca.

- El día 13 de marzo de 2010 el soldado regular se sintió enfermo, con síntomas de fiebre, dolor en el cuerpo, congestión pulmonar y flema. Informa que, a pesar de manifestar a sus superiores sus dolencias, no recibió tratamiento alguno.

- Posteriormente, debido a su mal estado de salud, fue llevado al dispensario del Batallón, donde lo remitieron a la Nueva Clínica San Sebastián, perteneciente a la sociedad Médicos Asociados S.A. El 23 de marzo de 2010 fue atendido y diagnosticado con derrame pleural- neumonía basal izquierda adquirida en comunidad, posible estafilococo, por lo que se ordena hospitalización en espera de cirugía- Toracostomía.

- La intervención quirúrgica se llevó a cabo el 1° de abril de 2010 por un médico general, a pesar de haberse recomendado que fuera realizada por un médico cirujano de Tórax. Dicha inexperiencia llevó a que el paciente presente sangrado abundante y ante su inestabilidad hemodinámica es llevado a Unidad de Cuidados Intensivos para soporte ventilatorio y monitorización ante la deficiencia respiratoria aguda.

- El 4 del mismo mes y año, la institución médica determina la necesidad de ser llevado el paciente nuevamente a cirugía para realizar liberación pulmonar, sin embargo, dicho procedimiento no es autorizado por parte del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y se solicita remisión al Hospital Militar Central.

- Ingresa al Hospital Militar Central solo hasta el 10 de abril de 2010 donde es sometido a dieta por parte de nutricionista por su estado de desnutrición. El día 15 de abril del mismo año es valorado por la especialidad de neumología y se analiza la realización de una Toracotomía.

- Ante la pasividad de los galenos del Hospital Militar Central, la madre del paciente se dirigió a la Defensoría del Pueblo, entidad que ante la evidencia de vulneración de los derechos fundamentales del paciente, expidió comunicación del 21 de abril de 2010 al referido centro hospitalario solicitando le fuera prestada la colaboración necesaria en forma prioritaria y a la mayor brevedad posible se le practicara la cirugía al señor Mario Alberto Gómez Giraldo.

---

<sup>2</sup> Folios 85 c. 1

-. El 26 de abril de 2010, se realiza la cirugía de Toracotomía, lo que según la parte actora evidenció una falta de oportunidad en el tratamiento, toda vez que trascurrieron 10 días entre la fecha del diagnóstico y la fecha de la realización de la cirugía.

-. Señala finalmente que, a raíz de la deficiente prestación del servicio de salud el señor Mario Alberto Gómez Giraldo presenta secuelas y deficiencias en su estado de salud de carácter permanente, lo que afecta su diario vivir y su productividad.

## **2.2. Contestación de la demanda**

### **2.2.1.- Médicos asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián**

Con memorial del 13 de diciembre de 2012<sup>3</sup>, la sociedad demandada dio contestación a la demanda con el cual se opone a las pretensiones de la misma.

Explica que el paciente fue atendido con oportunidad y calidad desde su ingreso a la Clínica y por remisión del Batallón Militar de Toleimaida el día 23 de marzo de 2012, lugar donde aparentemente estuvo entre 6 y 8 días sin recibir atención especializada y tratamiento a sus dolencias, tiempo durante el cual su estado de salud en lo relativo a sus pulmones se descompensó al punto de que, tras el procedimiento de toracotomía cerrada, se le extrajo o drenó pus en el pulmón izquierdo.

Desde antes del ingreso a la clínica, el señor Mario Alberto Gómez Giraldo presentaba un deterioro en su salud por presentar un proceso infeccioso pulmonar de evolución entre 6 y 8 días y una baja de peso asociado a desnutrición. Por lo que, se inició estabilización del paciente y atención en su salud con el respectivo drenaje de pus en el pulmón izquierdo mediante cirugía de toracotomía cerrada y manejo antibiótico.

Recalca por tal motivo que, el deterioro del estado de salud del señor Mario Alberto Gómez Giraldo no es atribuible a la asistencia médica brindada en la nueva Clínica San Sebastián, sino al proceso de evolución de la enfermedad antes de llegar a esta institución médica, lo que configura una eximente de responsabilidad consistente en hecho de un tercero.

### **2.2.2.- Hospital Militar Central**

Mediante radicado del 18 de marzo de 2013<sup>4</sup>, la entidad demandada contestó la demanda de la referencia y solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda elevadas en su contra por las siguientes razones:

---

<sup>3</sup> Folio 42 c. 1

<sup>4</sup> Folio 223 a 227 c. 1

Conforme a las pruebas aportadas al proceso se evidencia que el Hospital puso a disposición del demandante todo el equipo técnico y humano con el que cuenta para tratar la patología que afectaba su salud. Por lo que no es viable predicar una falla en la prestación del servicio de salud.

Desde el arribo del paciente- 10 de abril de 2010- se realizan los procedimientos quirúrgicos tendientes a superar la patología sufrida conforme a lo establecido en la historia clínica aportada en el proceso.

Precisó que, a pesar de llegar de otra institución con un diagnóstico, esta institución hospitalaria realiza exámenes diagnósticos con el fin de impartir un tratamiento adecuado y verificar la causa del padecimiento. Así mismo, explica que antes de realizar una intervención quirúrgica, la entidad debe controlar el proceso infeccioso, tal y como se realizó en el presente caso.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda comoquiera que, no se puede endilgar falta de oportunidad en la prestación del servicio debido a que el Hospital Militar Central le brindó un tratamiento integral al señor Mario Alberto Gómez Giraldo.

### **2.2.3.- Demandada- Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.**

Con memorial del 18 de marzo de 2013<sup>5</sup>, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que las imputaciones en su contra no se encuentran fundamentadas.

No se aporta con la demanda Informe Administrativo por Lesiones, Acta de Junta Médico Laboral o decisión de Tribunal Médico Laboral con los que se soporte las acusaciones de la demanda. De tal forma, es difícil establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que sucedieron los hechos, por lo que no se puede concluir que todo acaeció dentro o fuera del servicio militar ni tampoco se puede establecer si dicha afección le disminuyó la capacidad laboral al demandante.

Por lo tanto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda además porque se configura la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima ya que la lesión padecida por el demandante obedeció a su propia falta de cuidado.

### **III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 23 de marzo de 2018, adicionada con providencia del 8 de mayo de 2018<sup>6</sup> el Juzgado 62 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá<sup>7</sup>, resolvió:

---

<sup>5</sup> Folio 322 a 329 c. 1

<sup>6</sup> Folio 622 a 623 c. 10

<sup>7</sup> Folios 574 c. 10

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de *“CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”* propuesta por la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación- ministerio de Defensa Nacional por la afección sufrida por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Sin codena en costas.

(...)

**SÉPTIMO: DECLARAR** probada la excepción de “inexistencia de obligación de indemnizar”, propuesta por Médicos Asociados S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”

**OCTAVO:** Como consecuencia de lo decidido en el numeral precedente **EXONERAR** de toda responsabilidad a la demandada Médicos Asociados S.A.

**NOVENO: EXONERAR** de toda responsabilidad al demandado Hospital Militar Central por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”

Previa síntesis de las etapas procesales y de las posiciones jurídicas de las partes, el A-quo analizó los cargos formulados y las pruebas allegadas con lo que determinó que se encuentra probado el daño en el sub lite, al demostrarse que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo sufrió deterioros en su salud que lo llevaron a someterse a procedimientos quirúrgicos.

Ahora bien, del material probatorio que obra en el expediente, el a-quo determinó que no existe información suficiente para concluir, con la fuerza de convicción necesaria, que las afecciones de salud que aquejaron al señor Mario Alberto Gómez Giraldo hayan sido consecuencia obligada de una falla en el servicio médico por parte de Médicos asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián y el Hospital Militar Central.

Del dictamen pericial aportado al plenario se infiere que las entidades mencionadas brindaron la atención medico asistencial requerida conforme a los diagnósticos que se emitían en cada revisión del paciente. Estuvo atendido por médicos especialistas y se le practicaron los paraclínicos necesarios para despejar cualquier duda frente a las intervenciones quirúrgicas a efectuar.

Los tratamientos brindados por Médicos Asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián y el Hospital Militar Central trascurrieron con normalidad, sin ninguna complicación lo que determina que los entes hospitalarios actuaron de forma diligente, oportuna y secuencial.

En lo que tiene que ver con las imputaciones elevadas en contra de la demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, el Juzgado de primera instancia empieza explicando que se encuentra acreditado que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo entre el 17 de febrero de 2010 al 4 de febrero de 2011 se encontraba vinculado al Ejército Nacional en calidad de soldado conscripto, prestando su servicio militar.

Se probó que durante su conscripción presentó tos productiva, con expectoraciones purulentas asociadas a fiebre, aproximadamente desde el 17 de marzo de 2010, siendo atendido tiempo después por la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, donde se le diagnosticó i) derrame paraneumónico, ii) neumonía basal izquierda y iii) atelectasia parcial.

Dicha situación le generó presencia de derrame pleural y aire en la cavidad pleural, circunstancias que, según dictamen pericial allegado, se desprenden de un diagnóstico tardío.

Tales circunstancias infieren que, si una persona en condición de conscripto presenta alguna enfermedad, debe ser atendido de manera eficiente por parte de los servicios de salud del Ejército Nacional. Así mismo, debe ser conducido oportunamente para el acceso a los servicios médicos, manteniendo un registro de las circunstancias que rodean los hechos.

En sentencia de primera instancia se explicó que, la jurisprudencia del Consejo de Estado reitera la facultad del juez, ante la ausencia de cierto material probatorio directo, a basar su decisión en indicios que se generan a partir del estudio de otras pruebas que permiten determinar conclusiones que si bien indirectas, pueden dar certeza de fallas en la administración y así generar responsabilidad.

En el caso en concreto, se desconoce si la enfermedad del señor Mario Alberto Gómez Giraldo es de origen común y si guarda relación alguna con el servicio militar obligatorio, no obstante, sí se estableció que el soldado regular sufrió derrame pleural sin que se encuentre demostrada alguna pérdida de la capacidad laboral a consecuencia de ello.

De la Historia Clínica de la Nueva Clínica San Sebastián, se desprende que el paciente llevaba 6 días de evolución de su cuadro clínico, situación corroborada con la declaración del señor Mario Alberto Gómez Giraldo y de su compañero David Augusto Arango, quienes concuerdan en relatar que el demandante se enfermó en el batallón cuando empezó con una gripa que se le agravó porque no lo llevaron inmediatamente al médico, y solo cuando lo vieron grave lo llevaron a una clínica.

Con las anteriores pruebas, se determinó que, definitivamente, existió una demora en la prestación del servicio médico al señor Gómez Giraldo, situación que la entidad demandada no desvirtuó. Explica que, al plenario no se anexó por parte de esta entidad la Historia Clínica del demandante, lo cual puede considerarse, bien

como la ausencia total de atención médica al entonces conscripto, o bien como la falta de orden, diligencia y cuidado en la documentación de la entidad.

Se evidenció entonces, la demora de sus superiores en remitirlo a una unidad de salud especializada para que recibiera asistencia médica oportuna, lo que conllevó a la prolongación injustificada de sus padecimientos.

En lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios, el A-quo entiende no causados los perjuicios materiales alegados ante la falta de prueba que determine si la lesión o secuelas padecidas por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo le produjeron o no un grado de discapacidad y su magnitud. Recalca en esta parte la falta de colaboración de la parte actora para recaudar el material probatorio decretado en el presente asunto.

Debido al vacío probatorio que dificultaba tasar los perjuicios de carácter moral, el Juez de primera instancia, atendiendo a las particularidades del caso, resolvió no conceder suma alguna por concepto de perjuicios morales, puesto que no se demostró la ocurrencia de unas secuelas, ni la magnitud de las mismas; pese a ser claro que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo si padeció unas afecciones, no se encuentra probado el dolor moral que esta le produjo a su familiares demandantes.

Finalmente, conforme a lo solicitado como daño a la salud, y comoquiera que se reitera la ausencia de elementos materiales de prueba, dicha pretensión también fue negada.

#### **IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.**

El apoderado judicial de la parte demandante, dentro del término legal, presentó recurso de apelación<sup>8</sup> contra la sentencia de primera instancia donde solicita se modifique la misma y se acceda a las pretensiones de la demanda en lo que respecta a la indemnización solicitada por las siguientes razones:

Si bien se declaró la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por los hechos expuestos en la demanda, no se encuentra de acuerdo con la determinación de no asignar condena a la misma presuntamente por déficit probatorio.

Recalca el apoderado de los accionantes que, se demostró ampliamente que dado el tratamiento tardío brindado al señor Mario Alberto Gómez Giraldo frente a su enfermedad, incluidas las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, produjeron un grave deterioro en su salud física y mental. Por lo tanto, el daño se encuentra acreditado.

---

<sup>8</sup> Folios 1136 a 1151 c. 7

Infiere que no puede el A-quo admitir una responsabilidad del Estado y exonerarlo de indemnizar por la falta de una prueba de la cual se ha insistido en su recaudo sin ningún resultado. Aunado a que, con la documental anexada, se encuentra más que probado el daño y los perjuicios causados a los demandantes.

En ese sentido, resulta procedente y justa una reparación integral, consistente en reconocerle perjuicios materiales, morales y a la salud a la víctima y morales a la madre y hermanas.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por acta individual de reparto de 5 de julio de 2018, correspondió el conocimiento del asunto al suscrito Magistrado sustanciador<sup>9</sup>.

El Despacho, a través de auto de 28 de febrero de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público<sup>10</sup>.

Finalmente, con auto de 19 de febrero de 2020, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente<sup>11</sup>.

## **VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Parte demandante**

Con memorial del 6 de marzo de 2020<sup>12</sup>, solicita que se modifique la sentencia de primera instancia, por cuanto considera que al estar demostrada la falla en la prestación del servicio de la demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, tal y como lo declaró la Juez a- quo, de ello se derivaron los daños materiales, morales y a la salud que deben ser resarcidos por la responsable.

Los deterioros de salud del señor Mario Alberto Gómez Giraldo se encuentran acreditados en la Historia Clínica, testimonios y peritaje allegados al plenario. Por lo tanto, es natural que al determinar que el responsable del daño es la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional se le ordene resarcir los perjuicios a los demandantes.

**6.2.-** La entidad demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y el representante del Ministerio Público no allegaron alegatos de conclusión y escrito de concepto definitivo respectivamente en el presente asunto.

---

<sup>9</sup> Folio 631 c. 10

<sup>10</sup> Folio 633 c. 10

<sup>11</sup> Folio 636 c. 10

<sup>12</sup> Folio 642 c. 10

## VII. CONSIDERACIONES

### 7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

#### 7.1.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 82<sup>13</sup> del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional entidad de naturaleza pública.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 133 del Código Contencioso Administrativo<sup>14</sup>, modificado por la Ley 446 de 1998, numeral 1º, que dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### 7.1.2.- Caducidad de la acción.

En concordancia con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

En el caso en concreto, se tiene demostrado que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo sufrió un padecimiento en su salud mientras estuvo prestando servicio militar obligatorio. Luego de ser atendido por sus dolencias en Médicos asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián, el día 4 de abril de 2010 el área de Cirugía General concluyó como diagnóstico definitivo "Epinema Tabicado- neumonía Basal

---

<sup>13</sup>Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

<sup>14</sup> ARTICULO 133 C.C.A. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Izquierda". En ese sentido, desde esa data el demandante tuvo un real conocimiento de la enfermedad que sufría.

Por lo tanto, el término de caducidad corría entre el 5 de abril de 2010 al 5 de abril de 2012. Asimismo, se observa que cuando se radicó la solicitud de conciliación prejudicial- 22 de marzo de 2012- faltaban 13 días para que operara el término de caducidad, por lo que ese tiempo se adiciona a la fecha en que finalizó el trámite de la conciliación prejudicial- 17 de mayo de 2012, lo que nos arroja una fecha final de 30 de mayo de 2012.

Comoquiera que la demanda fue presentada el 29 de mayo de 2012, , se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente.

### **7.1.3. Legitimación en la causa.**

#### **7.1.3.1. Por activa.**

Los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que se señalan a continuación:

<b>Demandante</b>	<b>Parentesco con la víctima directa</b>	<b>Prueba</b>
Mario Alberto Gómez Giraldo	Víctima directa	
María Cecilia Giraldo Bustamante	Mamá	Registro civil de nacimiento fl. 3 c. 4
Juan David Gómez Giraldo	Hermano	Registro civil de nacimiento fl. 4 c. 4
María Fernanda Gómez Giraldo	Hermana	Registro civil de nacimiento fl. 5 c. 4

#### **7.1.3.2. Por pasiva.**

Por su parte la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional se encuentra legitimado en la causa por pasiva en el presente proceso, dado que es a quien se les endilga la responsabilidad por sus presuntas omisiones en cuanto a la prestación del servicio médico y falta de oportunidad ante las afecciones del señor Mario Alberto Gómez Giraldo.

### **7.2. Alcance del Recurso de Apelación**

El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por el apelante, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 357 del Código de

Procedimiento Civil<sup>15</sup>, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Así mismo, en aplicación de los principios de lealtad procesal y preclusión, los argumentos que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el recurso de alzada, son los presentados y sustentados en oportunidad, más no se puede aceptar que los argumentos nuevos de inconformidad que se llegaren a exponer en el escrito por medio del cual se presentan ante el Ad Quem alegatos de conclusión, sean tenidos en cuenta como sustento del recurso inicialmente promovido, ya que una hipótesis distinta, afectaría el derecho al debido proceso de la pasiva, en particular en arista del derecho de defensa y contradicción

## VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

### 8.1. Problema Jurídico

Conforme a lo afirmado por el apelante,

¿Es procedente modificar la decisión de primera instancia y acceder a la condena al pago de la indemnización de los daños materiales, morales y a la salud reclamados, derivados de la declaratoria de responsabilidad de la demandada, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, comoquiera que con las pruebas anexadas al plenario se encuentra demostrado con suficiencia el daño y, por lo tanto pueden tasarse tales?

### 8.2. Tesis

La Sala advierte que, tal y como lo determinó el a-quo, los medios probatorios obrantes en el proceso permiten determinar probada la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional frente a la demora en la atención médica brindada al señor Mario Alberto Gómez Giraldo, quien presentó afecciones en sus pulmones mientras se encontrada prestando servicio militar obligatorio.

---

<sup>15</sup> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.

También es cierto que, si bien se acreditó la existencia de la enfermedad pulmonar en el tiempo que el demandante prestó el servicio militar obligatorio, se concluye que la misma fue superada, y al no contar con la prueba que determine las secuelas o una disminución de la capacidad laboral del demandante respecto de dicha afección, no se encuentra acreditado el daño a la salud o los materiales indemnizables que alegan los demandantes.

Pese a lo anterior, para la Sala sí está acreditado que el accionante Mario Alberto Gómez Giraldo en calidad de soldado conscripto, durante el tiempo en el cual mantuvo sus dolencias, fue expuesto a una prolongación innecesaria de sus padecimientos por la demora en su atención, diagnóstico y tratamiento, lo que le produjo un daño moral que debe ser reconocido.

En consecuencia, esta Sala MODIFICARÁ la sentencia proferida el 23 de marzo de 2018, por el Juzgado 62 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá- Sección Tercera y en su lugar se ordenará condenar a la entidad demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, al pago de daño moral al señor Mario Alberto Gómez Giraldo.

Para absolver la cuestión planteada, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) régimen aplicable al Estado por daños derivados de la prestación del servicio de salud, ii) Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, por lesión sufrida por conscripto y (iii) del caso concreto.

## **IX. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE**

### **9.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado.**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>16</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

*“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.*

---

<sup>16</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

En este orden se tiene que en la Constitución Política se consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así:

*“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*

## **9.2.- Régimen de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.**

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *“aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo<sup>17</sup>”*, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública<sup>18</sup>.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos *supra*, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

*(i) La falla del servicio. Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público<sup>19</sup>; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser*

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>18</sup> *Ibídem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas.”

<sup>19</sup> PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros” en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

*considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado<sup>20</sup>, lo cual aparece que su naturaleza sea **subjetiva**, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal<sup>21</sup>.*

*Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo<sup>22</sup>.*

*La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita<sup>23</sup>, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.*

**(ii) El riesgo excepcional.** *Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada<sup>24</sup>, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad objetivo.*

**(iii) El daño especial.** *Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados<sup>25</sup>. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.*

*De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general<sup>26</sup>. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”<sup>27</sup>.*

<sup>20</sup> HENAO, Juan Carlos. “La noción de la falla...”, cit., p. 57 a 114, citado a su vez por M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., p. 518.

<sup>21</sup> M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., 518

<sup>22</sup> Sentencia C-043 de 2004.

<sup>23</sup> Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

<sup>24</sup> SU-449 de 2016.

<sup>25</sup> SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

<sup>26</sup> *Ibídem*.

<sup>27</sup> Sentencia C-254 de 2003.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable por daños causados a las personas beneficiarias del servicio de salud, se tiene que actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría, y restablecimiento.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha evolucionado de manera ostensible. Inicialmente, utilizó el enfoque según el cual, era menester probar la falla del servicio<sup>28</sup> sobre la base de que la prestación del servicio médico asistencial contenía, en sí mismo, una obligación de medio y no de resultado. Dicha tendencia fue revaluada planteándose que lo que se configuraba era un régimen de falla por inferencia<sup>29</sup>, para lo cual bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso, de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino; bajo éste régimen, era suficiente la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración misma, que solo podía exonerarse demostrando que había actuado con total diligencia. La anterior tendencia fue sustituida por la que se denominó régimen de falla presunta<sup>30</sup>; en éste, bastaba la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración; la que solo podía exonerarse demostrando, a su vez, que actuó con entera diligencia; más adelante, esta última orientación se convirtió en la teoría de la inversión de la carga probatoria, que colocó en cabeza de los profesionales de la medicina y de los establecimientos que brindan atención médica, el deber de demostrar los procedimientos aplicados y su idoneidad, dado su alto contenido técnico y científico, los cuales, por su especialidad y complejidad, resultarían muy difíciles de probar para los demandantes.

En todo caso, sin importar el régimen de responsabilidad que se aplique en un caso en concreto, existe un factor que ha permanecido incólume a lo largo de la evolución jurisprudencial, y es aquél referido a la obligación que tiene el actor de demostrar por lo menos: i) la existencia del daño y ii) la existencia además de un nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración.

### **9.3.- Régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, por lesión sufrida por conscripto.**

En contexto de la Constitución de 1991, no es de recibo edificar una premisa en razón de la cual se deba aplicar un específico título de imputación o régimen de responsabilidad, sino que se impone que en cada caso en concreto el juez atendiendo a las particularidades del mismo, determine el régimen y título de imputación bajo el cual asumirá su estudio. La cláusula general del deber

<sup>28</sup> Al respecto, sentencias Consejo de Estado, del 7 de octubre y del 13 de septiembre de 1991.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicado: 11878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001. Radicado: 12.792.

indemnizatorio del Estado, se encuentra en el artículo 90 Constitucional, en virtud del cual, *el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de sus autoridades públicas*, fundamento al que se adiciona el artículo 2º del mismo ordenamiento constitucional, *que dispone de las 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*.

Para los eventos de lesión de un conscripto, se explica que el servicio militar obligatorio es una carga que se impone a todo varón colombiano mayor de edad, salvo que encuentre excluido por alguna de las causas establecidas por la ley<sup>31</sup>; por tratarse del cumplimiento de una obligación constitucional, se produce un rompimiento del equilibrio respecto de las cargas públicas que están llamados a asumir por regla general los ciudadanos ya que se trata de una imposición que solo cumplen algunos, quienes deben asumir un mayor gravamen respecto de sus derechos y libertades. Esto implica, a su vez, para el Estado, que asuma como garante de su integridad y seguridad personal.

En ese sentido, el Consejo de Estado indicó al respecto: *“que el régimen de responsabilidad aplicable a las personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio es objetivo, aunque no obsta, para que en algunos casos dependiendo de las circunstancias de modo tiempo y lugar, aplique el título de imputación subjetivo de falla en el servicio, de encontrarse probada la culpa del Estado, y cuando pretenda ser exonerado por la ocurrencia de una causa extraña, le corresponde demostrar la misma, con cualificación de determinante y eficiente*.

Precisó, además, que compete al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación<sup>32</sup>, es decir, no la mera causalidad material sino la imputabilidad jurídica<sup>33</sup>:

*“(…) 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 distinto a la exigencia de un deber público, (...) 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*

<sup>31</sup> En desarrollo del artículo 216 Constitucional, el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización, establece que 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, y el artículo 13 *Ibidem* indica que el servicio militar obligatorio puede prestarse en las siguientes modalidades: como soldado regular -de 18 a 24 meses-, soldado bachiller -durante 12 meses-, auxiliar de policía bachiller -durante 12 meses- y soldado campesino -de 12 hasta 18 meses-

<sup>32</sup> Establecer la *imputatio juris* y la *imputatio facti*

<sup>33</sup> **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

c) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.(...)”.<sup>34</sup>

“(…) 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 excepcional cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio (...) o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos (...)”<sup>35</sup>. (Suspensivos, subrayado y negrilla fuera del texto).

Además se comprende los títulos de daño especial y de riesgo excepcional, teniendo en cuenta que la persona que ingresa al servicio militar obligatorio se encuentra en buenas condiciones de salud, por lo que en perspectiva del principio de equilibrio de las cargas públicas, de la situación de garante que asume frente al conscripto el Estado y de la relación especial de sujeción a la que se encuentra sometido aquel, debe dejar el servicio en condiciones similares<sup>36</sup>. El Consejo de Estado abordó dicho aspecto así:

“(…) se entiende que el Estado, frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos (...)”<sup>37</sup>. (Suspensivos fuera del texto).

En ese sentido, cabe precisar que el menoscabo en la salud de un conscripto inherente a la prestación del servicio militar obligatorio comporta rompimiento del principio de equilibrio frente a las cargas públicas, salvo que se pruebe que es imputable a culpa exclusiva de la víctima directa. Por consiguiente, en tanto el Estado imponga el deber de prestar el servicio militar, debe responder por los daños que sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública, porque, se insiste, 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 responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En responsabilidad del Estado por lesiones padecidas por conscriptos, basta acreditar la existencia del daño y su concreción durante la prestación del servicio militar obligatorio y a causa del mismo, siendo de cargo de la accionada de pretender su exoneración, establecer la configuración de una causa extraña que

<sup>34</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 07 de noviembre de 2012, Expediente Número 27232, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>35</sup> Ibídem. Sentencia del 10 de agosto de 2005, expediente 15.445.

<sup>36</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencias del 03 de marzo de 1989, Expediente Número 5290 y del 25 de octubre de 1991, Expediente Número 6465.

<sup>37</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia del 20 de febrero de 2014, rad. interno 30132.

desvirtué la imputación jurídica que se le hace del daño. Es así, que en multiplicidad de oportunidades, este tópico ha sido abordado por el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, y aunque se advierte que no todo daño sufrido por quien presta el servicio militar obligatorio es imputable de manera automática a la administración pública, y solo lo serán aquellos que le sean atribuibles en el plano fáctico y jurídico<sup>38</sup>, la jurisprudencia puntualiza que habrá que reparar las lesiones antijurídicas que tengan causa en el plano fáctico en la prestación del servicio militar, cuando deriven de su prestación directa o indirecta, y se pueda constatar la existencia de un título jurídico de imputación que le brinda fundamento a la responsabilidad. De forma que solo se libera, si opera una causa extraña sin nexo con el servicio, o si la parte demandante no logra establecer la relación fáctica o imputación entre el daño y el servicio militar obligatorio<sup>39</sup>.

## **X. DEL CASO EN CONCRETO**

### **10.1- Caso concreto e imputación del daño antijurídico al Estado.**

Evidencia la Sala que, la razón por la cual el A-quo negó las pretensiones de la demanda a pesar de declarar responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional por la afección sufrida por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo mientras prestaba el servicio militar obligatorio, obedeció a que el proceso carece de material probatorio para determinar la constitución de ciertos perjuicios debido a la negligencia y falta de colaboración en la práctica de pruebas de la parte demandante.

En ese sentido, se desconoce si la enfermedad sufrida por el demandante le ocasionó secuelas de algún tipo, o si le produjo algún grado de discapacidad y su magnitud. Por lo tanto, al no contarse con prueba que establezca algún grado de pérdida de capacidad laboral, no se encuentran probados los perjuicios materiales alegados.

Igualmente explicó el juez de instancia que al no encontrarse probada la disminución de la capacidad laboral por parte del señor Mario Alberto Gómez Giraldo y que además ofrezca un diagnóstico sobre la gravedad de sus lesiones, no se entienden causados los perjuicios morales alegados.

Por su parte, el extremo demandante manifiesta su desacuerdo con la decisión comoquiera que las pruebas aportadas en el proceso permiten dilucidar el daño alegado y del cual se deduce la consecución de unos perjuicios, que deben ser resarcidos.

De conformidad con el material probatorio allegado al plenario, se tiene que:

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente 0500123-31-000-2007-00139-01(38222). C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>39</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente 41000-23-31-000-1998-10792-02(34113). C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.

1.- Con oficio emitido el 22 de octubre de 2014<sup>40</sup> el Director de Reclutamiento y control de reservas del Ejército Nacional informó que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo fue incorporado el 17 de febrero de 2010 al Batallón de Apoyo de Servicios para el entrenamiento y su retiro se efectuó el 4 de febrero de 2011 por servicio militar cumplido.

2.- Se anexó copia de la Historia Clínica<sup>41</sup> del señor Mario Alberto Gómez Giraldo obrante en Médicos asociados S.A.- Nueva Clínica San Sebastián, con fecha de ingreso del 23 de marzo de 2010. Se explica que fue remitido del Dispensario de Fuerzas Militares por cuadro clínico de 7 días de evolución. Al ingreso se anotó: *“PACIENTE QUE TIENE 6 DIAS DE EVOLUCIÓN DE TOS PRODUCTIVA CON EXPECTORACIONES PURULENTA ASOCIADO A FIEBRE NO CUANTIFICADA, ADEMÁS SE EVIDENCIA QUE POR NO MEJORA RECONSULTO CON DIFICULTAD RESPIRATORIA MODERADA DONDE TOMARON RX DE TORAX CON EVIDENCIA DE DERRAME PLEURAL, ATELECTASIA APICAL Y NEUMOTÓRAX”*

Luego de diferentes tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, el 4 de abril del mismo año se consolidó un diagnóstico de: *“EMPIEMA TABICADO- NEUMONÍA BASAL IZQUIERDA”*<sup>42</sup>. Para la misma fecha se advierten notas de evolución médica con el siguiente análisis *“PACIENTE CON EVOLUCIÓN FAVORABLE SIN ANEMIZACION, SIN TRANSTORNO DE LA OXIGENACIÓN, DOLOR DE HERIDA QUIRÚRGICA CONTROLADO, ESTÁ PENDIENTE TRASLADO A PISO”*<sup>43</sup>

Para el 10 de abril de 2010, la evolución médica concluyó: *“PACIENTE SIN SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA, SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA CON TAC QUE MUESTRA ATRAPAMIENTO PULMONAR ASOCIADO A PRESENCIA DE NIVELES Y SIGNOS DE CONSOLIDACIÓN BASAL CON RE EXPANSIÓN PULMONAR DISMINUIDA POR LO QUE SE CONSIDERA LLEVAR A NUEVA TORACOTOMÍA DE LIMPIEZA.”*<sup>44</sup>

3.- Con Historia Clínica del Hospital Militar Central<sup>45</sup> se observa que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo continuó su tratamiento a partir del 10 de abril de 2010 en esta institución. En nota médica del 22 de abril de 2010 se dijo: *“PACIENTE CON EVOLUCIÓN FAVORABLE, HEMODINÁMICAMENTE ESTABLE Y SIN SIRS, TOLERANDO 02 AMBIENTE, EN EL DÍA DE HOY SERÁ LLEVADO A CIRUGÍA PARA REALIZACIÓN DE TORACOTOMÍA (...)”*<sup>46</sup>.

Para el día 30 de abril de 2010<sup>47</sup> los galenos informaron que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo presentaba adecuada evolución posoperatoria y se encontraba

---

<sup>40</sup> Folio 495 c. 1

<sup>41</sup> Folio 70 a 196 c. 1

<sup>42</sup> Folio 76 c. 1

<sup>43</sup> Folio 52 c. 1

<sup>44</sup> Folio 61 c. 1

<sup>45</sup> Folio 229 a 321 c. 1

<sup>46</sup> Folio 249 c. 1

<sup>47</sup> Folio 259 c. 1

estable por lo que continua con tratamiento antibiótico. Su salida del Hospital se ordenó el 4 de mayo del mismo año y se consignó como análisis de salida “ADECUADA EVOLUCIÓN POP, SE REvisa RX DE TORAX POST RETIRO DE TUBO CON ADECUADA EXPANSIÓN PULMONAR, ENGROSAMIENTO PLEURAL BASAL IZQUIERDO, EN EL MOMENTO ASINTOMÁTICO. SE DECIDE DAR SALIDA CON CITA CONTROL (...)”<sup>48</sup>

4.- Se anexó dictamen pericial rendido por el Dr. Juan Ricardo Lutz Peña-Especialista en medicina Interna y Neumología<sup>49</sup> respecto de la Historia Clínica de la Clínica San Sebastián del señor Mario Alberto Gómez Giraldo. Referente a la pregunta que respondió en relación a las secuelas del paciente, manifestó:

*“para establecer el grado de incapacidad deben realizarse pruebas de laboratorio que midan la capacidad de los pulmones y la capacidad del paciente de realizar ejercicio. (...) además debe ser valorado por medicina laboral. Es muy poco probable que un paciente joven con secuelas de una infección pulmonar y un empiema que requirió intervención en un solo pulmón quede inválido. Sin embargo para establecer si hay secuelas y qué tanto comprometen la funcionalidad del paciente debe realizarse una valoración completa.”*

(...)

*Los pacientes con enfermedades respiratorias pueden superar en gran medida sus dificultades con técnicas de rehabilitación pulmonar. Estas técnicas consisten en entrenamiento para hacer ejercicio físico y aprender técnicas de respiración (...)”<sup>50</sup>*

Conforme a lo aportado, efectivamente se advierte que el señor Mario Alberto Gómez Giraldo padeció de una enfermedad pulmonar mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio. Si bien no se cuenta con Historia Clínica proveniente del Dispensario del Batallón al cual se encontraba adscrito para determinar la atención primaria brindada a dicha afección, de la allegada por la Clínica San Sebastián se desprende que dicha afección evolucionó de 6 a 7 días antes de que fuera tratada.

Tal y como se abordó por el a-quo, las pruebas de referencia anexadas al proceso permiten concluir que existió una demora en la prestación del servicio médico al señor Mario Alberto Gómez Giraldo. En ese sentido, la falta de documentación por parte del dispensario del Batallón se tomó como indicio en contra de la entidad demandada, quien tenía bajo su obligación la atención médica del soldado regular y quien además no allegó historia clínica del paciente.

De lo anterior se infiere que no existió ninguna atención primaria por parte del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional frente a la enfermedad informada por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo, y por el contrario, solo hasta su llegada a la Nueva Clínica San Sebastián fue tratado de una infección consistente en derrame

---

<sup>48</sup> Folio 262 c. 1

<sup>49</sup> Folio 425 a 433 c. 1

<sup>50</sup> Folio 434 c. 1

pleural, es decir, un diagnóstico tardío sobre una patología que presentaba seis (6) días de evolución de una infección.

Esa responsabilidad probada frente a la entidad demandada se traduce en la “prolongación injustificada de los padecimientos” del soldado Mario Alberto Gómez Giraldo, comoquiera que no se encontró prueba alguna que permita inferir que el Batallón al cual se encontraba adscrito brindó atención alguna en los primeros 6 o 7 días de su enfermedad pulmonar, lo cual condujo a un tratamiento de alta complejidad, de naturaleza invasiva, con procesos infecciosos avanzados que requirieron de cirugías y de prolongados periodos de hospitalización y recuperación.

Ahora bien, pese a que la parte actora en el escrito de apelación insiste en la ocurrencia de un daño probado que debe ser indemnizado, del recorrido de las pruebas anexadas no se determina con claridad su configuración.

En primer lugar, no se demostró que la enfermedad pulmonar que padeció el demandante haya tenido su origen con ocasión o por razón de las actividades que se le encomendaron en su periodo de conscripción en el Ejército Nacional. Esto es, no se cuenta con informativo administrativo por lesiones o informe que esclarezca los hechos que pudieron dar origen a la enfermedad.

De la revisión de las historias clínicas aportadas al plenario, se determinó que, pese a la demora en la atención, la enfermedad fue superada de manera satisfactoria, concluyendo que para mediados de abril de 2010 el soldado se encontraba en buenas condiciones de salud, por lo que en este estadio tampoco se encuentra probado el daño alegado.

De la misma forma, se llega a la conclusión de que el accionante Mario Alberto Gómez Giraldo no sufrió secuelas o limitaciones físicas que determinen un perjuicio actual de orden material que deba ser indemnizado en las cuantías que se solicitan con la demanda.

La Sala recuerda que i) se echa de menos el trámite de Junta Médico Laboral para determinar si hubo disminución de las capacidades laborales del señor Mario Alberto Gómez Giraldo a causa de su enfermedad pulmonar y que tengan relación con el tardío diagnóstico, ii) la historia clínica de salida por parte del Hospital Militar Central señaló que el paciente superó sus afecciones de forma satisfactoria, a tal punto de no presentar problemas respiratorios, y iii) con dictamen pericial realizado a la historia Clínica aportada por la Nueva Clínica San Sebastián se concluyó que la enfermedad pulmonar que presentó el joven Mario Alberto Gómez Giraldo puede ser superada sin ninguna complicación, permitiéndole seguir con su vida normal. Y si bien podría resultar posible alguna secuela a limitación, ello no se probó dentro del plenario.

En mérito de lo expuesto, concuerda la Sala con el A-quo, en el sentido de no encontrar probada la existencia de un daño de orden material que deba ser

indemnizado por la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional o por el Hospital Militar Central.

Se precisa que padecer una enfermedad, en principio, no es en sí misma un daño que deba ser indemnizado, ni supone automáticamente una aminoración de bienes jurídicos, a menos que se haya agravado por la desidia, negligencia o pasividad del responsable del tratamiento, o dejado secuelas que afectan la integridad y la salud de la persona y estén en relación con el servicio. Así, al no contarse con prueba que determine que en el caso se presentaron tales consecuencias, los daños alegados por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo y sus familiares carecen de sustento.

Por el contrario, con la constancia que determina el tiempo durante el cual el joven Mario Alberto Gómez Giraldo cumplió el servicio militar obligatorio puede soportarse que el demandante pudo continuar con sus actividades después de superar su enfermedad pulmonar, a tal punto de seguir con la vida militar hasta la culminación del tiempo de servicio.

Pese a lo anterior, es innegable la situación de dolor, aflicción y sufrimiento que tuvo que soportar el demandante Mario Alberto Gómez Giraldo durante el tiempo que estuvo a la espera de atención médica, y la consecuente demora en su diagnóstico y tratamiento por parte de la entidad demandada, lo que implicó someterlo a varias cirugías -si bien, exitosas- y a un prolongado período de hospitalización y recuperación, demora que finalmente se tradujo en la “prolongación injustificada de los padecimientos”, conforme a lo que se planteó al inicio de esta providencia.

Desde luego, tal demora no puede atribuirse al Hospital Militar Central, dado que la tardanza en la atención inicial a cargo del propio Batallón o Unidad del Ejército bajo cuya responsabilidad de encontraba el conscripto, agravó su enfermedad, de manera que las consecuencias onerosas sufridas por el paciente, se derivan directamente de dicha demora, y no de un error atribuible al hospital Militar que se hubiera probado en la instancia.

Es de recordar que, el señor Mario Alberto Gómez Giraldo durante su estancia en el Ejército nacional presentó tos, con expectoraciones purulentas asociado a fiebre aproximadamente el 17 de marzo de 2010, siendo atendido 6 días después en la Nueva Clínica San Sebastián de Girardot, presentando i) derrame paraneumonico, ii) neumonía basal izquierda y iii) atelectasia parcial.

Así mismo, mediante dictamen pericial y testimonios recibidos en el trámite del proceso se pudo establecer que el paciente presentó derrame pleural y aire en la cavidad pleural, daño que sobreviene de un diagnóstico tardío o demorado, es decir, el agravamiento del paciente era previsible y evitable de haberse iniciado la atención médica de manera oportuna.

En ese sentido, si bien en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia no se ordena ningún tipo de indemnización al daño porque no se tiene certeza de si la

enfermedad dejó lesión o secuelas en la salud y la capacidad laboral del señor Mario Alberto Gómez Giraldo, la Sala considera que dicho aspecto no impide reconocer su derecho -y el de sus familiares- a una indemnización por el dolor y los padecimientos que se prolongaron innecesariamente por razón de la atención tardía, lo que condujo a un diagnóstico más gravoso de la enfermedad y a tratamientos y recuperación más onerosos, indemnización que será tasada de forma discrecional por la Sala en uso del arbitrio iuris.

En consecuencia, la Sala condenará a la entidad demandada- Nación- Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional de forma discrecional, al pago de DIEZ (10) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES, por concepto de daño moral por la “prolongación injustificada de los padecimientos” derivada de la demora en la atención, diagnóstico y tratamiento médicos.

De igual forma, esta indemnización se debe reconocer en favor de la madre y de los hermanos de la víctima directa, cuyo aflicción y dolor se presumen en razón de los lazos de parentesco en primer y segundo grado, de conformidad con las subreglas jurisprudenciales que ha edificado la máxima Corporación de lo contencioso-administrativo.<sup>51</sup> Entonces, se ordenará reconocer y pagar en favor de la señora MARIA CECILIA GIRALDO BUSTAMENTE una indemnización equivalente a 10 s.m.l.m.v., y en favor de JUAN DAVID GÓMEZ GIRALDO y de MARÍA FERNANDA GÓMEZ GIRALDO, una suma equivalente a CINCO (5) salarios mínimos legales mensuales.

Las anteriores razones permiten MODIFICAR la sentencia denegatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Sesenta y Dos (62) Administrativo de Bogotá D.C.

## XI. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA<sup>52</sup>, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”<sup>53</sup>, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías

---

<sup>51</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, Sentencia de Unificación No. 26251 del 28 de agosto de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

<sup>52</sup> “CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, **podrá** condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

<sup>53</sup> Ver [www.rae.es](http://www.rae.es)

comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en su modalidad de expensas y gastos del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Sesenta y dos (62) Administrativo de Bogotá D.C., la cual quedará así:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de *“CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”* propuesta por la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional por la afección sufrida por el señor Mario Alberto Gómez Giraldo, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional a pagar a favor del señor Mario Alberto Gómez Giraldo identificado con C.C. No. 1.112.772.866 la suma equivalente a DIEZ (10) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES, por concepto de perjuicio moral por la “prolongación injustificada de los padecimientos” derivada de la demora en la atención médica.

**CUARTO: CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, a pagar a favor de la señora MARÍA CECILIA GIRALDO BUSTAMANTE, madre de la víctima, identificada con C.C.25.193.482 la suma equivalente a DIEZ (10) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES, y a favor de JUAN DAVID GÓMEZ GIRALDO (menor de edad) y MARÍA FERNANDA GÓMEZ GIRALDO, identificada con la C.C. No. 1.088.017.230, hermanos de la víctima, la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, por concepto de perjuicio moral.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Sin codena en costas.

(...)

**OCTAVO: DECLARAR** probada la excepción de “inexistencia de obligación de indemnizar”, propuesta por Médicos Asociados S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”

**NOVENO:** Como consecuencia de lo decidido en el numeral precedente **EXONERAR** de toda responsabilidad a la demandada Médicos Asociados S.A.

**DÉCIMO: EXONERAR** de toda responsabilidad al demandado Hospital Militar Central por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”

**SEGUNDO:** Sin condena en costas (expensas y gastos del proceso) en esta instancia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 5).



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada

*Jvm*