

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA No. 003

ACCIONANTE	SANTIAGO DE JESÚS MAGÓN PALECHOR Y OTROS
ACCIONADA	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
RADICADO	76001-33-33-009-2017-00128-00
ACCIÓN	REPARACIÓN DIRECTA

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA Y SUS ALEGATOS

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

Los señores **Santiago de Jesús Magon Palechor, Diana Alejandra Rojas Ortiz, Rubén Humberto Magon Ardila, Magnolia Magon Ardila, Liliana Patricia Palechor Pino, María Teresa Pino, Diego Palechor Pino, Alix Jimena Palechor Pino, Edgar David Barón Palechor, Yitza Dennis Palechor Pino**, quienes actúan en nombre propio; así como la señora **Yeltsin Johana Palechor Pino**, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijas menores **Sara López Palechor e Isabela López Palechor**, a través de apoderado judicial, interponen el medio de control de Reparación Directa en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, con el fin de que se declare administrativamente responsable de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que aducen haber sufrido como consecuencia del “tumor cerebral” que le fue diagnosticado al primero de los mencionados (q.p.d.), luego de haber sufrido un golpe en su cabeza mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

Como fundamentos de orden fáctico, el representante judicial de los demandantes expuso lo siguiente:

- 1.- Que el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** (q.p.d.) ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar obligatorio el día 10 de diciembre de 2014, en calidad de soldado bachiller, por lo que afirmó, que en el desarrollo de sus funciones sufrió un fuerte golpe en la cabeza y, finalmente fue desacuartelado el día 16 de febrero de 2015, por problemas físicos que le ocasionaban fuertes dolores de cabeza y náuseas.
- 2.- Que el día 14 de mayo de 2015, los médicos tratantes del joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** (q.p.d.) le diagnosticaron: “*tumor cerebral*”, condición médica que en su sentir, tuvo origen por el fuerte golpe que recibió en su cabeza, mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

Como consecuencia, el libelista refiere que hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad accionada, por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes.

1.2 Alegatos de conclusión:

En audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el día 13 de agosto de 2018¹, el apoderado judicial de la entidad accionada, manifestó ratificarse en los argumentos expuestos en el libelo introductorio.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

2.1.1. Contestación de la demanda:

El apoderado judicial de la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, contestó oportunamente la demanda², oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó, que no resulta posible condenar a la entidad demandada por una enfermedad de tipo común que se le diagnosticó al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** casi seis (6) meses después de haber prestado el servicio militar obligatorio, pues tal circunstancia rompe el nexo causal entre el hecho que se demanda y la relación con el servicio; amén de que, en el curso del proceso no se demostró que haya adquirido la patología dentro de las actividades militares.

Así mismo, expuso que en el caso objeto de litigio no hay prueba que permita afirmar sin lugar a dudas, que los quebrantos de salud del joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** se dieron por los hechos ocurridos el día 23 de diciembre de 2015, como quiera que se desconoce la evolución de la enfermedad y si los síntomas se deben o no a circunstancias ajenas o posteriores a la prestación del servicio.

En este punto, el apoderado judicial de la entidad accionada, afirmó que al proceso no se allegó el informe administrativo de los hechos ocurridos el día 23 de diciembre de 2014, suscrito por el respectivo Comandante del Ejército, así como tampoco reposa un informe o comunicación en donde el afectado directo o sus familiares, hayan puesto en conocimiento tal situación, por lo que considera que no hay forma de determinar las circunstancias en que ocurrió el accidente y su relación con la enfermedad que padeció.

Por otro lado, refirió que el 16 de febrero de 2015 fue desacuartelado debido a que al practicarse el tercer examen médico se detectó que tenía una hernia inguinal pre-existente, por lo que se determinó que no era apto para prestar el servicio militar

¹ Folios 235 a 236 del expediente.

² Folios 176 a 189 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

obligatorio, situación que no fue objetada por el señor **Santiago de Jesús Magon Palechor**, ni por sus familiares.

Seguidamente, refirió que de la historia clínica correspondiente al señor **Santiago de Jesús Magon Palechor** se logra evidenciar, que el día 12 de diciembre de 2014, es decir, dos (2) días después de haberse incorporado al Ejército Nacional, fue atendido en el Hospital Militar Regional de Occidente por un fuerte dolor de cabeza; circunstancia que permite inferir que estaba enfermo con anterioridad a su ingreso al ejército.

Luego, al momento de proponer la excepción denominada: *"falta de obligatoriedad del servicio militar y/o conducta temeraria al solicitar perjuicios con carencia de fundamento legal de la demanda aduciendo calidad inexistente"*, expuso que en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda, se debe valorar el hecho de que en el libelo introductorio se solicitaron perjuicios morales a favor de la señora **Diana Alejandra Rojas Ortiz**, en su calidad compañera permanente del joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, sin tener en cuenta que, en los términos del artículo 28 de la Ley 48 de 1993, éste estaba exento de prestar el servicio militar obligatorio en caso de estar casado o con vida conyugal vigente, lo cual significa que al no haber registrado su relación marital de hecho ante la entidad y ocultar tal situación, se rompe la obligatoriedad del servicio militar como tal.

A partir de lo expuesto en precedencia, expuso que en el presente asunto se configuró el eximente de responsabilidad de: *"culpa exclusiva o determinante de la víctima"*, como quiera que el hecho dañoso no es imputable a la entidad accionada, ya que se trató de una enfermedad de origen común, diagnosticada el 14 de mayo de 2015 como *"tumor cerebral"*, la cual puede tener diversas causas, tales como: gliomas, meningiomas, neurismas del acústico, adenomas hipofisarios, meduloblastomas, tumores neuroectodermicos primitivos, tumores de células germinativas y craneofaringiomas, sin que se observe que la misma pueda surgir por el golpe que sufrió mientras prestaba el servicio militar obligatorio, pues las causas de esa enfermedad no son de origen traumático sino comunes.

Finalmente, es menester indicar que el apoderado judicial de la entidad accionada, propuso como excepciones las denominadas: *"falta de obligatoriedad del servicio militar y/o conducta temeraria al solicitar perjuicios con carencia de fundamento legal de la demanda aduciendo calidad inexistente, cumplimiento de la constitución y de la Ley y, excepción de la no existencia de riesgo excepcional"*.

2.1.2. Alegatos de conclusión:

En audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el día 13 de agosto de 2018³, la apoderada judicial de la entidad accionada, se ratificó en los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda de la referencia.

³ Folios 235 a 236 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

2.2. Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público, en audiencia celebrada el día 13 de agosto de 2018⁴, manifestó que en los términos del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, no hacía uso de esta oportunidad procesal.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales:

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011 y, seguidamente el Despacho se constituyó en audiencia de pruebas, incorporando todos los documentos allegados con el libelo introductorio y con el escrito de contestación, conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma.

En virtud de lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho se constituyó en audiencia de alegaciones y juzgamiento, otorgándole a las partes la oportunidad procesal para rendir en forma oral sus alegatos de conclusión. El audio y video de la audiencia realizada por el Despacho, se encuentra grabado conforme el artículo 183 ibídem⁵.

3.2. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se contrae a determinar si, la entidad accionada, **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que aducen haber sufrido los demandantes, como consecuencia del "*tumor cerebral*" que le fue diagnosticado al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, luego de haber sufrido un golpe en su cabeza, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso concreto:

3.3.1. Responsabilidad del Estado por daños causados a quienes prestan el servicio militar obligatorio:

La cláusula de responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en los siguientes términos: "*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 hayan*

⁴ Folios 235 a 236 del expediente.

⁵ Folios 235 a 236 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste'.

A partir de lo anterior es claro, que en relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración, y en general del Estado, el constituyente de 1991 previó que, éste debe responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, por lo que, es importante determinar la atribución de cada hecho conforme a un deber jurídico, el cual, se debe analizar bajo los distintos títulos de imputación existentes.

Así las cosas, se tiene que frente a los daños causados a los miembros de la Fuerza Pública que ingresan a prestar el servicio militar obligatorio, el Honorable Consejo de Estado ha puesto de presente, que en lo que respecta a esta clase de soldados, también denominados *conscriptos*, el régimen de responsabilidad aplicable, en principio, es el objetivo, y que atendiendo a las circunstancias propias de cada caso, puede darse aplicación al título de imputación del daño especial (desequilibrio de las cargas públicas – daño anormal) o del riesgo excepcional (daño anormal)⁶.

Lo anterior fue explicado por dicha Corporación, en Sentencia del 20 de octubre de 2014⁷, en donde también se indicó, que la aplicación del régimen objetivo, bajo los títulos de imputación de daño especial o riesgo excepcional, partía de una premisa común, relacionada con el rompimiento del principio de igualdad de las cargas públicas, pues es claro que quienes se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, actúan en acatamiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 216 de la Carta Magna, sin que ello signifique que queden excluidas las garantías mínimas reconocidas por la constitución a todos los ciudadanos, pues es claro, que la *"... prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas"*⁸.

En tal virtud, se considera que la responsabilidad del Estado emanada de la causación de daños a los *conscriptos* (soldados que prestan servicio militar obligatorio), se materializa partiendo del supuesto evidente, que los mismos se encuentran en una relación de especial sujeción, en la que el Estado, en su condición prevalente, detenta una posición de garante respecto de aquellos. Es por ello, que en caso de que durante el cumplimiento de ese deber legal se les causare algún tipo

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 19 de abril de 2012, expediente 21515, de 23 de agosto de 2012, expediente 24392, Consejero Ponente: Doctor: **Hernán Andrade Rincón**: "[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"

⁷ Consejo de Estado; Sección tercera; Sentencia del 20 de octubre de 2014; Expediente (31250); C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

de afectación o detrimento en sus bienes jurídicos, la responsabilidad, en virtud del régimen de responsabilidad objetivo, deberá ser necesariamente declarada.

Por otro lado, es importante señalar que en cuanto a la procedencia del régimen subjetivo por falla del servicio, la jurisprudencia de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha sido clara en establecer, que siempre que los hechos y las pruebas arrimadas al plenario demuestren que el daño que padeció el conscripto en el transcurso de su reclutamiento, tuvo lugar con ocasión a la presencia de una falla en la prestación del servicio imputable a una entidad Estatal, así deberá ser declarado⁹, pues siempre que se presente una irregularidad administrativa como la causa determinante del daño sufrido por quien presta el servicio militar obligatorio, se deberá tomar como una vulneración a los deberes normativos que tiene a su cargo la administración¹⁰.

No obstante, en cualquiera de los casos en que se aplique uno u otro régimen de responsabilidad, es necesario que se presenten todos los elementos de juicio suficientes que permitan al operador judicial, no sólo determinar la existencia del perjuicio o daño, sino también, la atribución de dicho menoscabo al Estado, pues la mera presencia de una afectación no puede tomarse como único elemento para imputar responsabilidad alguna a la administración, como quiera que no resulta posible aplicar una presunción de responsabilidad por el hecho de existir una carga impuesta por el ordenamiento superior.

Finalmente, se tiene que el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 12 de junio de 2014¹¹ manifestó, que a pesar de la responsabilidad que con ocasión a los títulos de imputación se pudiera derivar a efectos de indemnizar al soldado conscripto que ha sufrido un daño durante la prestación de su servicio militar obligatorio, el Estado puede enervar las pretensiones formuladas en dicho sentido, si demuestra que el hecho tuvo origen en una causa extraña, esto es, que se produjo a causa de: i) una fuerza mayor, ii) por culpa exclusiva de la víctima, iii) por el hecho exclusivo y determinante de un tercero o iv) por la configuración de un caso fortuito, en caso de que el régimen aplicable sea el objetivo, no obstante, si el régimen es el subjetivo, también se podrá alegar la ausencia de culpa o la inexistencia del nexo causal.

3.4.- Análisis probatorio y resolución del caso en concreto:

3.4.1.- El Daño:

Como primer aspecto, debe decirse que el daño es uno de los presupuestos primordiales para que pueda endilgarse responsabilidad alguna en el Estado, de tal forma, que ante su ausencia se pierde cualquier posibilidad de que ésta se configure.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", sentencia del 18 de julio de 2012, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicación No 52001-23-31-000-2001-00559-01(20079).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia del 9 de mayo de 2012, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación No 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366)

¹¹ Consejo de Estado; Sección tercera; Sentencia del 12 de junio de 2014; Expediente (38670); C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

De igual manera, es importante señalar que aquel menoscabo o detrimento en los bienes o intereses materiales como inmateriales que son jurídicamente protegidos, llamado daño, necesita de ciertas condiciones para que pueda ser indemnizable, por ello se requiere que el daño sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y que recaiga sobre un bien jurídicamente tutelado conforme los parámetros jurisprudenciales.

A partir de lo anterior, es menester señalar que de conformidad con lo plasmado en la historia clínica expedida por el Hospital regional de Occidente del Ejército Nacional, se tiene acreditado que:

1.- El día 23 de diciembre de 2014, el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, sufrió una caída en un hueco, golpeándose su cabeza, mientras prestaba su servicio militar obligatorio, por lo que el médico tratante expuso lo siguiente: *"paciente con herida en cuello cabelludo, región occipital, presentando sangrado autolimitado, aprox. 7cm de longitud X 0.80 c.m. de profundidad, previa asepsia de herida se infiltra con lidocaína subcutánea al 2%, se sutura con prolene 4/0.7 puntos separados, procedimiento tolerado y realizado sin complicaciones, se indica toxoide tetánico IM dosis única y cefalexina cada 6 horas por 5 días"*, brindándole para ello, un tratamiento con medicamentos y se le otorgó una incapacidad de cinco (5) días¹².

2.- De acuerdo con el concepto médico No. 115547, expedido por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, visible a folio 78 del plenario, en el mes de mayo de 2015, es decir cinco (5) meses después a la caída sufrida, al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** se le diagnosticó la enfermedad de: *"Meduloblastoma cerebello"* con metástasis óseas múltiples, por lo que en dicho momento se le brindó tratamiento de neurocirugía, radioterapia y quimioterapia.

3.- Según la historia clínica expedida por la **Fundación Valle del Lili** el día 21 de julio de 2015, el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** presentaba la patología denominada: *"Meduloblastoma – tumor maligno de cerebello"*, por lo que el día 17 de mayo de 2015 se le practicó una resección de la lesión en la Clínica Amiga, con reporte de anatomía patológica que demostró meduloblastoma clásico; así mismo, se evidencia que tenía una lesión hemisférica cerebelosa izquierda de 45X45X35 con compromiso del vermix.¹³

De conformidad con lo anterior y atendiendo las pruebas que obran en el plenario, el Despacho considera que en el *sub-lite* se encuentra acreditado el daño antijurídico deprecado por la parte demandante, el cual consiste en la afectación a la salud que padeció el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, por el diagnóstico que le dieron sus médicos tratantes, denominado: *"Meduloblastoma – tumor maligno de cerebello"*, motivo por el cual se entrará a realizar el juicio de imputación al caso concreto y el nexo de causalidad entre éste y aquel.

En este punto es menester resaltar, que para determinar el nexo causal en el caso bajo estudio, el Despacho procederá a establecer si el golpe que presuntamente sufrió el joven **Magon Palechor** durante la prestación de su servicio militar

¹² Folios 82 a 84 del expediente.

¹³ Folio 94 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

obligatorio fue lo que originó la patología que le fue diagnosticada, tal como lo refirió el apoderado de los demandante en el escrito inicial.

3.4.2. Nexo causal e imputabilidad del daño:

Antes de entrar a determinar la imputación del daño antijurídico, es del caso señalar que el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** estuvo vinculado al Ejército Nacional, prestando el servicio militar obligatorio en el Batallón ASPC No. 3 "Policarpa Salavarrieta", desde el día 10 de diciembre de 2014 hasta el día 16 de febrero de 2015¹⁴, fecha en la cual fue desacuartelado, según afirmación efectuada por los representantes judiciales tanto de la parte actora como de la entidad accionada, decisión que se adoptó porque al practicarse el tercer examen de incorporación contingente, a saber, el día 13 de febrero de 2015, se encontró que tenía una hernia inguinal derecha, lo cual dio lugar a que se calificara como no apto para prestar el servicio militar obligatorio.

Así mismo, debe advertirse que si bien al proceso no se allegó el informe administrativo por lesión, porque el mismo no fue suscrito por los funcionarios encargados del área respectiva, según se indicó a través del Oficio fechado el 12 de julio de 2017¹⁵, expedido por el Oficial Gestión Jurídica DISAN del Ejército Nacional, lo cierto es que, en sentir de esta juzgadora, en el presente asunto se encuentra acreditado el hecho consistente en la caída que sufrió el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** el día 23 de diciembre de 2014, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, toda vez que tal situación fue plasmada en la historia clínica expedida por el Hospital Militar Regional de Occidente, de la cual se logra extraer que fue atendido en dicha calenda, por una caída que sufrió en un hueco, en donde se golpeó su cabeza sobre una piedra, diagnosticándose: "*herida del cuero cabelludo*".¹⁶

Aclarado lo anterior, resulta imperioso indicar que en lo que corresponde a la imputación de la afectación que sufrió el demandante y presuntamente sus familiares, se tiene que, si bien existió un daño en la humanidad y salud del joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, tal como se expuso en el acápite que antecede, éste no puede ser endilgado a la entidad accionada, **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, como autor del mismo, por las razones que pasan a exponerse:

En primer lugar, debe advertirse que de la revisión del plenario no se observa que la parte demandante haya aportado una prueba idónea que permita determinar con certeza que el diagnóstico que se le brindó al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, denominado: "*Meduloblastoma – tumor maligno de cerebeld*", haya sido la consecuencia de la caída sufrida el día 23 de diciembre de 2014, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio; prueba que se considera importante para determinar con certeza el nexo de causalidad entre el daño antijurídico sufrido por los demandantes y la prestación del servicio militar obligatorio.

¹⁴ Folio 70 del expediente.

¹⁵ Folio 194 del expediente.

¹⁶ Folios 82 a 84 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

No obstante lo anterior y valorado el escaso material probatorio arrimado al plenario, de la historia clínica correspondiente al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, expedida por el Hospital Militar Regional de Occidente¹⁷, se logra determinar que al momento de suscribirse la misma, esto es, el día 23 de diciembre de 2014, el médico tratante no hizo alusión a situaciones graves que colocaran en riesgo su vida e integridad personal, pues sólo se indicó que la caída le ocasionó una herida en el cuero cabelludo, sin que se hayan efectuado diagnósticos secundarios que comprometieran en forma leve o grave su estado de salud; por lo que sólo se le brindó un tratamiento con analgésicos, se le otorgó una incapacidad de cinco (5) días y se le suturó la herida.

Así mismo, se observa que al momento de practicarse el tercer examen de incorporación contingente, visible a folio 74 del expediente, el cual fue plasmado en la historia clínica correspondiente al Hospital Militar Regional de Occidente del Ejército Nacional, el día 28 de abril de 2015, no se encontró que el actor hubiere referido una patología o una sintomatología distinta a la diagnosticada: "*hernia inguinal derecha*", lo cual permite inferir que para el momento de su descuartelamiento, no tenía manifestaciones leves o graves de la enfermedad que padeció de "*Meduloblastoma – tumor maligno de cerebeld*"; igualmente, de la revisión de dicha prueba documental se evidencia, que no se hizo referencia a dolores fuertes o leves de cabeza u otros síntomas, que dieran lugar a que el galeno tratante hiciera una valoración médica sobre una patología diferente a la hernia inguinal derecha que se le diagnosticó en dicha oportunidad.

Contrario a lo anterior, se observa que con antelación a la fecha en que sufrió la caída y dos (2) días después de haber ingresado a prestar el servicio militar obligatorio, esto es el 12 de diciembre de 2014¹⁸, el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** fue atendido por el área de sanidad del ejército nacional, debido a que presentaba náuseas asociadas a un leve dolor de cabeza; circunstancia que da ciertas probabilidades de que su patología de "*Meduloblastoma – tumor maligno de cerebeld*" no fue la consecuencia directa del trauma que sufrió en su cabeza por la caída que tuvo el día 23 de diciembre de 2014, en el desarrollo de sus actividades, sino que se trataba de una enfermedad de origen común que traía consigo desde antes de incorporarse al Ejército Nacional.

En efecto, revisada en su integridad la historia clínica correspondiente al joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, se evidencia que antes de la fecha del diagnóstico de: "*Meduloblastoma – tumor maligno de cerebeld*" y durante el tiempo en que estuvo vinculado a la entidad accionada, prestando su servicio militar obligatorio, sólo consultó una (1) vez al área de sanidad por náuseas y por un leve dolor de cabeza (12 de diciembre de 2014), hecho que como se expuso anteriormente, se dio antes de que sufriera la caída, pues con posterioridad a ella (23 de diciembre de 2014) no se evidencia que hubiere consultado por deterioro de su estado de salud debido al golpe que sufrió en su cabeza; por el contrario, se observa que luego de su descuartelamiento, en el mes de mayo de 2015, fue que se le diagnosticó dicha enfermedad de origen neoplásico.

¹⁷ Folios 82 a 84 del expediente.

¹⁸ Folios 79 a 81 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

Igualmente, debe resaltarse que según lo indicado por el médico tratante en la historia clínica fechada el 21 de julio de 2015¹⁹, expedida por la **Fundación Valle del Lili**, el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** empezó a sentir fuertes dolores de cabeza dos (2) meses antes de la consulta, esto es, en el mes de mayo de 2015, es decir, después de haber sido descuartelado del servicio militar obligatorio y, cinco (5) meses después de haber sufrido la caída en las instalaciones de la entidad accionada, por lo que no se encuentra relación alguna, o no se tiene acreditado de manera fehaciente, que las lesiones sufridas con la caída que tuvo el día 23 de diciembre de 2014, hayan sido la causa directa del tumor maligno del cerebelo que se le diagnosticó en forma posterior; amén de que, de la revisión íntegra de las respectivas historias clínicas arrimadas al plenario, no se avizora que los médicos tratantes hayan hecho alusión a dicho suceso y su incidencia en el diagnóstico dado.

En este sentido, debe advertirse que de la lectura de la historia clínica antes señalada, se encuentra que al momento de practicarse la respectiva resonancia magnética de columna vertebral, el día 21 de julio de 2015²⁰, el médico tratante hizo alusión a diversas lesiones que padecía el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor** a lo largo del saco dural, desde la región cervical hasta la región lumbar, hallazgo que no guarda ninguna relación con la caída que sufrió durante la prestación de sus servicios, pues así no se encuentra plasmada en las anotaciones realizadas.

Para tal efecto, se extrae de dicho documento lo siguiente: *"Opinión: cambios en cirugía de la fosa posterior a la izquierda para resección de desviación tumoral que tiene como antecedente el paciente, múltiples lesiones de aspecto infiltrativo secundario diseminados a lo largo del saco dural desde la región cervical hasta la lumbar, con múltiples lesiones nodulares y una de gran tamaño en la región que comprime severamente el cordón medular"*.

En este orden de ideas, el Despacho considera que, afirmar que la caída sufrida durante la prestación del servicio militar obligatorio fue la consecuencia del tumor maligno que padeció el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, tal como lo sostiene el apoderado judicial de la parte demandante, tampoco resulta acertado para imputar responsabilidad administrativa a la entidad accionada, no sólo por las razones expuestas anteriormente, sino también, porque el escaso material probatorio impide establecer una relación directa entre la caída sufrida el día 23 de diciembre de 2014 y las lesiones que padeció con posterioridad a su descuartelamiento, las cuales fueron graves e invasivas para su integridad, pues el día 14 de agosto de 2015²¹, se le diagnosticó un tumor maligno de la medula espinal.

Adicional a lo anterior, de la revisión del Acta de Junta Medico Laboral No. 92833, fechada el 28 de febrero de 2017²², expedida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, se desprende que, si bien la caída que sufrió el joven **Santiago de Jesús Magon Palecho** el día 23 de diciembre de 2014 le generó una cicatriz con defecto

¹⁹ Folio 94 del expediente.

²⁰ Folio 95 del expediente.

²¹ Folio 98 del expediente.

²² Folios 192 a 193 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

estético, lo cierto es que en dicho documento no se indicó que tal suceso originó el diagnóstico de: *"meduloblastoma con metástasis osea multiples"*.

Igualmente, es importante destacar que en dicha prueba se hizo la siguiente observación: *"el meduloblastoma, es un tumor intracraneal maligno que afecta generalmente a niños y jóvenes, **las causas del meduloblastoma son mutaciones que alteran la regulación de determinadas células que se reproducen sin control y forman el tumor, en este caso son células embrionarias en el cerebelo, por lo anterior, se considera como enfermedad común y no de origen traumático, no se establece relación con la prestación del servicio militar...**si bien es cierto que el joven sufrió una herida en cuero cabelludo por objeto contundente (piedra) en la instalaciones militares (23/12/2014), según historia clínica, la sintomatología típica de este tipo de patologías oncológicas las presentaba ante de dicho evento – historia clínica (12/12/2014) donde consulta por cefalea y vomitos, por todo lo anterior, no se determina el nexo causal de la enfermedad con actividades militares"*(Subrayas y Negrillas del Despacho).

Merced a lo expuesto y atendiendo lo previsto en el Acta de Junta Medico Laboral No. 92833 fechada el 28 de febrero de 2017, es claro, que los hechos ocurridos el día 23 de diciembre de 2014 no guardan ninguna relación con la afectación a la salud que sufrió el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, al emitirse el diagnóstico de *"Meduloblastoma – tumor maligno de cerebelo"*, toda vez que en dicha oportunidad, la Junta Médica del Ejército Nacional indicó, que la enfermedad que padeció era de origen común y no de origen traumático, es decir, que no se causó por la caída que sufrió mientras prestaba el servicio militar obligatorio, sino que se trataba de una patología oncológica que padecía con anterioridad y que no guardaba ninguna relación con la lesión que sufrió en su cabeza por la caída; circunstancia que sin lugar a dudas, impide a esta juzgadora imputarle responsabilidad a la entidad accionada por los hechos demandados, más aun cuando no existen otros elementos probatorio que permitan desvirtuar dicha afirmación.

En virtud de lo expuesto, es importante resaltar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, la carga de la prueba continúa estando a cargo de la parte que alega un hecho o lo controvierte; razón por la cual es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no es suficiente para sacar adelante sus pretensiones.

Lo anterior fue explicado por el Tratadista Hernando Davis Echandia, en su libro *"Teoría General de la prueba judicial"*, Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405, al referir lo siguiente:

*"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los **dos aspectos** de la noción: 1º) por una parte, **es una regla para el juzgador o regla del juicio**, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, **es una regla de conducta para las partes**, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms.*

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” (Negrilla y Subrayado del Despacho).

Postulado que es el adoptado por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo al analizar la temática de la carga de la prueba, tal como quedó demostrado en la providencia del 28 de junio de 2016²³, donde fungió como Consejera Ponente la doctora **Martha Teresa Briceño de Valencia**, al precisar que:

“...Conforme con dicho postulado, el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten recae en los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, independientemente de la oficiosidad en el decreto y práctica de los medios probatorios, pues los interesados son los más conocedores de las pruebas que deben emplear para demostrar los hechos en que se fundamentan sus pretensiones o excepciones. (...)” (Negrilla y Subrayado del Despacho).

A partir de lo anterior, el Despacho considera que en el presente asunto no existen pruebas suficientes que permitan endilgar responsabilidad alguna a la entidad accionada por el daño antijurídico que sufrieron los demandantes, consistente en la afectación a la salud que padeció el joven **Santiago de Jesús Magon Palechor**, por el diagnóstico que le dieron sus médicos tratantes, denominado: *“Meduloblastoma – tumor maligno de cerebello”*, pues el mismo no surgió como consecuencia de la caída que sufrió durante el tiempo en que estuvo vinculado a la institución militar; amén de que, el escaso material probatorio recaudado en el curso del proceso deja entrever, que dicho diagnóstico tenía un origen común y la enfermedad venía desarrollándose con antelación a su ingreso al Ejército Nacional.

Así las cosas, es menester indicar que al no poderse establecer el nexo de causalidad entre los hechos alegados y la imputación como atribución jurídica que se le pueda inferir a la entidad demandada, al Despacho no le queda otro camino que negar las pretensiones de la demanda.

Conforme con lo anterior, se procederá a declarar probadas las excepciones denominadas: *“cumplimiento de la constitución y de la Ley y, excepción de la no existencia de riesgo excepcional”*, propuestas por el apoderado judicial de la entidad accionada.

Finalmente, el Despacho advierte no hará pronunciamiento alguno respecto de la excepción denominada: *“Falta de obligatoriedad del servicio militar y/o conducta temeraria al solicitar perjuicios con carencia de fundamento legal de la demanda aduciendo calidad inexistente”*, toda vez que se denegaran las pretensiones de la demanda.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no

²³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente: **Martha Teresa Briceño de Valencia**, Radicación No. 68001-23-31-000-2000-02852-01(18727), Sentencia del 28 de junio de 2016.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Por otro lado se tiene, que la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²⁴, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁵, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas**".* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual, el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la entidad accionada, denominadas: *"cumplimiento de la constitución y de la Ley y excepción de la no existencia de riesgo excepcional"*, conforme con los argumentos esgrimidos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00128-00

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
JUEZ