

Doctor

HENRY ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Treinta y Ocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

Sección Tercera

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACION DE LA DEMANDA

PROCESO: 11001333603820190036400

DEMANDANTE: **JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO y otros C.C. 2.142.721**

DEMANDADOS: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional –

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa

DIÓGENES PULIDO GARCÍA, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía N° 4280143 de Toca Boyacá y T.P. N° 135996 del C.S.J, actuando en calidad de apoderado judicial de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, según poder que adjunto, y conforme a los términos perentorios, con el acostumbrado respeto, me permito **dar CONTESTACIÓN a la demanda** de la referencia en los siguientes términos:

1.- IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada en el presente caso es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL, cuyo representante legal es el Doctor DIEGO MOLANO APONTE, con sede principal en la Avenida el Dorado CAN Carrera 54 N° 26 – 25 de la ciudad de Bogotá D.C., PBX 3150111 y NIT 899999003-1.

La Directora de Asuntos Legales (E) del MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL es la Doctora SONIA CLEMENCIA URIBE RODRIGUEZ, ubicada en la Avenida el Dorado CAN Calle 26 N° 69 – 76, Torre Cuatro (Elemento Agua) de la ciudad de Bogotá D.C.; a quien el Ministro de Defensa Nacional le delegó la facultad de constituir apoderados en los procesos contenciosos administrativos que cursen contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

El suscrito apoderado judicial de la Nación Ministerio de Defensa Nacional – en la Sede del Grupo Contencioso Constitucional, en la ciudad de Bogotá D.C. ubicado en la Carrera 10 N° 26-71 Residencias Tequendama Torre Sur – Piso 7° Correos electrónicos: diogenes.pulido@mindefensa.gov.co o a notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

2.- DE LAS PRETENSIONES

Las pretensiones del demandante, se concretan en las siguientes:

PRIMERA: Declarar que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Hospital Militar Central, son administrativamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del soldado regular JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO, por los hechos ocurridos según el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018 el día 17 de noviembre de 2018 en el sector conocido como Hatillo de Loba en jurisdicción del Dpto de Bolívar; cuando prestaba servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería Mecanizado N° 5 “Córdoba”, y fue impactado con arma de fuego de dotación oficial, propinado por su compañero de armas el también soldado regular ANDIS ALBERTO CHARRIS GAVIRIA.

SEGUNDA: Que LA NACION (Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, es administrativamente responsable y por lo tanto debe reconocer al actor por concepto de **perjuicios morales** el valor equivalente de **(100)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERA: Que LA NACION (Ministerio de Defensa — Ejército Nacional, es administrativamente responsable por los **perjuicios materiales (lucro cesante o debido)**; razón por la cual debe reconocer al demandante el valor de **\$214.802.426**.

3.- PRONUNCIAMIENTO DE LA DEFENSA RESPECTO A LOS HECHOS

A los Hechos: 1, 2, 3, 9, 12, 17, 19, 20 y 21 SON CIERTOS, de conformidad con las pruebas documentales que se aportan con el escrito de traslado de la demanda.

A los Hechos: 4, 5, 6, 7, 8 y 16: ASÍ PARECEN SER. NO ME CONSTAN, deberán ser probados por la defensa del extremo actor.

A los Hechos: 10, 11 y 15, NO SON PROPIAMENTE HECHOS de la demanda, se consideran más bien una serie de manifestaciones subjetivas y apreciaciones realizadas por la defensa del extremo actor, las cuales se deberán probar.

A los Hechos: 13 y 14 SON PARCIALMENTE CIERTOS, en atención al relato de los hechos contenidos en el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, los hechos ocurrieron el día 24 de agosto de 2018, estos se generaron inicialmente como consecuencia de una “agresión interna”, con el soldado regular Charris Gaviria Andis Alberto los cuales son confusos y se desconoce cuál fue la participación del agredido y porque lo fue; y como quiera que el deceso del señor Juan Carlos Álvarez Cabello se presentó el día 17 de noviembre de 2018, es decir 83 días después de acaecidos los hechos iniciales que generaron su origen; por lo anterior el actor fue trasladado y **ATENDIDO EN CUATRO (4) INSTITUCIONES MÉDICAS**, donde finalmente le fue diagnosticado: “infección múltiple intestinal, peritonitis terciaria, falla multiorgánica, desnutrición proteicocalórica, insuficiencia intestinal, hemorragias digestivas, encefalopatía multifactorial, las cuales le ocasionaron la muerte.” El anterior diagnóstico médico hace presumir que la causa probable del lamentable deceso del señor Álvarez Cabello pudo haber sido una falla médica, que si bien se generó por el impacto del arma de fuego, no está probado que haya sido la causa definitiva de su deceso. Por lo antes expuesto, la presunta falla médica debe ser probada por la defensa del extremo actor. **Cabe anotar que por estas mismas dudas el Juez 64 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., IMPROBO EL ACUERDO CONCILIATORIO.**

Al Hecho: 18, ES PARCIALMENTE CIERTO, sabido es que los exámenes de incorporación de los soldados regulares a prestar el servicio militar obligatorio en las distintas unidades militares, no son en su esencia rigurosos e integrales; como sí lo son, los que se realizan al personal de Oficiales y Suboficiales que se vinculan a desempeñarse profesionalmente en la Fuerza Pública.

4.- OPOSICION A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Respetuosamente manifestar a la Judicatura MI OPOSICION TOTAL a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por considerar que en el caso de autos se presenta: **1.- La falta de legitimación en la causa por pasiva;** en atención a los hechos narrados en el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, de los cuales se concluye que el causante antes de su deceso fue atendido por cuatro (4) instituciones médicas a saber: **1.- Hospital del Municipio de Hatillo de Loba Bolívar, 2.- Clínica Candelaria del Banco**

Magdalena, 3.- Clínica Santa Isabel de Valledupar, y 4.- Hospital Militar Central de la ciudad de Bogotá D.C.

El deceso del señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.) se produjo el día 17 de noviembre de 2018, **es decir 83 días después de ocurridos los hechos (24/08/2018), sin que se pruebe por la actora que el causante fue atendido en alguna de las instituciones o entidades médicas que pertenezcan a la Dirección General de Sanidad Militar, dado que ninguna de las arriba relacionadas pertenecen o tiene alguna relación con la misma.**

En consecuencia, para esta defensa NO EXISTEN ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE PERMITAN INFERIR OBJETIVAMENTE RESPONSABILIDAD ALGUNA en cabeza de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, como quiera que brillen por su ausencia los presupuestos del artículo 90 superior que permitan determinar la existencia del daño antijurídico y como consecuencia se pueda endilgar su responsabilidad, **DADO QUE NO EN EL CASO DE AUTOS EL RÉGIMEN O TÍTULO DE IMPUTACIÓN EVENTUALMENTE SERÍA SUBJETIVO “FALLA MÉDICA”** circunstancia que no está probada en el plenario.

5.- EXCEPCIÓN PREVIA – DE LA FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

Capacidad para ser parte y comparecer al proceso.

La capacidad de ser parte y comparecer en el proceso comprende dos situaciones, La capacidad para demandar o legitimación por pasiva, la capacidad para comparecer como demandada o legitimación por pasiva.

La capacidad para ser parte, la tiene toda persona por el solo hecho de la personalidad jurídica, esta capacidad lo habilita para ser sujeto de una relación jurídico procesal como demandante o demandado o interviniente.

La capacidad para comparecer al proceso es la capacidad para comparecer en el juicio por sí misma.

Para que la concurrencia de la parte al proceso sea válida además de tener capacidad de goce, debe actuar dentro del proceso con los requisitos adjetivos que legitiman su actuación, teniendo la debida representación cuando no se actúa personalmente o es persona jurídica.

La incapacidad para ser parte o la indebida representación del demandante o demandado, tiene como consecuencia que el juez inadmita la demanda, pero igualmente puede ser propuesta como excepción previa (ocasionando una sentencia inhibitoria). Cuando se presenta la falta legitimación en la causa por activa, se dicta sentencia de fondo negando las pretensiones de la demanda.

En virtud de los argumentos de carácter constitucional, legal y funcional, me permito proponer la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, de acuerdo con el compendio factico y las pruebas arrimadas al proceso.

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial y “la veracidad de los hechos” narrados por el demandante, como fundamento de sus pretensiones son la base misma para decir que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, no es la entidad responsable por perjuicios ocasionados o padecidos por los hoy demandantes con ocasión de la muerte del señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.), y conforme las circunstancias modales de ocurrencia de los hechos relatados en el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, atendiendo los elementos materiales probatorios allegados, la o

las entidades responsables de una probable indemnización de perjuicios en el caso de marras serían los Centros de Salud enunciados en precedencia y citados en el Informe Administrativo por Muerte aquí aportado, o en su caso, el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, entidad que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía financiera, de tal suerte que eventualmente sería también la llamada a responder por las suplicas de la demanda, y de ninguna manera el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, toda vez que son dos personas jurídicas totalmente independientes y con capacidad de ser partes en el proceso cada una por separado.

De otra parte, es de advertir que la demandada en esta oportunidad MINDEFENSA – Ejército Nacional, no tiene LEGITIMACION PARA ACTUAR COMO DEMANDADA en el caso de autos, en atención a que el Hospital Militar Central es una entidad totalmente distinta e independiente de mi representada, de tal forma que la demanda debería haberse impetrado únicamente en contra de las INSTITUCIONES MÉDICAS QUE ATENDIERON PREVIAMENTE AL CAUSANTE, O EN SU DEFECTO QUE LA DEFENSA DEL EXTREMO ACTOR HUBIESE INTEGRADO EN LA PRESENTE DEMANDA **EL LITIS CONSORCIO NECESARIO**; tal como lo dispone el artículo 61 del Código General del Proceso: (...).

*“Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que **intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término. Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas. Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos. Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”. (...). (Negritas y subrayas fuera).*

Conforme a la normativa en cita, y atendiendo lo consignado en el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, el señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.) antes de su deceso fue atendido en los siguientes Hospitales: **1.-** Hospital del Municipio de Hatillo de Loba Bolívar, **2.-** Clínica Candelaria del Banco Magdalena, **3.-** Clínica Santa Isabel de Valledupar, y **4.-** Hospital Militar Central de la ciudad de Bogotá D.C., entidades hospitalarias en la cuales el causante pudo haber contraído las infecciones y/o afecciones que concluyeron con el **“*diagnostico* infección múltiple intestinal, peritonitis terciaria, falla multiorgánica, desnutrición proteicocalórica, insuficiencia intestinal, hemorragias digestivas, encefalopatía multifactorial **le ocasiona la muerte**”**.

Es importante hacer claridad de que si bien el Estado es uno solo, para los efectos de la responsabilidad, es conveniente señalar que para efectos presupuestales son independientes, en la medida en que tienen autonomía administrativa y patrimonio propio como es el caso del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, entidad en la cual también se pudieron haber originado los perjuicios hoy reclamados por la parte demandante, razón por que respetuosamente solicito a la Judicatura se declare la excepción propuesta.

7.- DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN RELACION CON LA ADMINISTRACIÓN

Es de anotar que la jurisprudencia y la doctrina, han establecido que para deducir la responsabilidad de la Administración Pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones a saber: Un hecho imputable a la Administración, un daño o perjuicio indemnizable y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

El primer elemento, lo constituye en términos generales la actuación de las personas vinculadas a la Administración cuando lo hacen en su nombre, siempre y cuando aquella no configure una falta personal del agente porque, en este caso, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados de su acción. Se requiere entonces que, comprobadas las circunstancias que rodearon la actuación, sea posible llegar a afirmar sin lugar a dudas que **la falla fue del servicio a cargo de la entidad**, así fuese a través de sus agentes, identificados o no por sus nombres - falta anónima, porque aquél no funcionó o lo hizo en forma deficiente debido a retardo, ineficacia o ineficiencia.

El perjuicio por el cual se reclama el resarcimiento debe tener la característica de ser indemnizable, porque se haya demostrado su carácter antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política; se debe tener entonces en cuenta que no todo perjuicio es resarcible.

Debe existir relación de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio, es decir, debe demostrarse que el perjuicio provino necesariamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto; para liberarse de esa responsabilidad, le compete a la Administración demostrar que **no existió la falla del servicio** porque su actuación fue oportuna y eficiente, o por lo menos desplegada con toda la diligencia y cuidado que eran necesarios, o que la causación del daño incidió en forma determinante y única de la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o una fuerza mayor.

Se resalta que la imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado.

Ahora bien, **tratándose de falla médica**, el Consejo de Estado, Sección Tercera, MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO, en sentencia del 28 de abril de 2005, Rad, (14786), señaló frente a la carga de la prueba, lo siguiente:

"En un primer momento en la evolución jurisprudencial, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio. En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico. El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas). En el año 1990 se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto a la relación de causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad', que permita tenerlo por establecido. Debe advertirse, además, que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la "pérdida de una oportunidad". (...) "La Sala ha precisado los criterios en materia de responsabilidad médica para señalar que: (i) corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte "excesivamente difícil o prácticamente imposible" hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le "resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar"; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio". (Negritas y subrayas fuera del texto).

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD- Falla del servicio /RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD- Régimen de falla por inferencia /RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Régimen de falla

presunta /CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA -Jurisprudencia del Consejo de Estado /RESPONSABILIDAD MÉDICA- Avance jurisprudencial.

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 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, para lo cual bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino bajo el cual, 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., bajo el cual, 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, la cual, 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.

Sin embargo, tiempo después, tal lineamiento jurisprudencial fue sustituido por la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a la cual corresponde a la parte que se encuentra en capacidad de demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, el aportar las pruebas que tenga en su poder; tal teoría parte de la consideración de que en algunos eventos, a pesar de la especialidad de las ciencias médicas, la parte actora, podría estar en capacidad o contar con los medios para demostrar que la prestación del servicio médico fue deficiente, y que como consecuencia de ello, se le ocasionó un daño antijurídico susceptible de indemnización, lo que supone que no necesariamente, en todos los casos, opera la inversión de las cargas probatorias, pues existen eventos en los cuales la parte demandante posee medios para demostrar sus afirmaciones. (Subrayas fuera del texto).

Así las cosas, se concluye que en el caso concreto no existe prueba médico científica que demuestre **la presunta falla en el servicio de atención médico**, ni mucho menos la relación de causalidad que permita imputar el daño al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, como quiera que si bien es cierto las lesiones padecidas por el señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO, atendido el Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, **tuvieron su origen en un problema personal con otro soldado (en agresión interna)**, no es menos cierto, Y NO ESTA PROBADO que la causa final o definitiva de su deceso luego de **83 días de haber recibido atención médica en 4 Centros Hospitalarios diferentes**, haya sido como consecuencia del disparo de arma de fuego de dotación oficial propinado por su compañero de armas el soldado Andis Alberto Charris Gaviria.

Conforme a lo anterior Honorable Señor Juez, para esta defensa también existe y así lo plantea para que sea analizado por su Despacho, el **“eximente de responsabilidad de la concurrencia de culpas”** en favor de mi defendida, y si la sentencia fuere desfavorable, esta sea rebajada; en atención a que según lo narrado en el precitado Informe Administrativo por Muerte N° 003 de fecha 24 de agosto de 2018, se evidencia que los hechos que provocaron la reacción del soldado Charris Gaviria, quien propinó el disparo con el arma de fuego de dotación oficial y causó las lesiones al señor Álvarez Cabello, tuvieron su origen en una **“en agresión interna”**, de lo cual se infiere que los hechos se generaron por una discusión o problema personal de los dos, **y que de una u otra manera dieron origen y fueron determinantes en la reacción del agresor.**

8.- DE LA CONCURRENCIA DE CULPAS

Como precedente jurisprudencial, me permito citar apartes de lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil - Radicación número 11001-31-03-032-2011-00736-01 - SC2107-2018 de fecha 12 de Junio de 2018 – MP – Dr. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO. (...).

NEXO CAUSAL- Disminución del porcentaje de incidencia causal de la víctima y aumento de la asignada al agente, en atención a su menor y mayor grado de contribución en el resultado dañoso. La concurrencia de causas en situaciones en

donde el lesionado no desarrolla una labor riesgosa, **pero actúa de manera culposa, y contribuye en la coproducción del daño**. Reiteración de la sentencia de 6 de mayo de 1998. (SC2107-2018; 12/06/2018)

CONCURRENCIA DE CAUSAS-Disminución del porcentaje de incidencia causal de la víctima en atención a su menor contribución en el resultado dañoso. **Estudio del grado de contribución de la víctima en la realización del resultado lesivo**. Reiteración de las sentencias de 25 de noviembre de 1999, 6 de abril de 2001 y 14 de diciembre de 2006. Determinación de la contribución causal. Reiteración de la sentencia de 16 de abril de 2013. Tesis jurisprudenciales que han resuelto el problema de la concurrencia de actividades peligrosas: Neutralización de las presunciones, Presunciones recíprocas, relatividad de la peligrosidad y la de intervención causal. Derecho comparado norteamericano, italiano, alemán e inglés. (SC2107-2018; 12/06/2018) (...). (Negrillas fuera).

Empero, para establecer si hay concurrencia de causas, las mismas pueden ser anteriores, coincidentes, concomitantes, recíprocas o posteriores, al punto de que el perjuicio no se causaría sin la pluralidad de fenómenos causales, pues de lo contrario, dicho instituto no tendría aplicación.

A propósito dijo esta Corte:

“(…) No obstante, como lo ha destacado la jurisprudencia nacional, la designación antes señalada no se ajusta a la genuina inteligencia del principio, pues no se trata ‘como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado’.

Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son concausa de este’ (Cas. Civ., sentencia de 29 de noviembre de 1993, exp. 3579, no publicada). Este criterio corresponde, igualmente, al de la doctrina especializada en la materia, como lo destaca De Cupis, al señalar que ‘[d]e antiguo se ha utilizado una expresión poco afortunada para referirse a la concurrencia de culpa en el perjudicado, y es el término compensación de la culpa. Su falta de adecuación puede verse prácticamente con sólo observar que el estado de ánimo culposo del perjudicado ni puede eliminar ni reducir el estado de ánimo culposo de la persona que ocasiona el daño’ (De Cupis, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Bosch. Barcelona, 1966. Págs. 275 y 276) (...)”¹ (se resalta).

Lo reseñado sirve además para destacar que la jurisprudencia de esta Sala, ha optado por denominar al fenómeno de la concurrencia de conductas desplegadas por el agente y el damnificado en la producción del daño, cuya reparación pretende éste último, como una cuestión propia del “hecho de la víctima” y no de la “culpa de la víctima”.

Dicha afirmación se fundamenta porque la expresión “culpa” corresponde a un “factor de imputación (...) de carácter subjetivo”², situación que supone la violación de deberes de diligencia y cuidado asumidos por una persona “en una relación de alteridad para con otra u otr[o]s”, no respecto de sí mismo, ni contra su propio interés³. En igual sentido, no existe un deber jurídico de la víctima frente al agente, en cuya virtud esté obligado el primero a prevenir o reducir el daño tanto como le sea posible⁴.

Tal aspecto, entonces, solo impone al lesionado a soportar la reducción de la indemnización reclamada al causante del perjuicio, situación que “lo desvincula de la esfera de los deberes jurídicos para situarse en el terreno de las cargas”⁵.

En ese sentido, dijo esta Colegiatura:

“(…) En todo caso, así se utilice la expresión ‘culpa de la víctima’ para designar el fenómeno en cuestión, en el análisis que al respecto se realice no se deben utilizar, de manera absoluta o indiscriminada, los criterios correspondientes al concepto técnico de culpa.

“(…)”

“Esta reflexión ha conducido a considerar, en acercamiento de las dos posturas, que la ‘culpa de la víctima’ corresponde -más precisamente- a un conjunto heterogéneo de supuestos de hecho, en los que se incluyen no sólo comportamientos culposos en sentido estricto, sino también actuaciones anómalas o irregulares del perjudicado que interfieren causalmente en la producción del daño, con lo que se logra explicar, de manera general, que la norma consagrada en el artículo 2357 del Código Civil, aun cuando allí se aluda a “imprudencia” de la víctima, pueda ser aplicable a la conducta de aquellos llamados inimputables porque no son ‘capaces de cometer delito o culpa’

¹ CSJ SC 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.

² VISINTINI, Giovanna. “Tratado de la Responsabilidad Civil”. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 292. SANTOS BRIZ, Jaime. “La responsabilidad civil”. Derecho sustantivo y Derecho procesal, séptima edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993. Pág. 118.

³ DE CUPIS, Antonio. “Teoría General de la Responsabilidad Civil. 2da. Edición. Editorial Bosch, S.A. México, 1975, págs. 278 y s.s.

⁴ SOTO NIETO, Francisco. “La llamada compensación de culpas”. Revista de Derecho Privado, Madrid, mayo de 1968. Tomo LII.

⁵ ROSELLO, Carlo, “Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza”. Editorial CEDAM, Roma 1990, págs. 40 a 44.

(art. 2346 *ibidem*) o a comportamientos de los que la propia víctima no es consciente o en los que no hay posibilidad de hacer reproche alguno a su actuación (v.gr. aquel que sufre un desmayo, un desvanecimiento o un tropiezo y como consecuencia sufre el daño) (...) (Cas. Civ. 15 de marzo de 1941, citada en G.J. L, pág. 793; 29 de noviembre de 1946, G.J. LXI, pág. 677; 8 de septiembre de 1950, G.J. LXVIII, pág. 48; 28 de noviembre de 1983. No publicada) (...).⁶

Así, al proceder el análisis sobre la causa del daño, el juzgador debe establecer “mediante un cuidadoso estudio de las pruebas, la incidencia del comportamiento desplegado por cada [parte] alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria”⁷, en particular, cuando ésta proviene del ejercicio de una actividad peligrosa y, al mismo tiempo, se alegue concurrencia de conductas en la producción del hecho lesivo. (...).. (Negrillas y subrayas fuera).

Descendiendo al caso de marras, solicito respetuosamente al Despacho una vez más, que llegar a tener vocación de prosperidad lo pretendido por el extremo actor en el caso de autos, **se rebajen los montos de los perjuicios a reconocer**, como quiera que para esta defensa se presenta el eximente de responsabilidad en favor de mi defendida de la **concurrencia de culpa de la víctima en la producción de los hechos, y la cual fue determinante y definitiva en el resultado de los mismos**.

Además, porque a la parte demandante le corresponde probar cada uno de los hechos y afirmaciones por él esgrimidos en la demanda, como lo ha dicho el máximo órgano de lo contencioso administrativo al señalar:

“...Al respecto, no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrado en el art. 177 del C. de P. C., de acuerdo con el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”; dicho en otras palabras para lograr que el Juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al interesado, esto es, al demandante, demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el derecho Colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas, deberá acreditar sus propias aseveraciones...Siendo así las cosas, por deficiencia probatoria no es posible atribuir responsabilidad alguna a la Administración Pública, pues es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no sólo el deceso de la víctima, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarde el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquél, situación que no se dio en el sub-lite...En consecuencia, esta Corporación no comparte los fundamentos de la decisión del Tribunal de Instancia para condenar al Estado, cuando afirma que en el presente caso existió una falla en el servicio por omisión en la prestación del servicio de protección y vigilancia al agente estatal asesinado, pues, no hay en el plenario ninguna prueba que demuestre tal circunstancia...” Sentencia de diecinueve (19) de agosto de 2004, expediente 15032 MP. Ramiro Saavedra.

En dicha oportunidad se concluyó que el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable de los daños que se deriven de la omisión en la prestación del servicio médico o de su prestación deficiente, cuando tales daños se producen como consecuencia de esa omisión o deficiencia; cuando la prestación asistencial no se brinda como es debido, o cuando se vulneran otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, aún en eventos en los que dichas prestaciones resultan convenientes a la salud del paciente, pero se oponen a sus propias opciones vitales. (Subrayas fuera).

En consecuencia al no probarse fehacientemente cuál fue la omisión en que incurrió la entidad accionada, o cuál el actuar negligente de la misma, dado que las meras afirmaciones expuestas, sin sustento probatorio, jurídico y científico, mal puede, en este momento entrar a asumir una responsabilidad que con el escaso material probatorio existente ilumina la inexistencia de la misma en los hechos que se le endilgan.

En este orden de ideas, considero que en el caso en concreto, al no probarse los fundamentos fácticos en los que se sostienen la presunta responsabilidad patrimonial de la entidad accionada, no existe en éste momento formula de conciliación para proponer en el asunto de la referencia.

⁶ CSJ SC 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01, citada el 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01, entre otras.

⁷ CSJ SC 14 de diciembre de 2006. 1997-03001-01

Señor Juez, las lesiones y / o afecciones que finalmente produjeron el deceso del señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.), no deben ser imputables a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. En gracia de discusión se recalca el precedente jurisprudencial en el cual ha reiterado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que para que proceda la declaración de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico, el demandante debe probar la falla en la prestación del servicio médico asistencial o la omisión de dicha asistencia cuando ésta ha sido requerida y existía el deber de prestarla.

La obligación de mí representada frente a los síntomas primarios en la salud del paciente precisaban brindar una adecuada, oportuna y diligente prestación del servicio médico, acorde con las posibilidades presupuestales, técnicas y profesionales que el ente prestador del servicio dispone en un momento determinado. Es decir, es una obligación de medios sin que haya lugar a que se le garanticen al paciente resultados favorables, en razón a que sólo se da el compromiso de brindarle adecuada y oportunamente los servicios de atención médica, que normalmente tenga a su disposición el ente oficial correspondiente.

Ha sostenido jurisprudencialmente el Honorable Consejo de Estado, que en casos de acciones de responsabilidad derivada de la prestación de servicios médicos oficiales, la entidad demandada bien puede exonerarse de responsabilidad cuando procesalmente acredite que la atención para con el paciente o enfermo fue oportuna, diligente y cuidadosamente prestada, sin que haya lugar a declarar la responsabilidad administrativa, pues el devenir referido muestra que no se dejó de atender oportunamente al (la) paciente, sino que además le fueron suministrados todos los recursos humanos y técnicos con que se contaba previamente.

Acerca de la naturaleza de la **responsabilidad médica**, la sala, en Sentencia del 13 de julio de 1.995 (exp. No 9220, actor Martha Pérez, ponente, Carlos Betancur Jaramillo) dijo:

"Acerca del alcance esta obligación de medios, que consiste en otorgar al paciente atención oportuna y eficaz, la sala ha dicho que ella "obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos y a la práctica del arte de curar son conducentes para tratar de lograr el fin deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo." (Sentencia del 18 de abril de 1.994, expediente No 7973, demandante Gonzalo Antonio Acevedo Franco, ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.)

3. - Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación que no permite garantizar el resultado esperado (la curación del paciente), y tal resultado no se obtuvo a la entidad demandada le correspondía, para eximirse de responsabilidad, demostrar que, no obstante no haberse alcanzado el resultado, como quedó dicho, cumplió adecuadamente con su obligación, pues como también lo ha sostenido la sala, es el profesional médico quien está en condiciones de poder demostrar que su conducta fue idónea, siendo por el contrario extremadamente difícil que el propio paciente logre acreditar que la conducta del profesional fue inadecuada..."

"4. - La determinación de la carga de la prueba en la entidad demandada, precisa la sala, en forma alguna desconoce la naturaleza de medios de la obligación médica, ni la torna en objetiva; ni desconoce que los pacientes pueden no obstante haber sido tratados adecuadamente sufrir consecuencias dañosas, distintas a las que se esperaba obtener. Por el contrario, es en razón de dicha naturaleza que, acreditado el daño sufrido por la víctima y su relación de causalidad con la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio, si dicha entidad demuestra que cumplió adecuadamente con su obligación, esto es que obró diligentemente poniendo los medios a su alcance para la curación del paciente, dicha demostración la exonerará de responsabilidad, pues quedará establecido que no fue su acción la que causó el perjuicio." (Subrayas fuera).

9.- DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - CLAÚSULA GENERAL

El art. 2° la Constitución Política establece: "Son fines esenciales del Estado, servir a la Comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) 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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La responsabilidad del Estado que genera reparación o indemnización de perjuicios, es la que se deriva de la acción o la omisión de las autoridades que hayan causado un daño antijurídico, según se desprende del art. 90 de la C. Política; luego, no todo daño que puedan sufrir los administrados tiene vocación indemnizatoria, según lo ha sostenido en numerosos pronunciamientos el Consejo de Estado y así se deduce fácilmente del texto constitucional.

En materia de Responsabilidad Extracontractual patrimonial del Estado y en virtud del mencionado artículo 90, para que se pueda condenar a la administración por el daño ocasionado, es indispensable determinar una serie de presupuestos entre ellos el más importante cual es **el daño** y cuya definición se da en los siguientes términos a saber:

El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

La interpretación entonces que se ha dado, es que el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es predominantemente objetivo, en cuyo evento al demandante le corresponde probar el daño y la relación causal, y el demandado podrá exonerarse al demostrar causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. En ese orden de ideas, para que proceda la declaratoria de responsabilidad debe estar demostrado dentro del proceso, o existir elementos probatorios de los cuales se deduzca con un grado alto de certeza que el estado a través de sus agentes causó el daño.

En consonancia con lo anterior, sería entonces necesario examinar si el daño cuyo indemnización se pretende, se causó por una falla del servicio, por la exposición de la persona a un riesgo excepcional o por la causación de un daño especial, anormal, extraordinario, en el ejercicio de una actividad lícita o en el cumplimiento de sus funciones, todo con el fin de precisar a quién corresponde la carga probatoria, qué elementos debe probar cada uno de los extremos de la litis, y cuáles son las causales eximentes de responsabilidad.

Subsumiendo el caso en concreto, se precisaría el título de imputación, donde estaría el **régimen común de la falla del servicio**, el cual supone un incumplimiento imputable al Estado de sus obligaciones en proteger la vida, bienes, honra y demás bienes jurídicos, tal como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Correspondiéndole al actor probar el hecho, la falla, el daño y el nexo de causalidad. Tal y como lo señala en el concepto de violación la parte demandante.

Por su parte, es fundamental que el daño sea imputable al Estado, que exista un título jurídico de imputabilidad que permita atribuirle a la entidad la obligación de resarcir el daño por las acciones y omisiones que generaron ese daño. Se habla entonces de responsabilidad i) de naturaleza objetiva (tales como el daño especial o el riesgo excepcional) y ii) por falla del servicio (subjetiva) siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

Al caso en concreto Señor Juez, no se aportan las pruebas por la defensa del extremo actor que endilguen a mi defendida **la existencia de la falla en el servicio médico**, dado que de las pruebas obrantes, lo que se evidencia es luego de la ocurrencia de los hechos, el señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.) recibió atención médica 1º en el Hospital del

Municipio de Hatillo de Loba Bolívar, luego la Clínica Candelaria del Banco Magdalena, posteriormente en la Clínica Santa Isabel de Valledupar, y por último en el Hospital Militar Central de la ciudad de Bogotá D.C., donde finalmente falleció el día 17 de noviembre de 2018; **instituciones médicas que NO pertenecen a la Dirección General de Sanidad Militar.**

10.- DEL TITULO DE IMPUTACION EN MATERIA DE FALLA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el tema bajo los siguientes preceptos:

En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud, servicios de salud de las FFMM, la Sección ha establecido que **el régimen aplicable es el de falla del servicio**, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. (Negrilla fuera).

El Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de fecha 26 de mayo de 2006, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, al respecto dijo:

“Tal como se precisó en acápites anteriores, al encontrarse regido el presente caso por un régimen de falla probada en el servicio, la carga probatoria le corresponde a la parte demandante, para lo cual puede acudir a los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, entre ellos la prueba indiciaria que generalmente resulta de analizar el contenido de la historia clínica. La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: “Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le practicó arteriografía.” (...) “...A su vez, esta Sala se ha pronunciado respecto de —y ahora reafirma— la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo. (...)”

Atendida la lectura, resulta de vital importancia analizar todas y cada una de las piezas procesales que arrima el (la) demandante con el libelo de demanda, como quiera que parte del siguiente fundamento factico en su hecho 4 y siguientes a saber: (...).

INFORME ADMINISTRATIVO POR MUERTE N° 003

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

“Teniendo como base el informe suministrado por el señor S.S. POLO MACHADO JOSE JULIAN Comandante del segundo pelotón de la compañía Centauro me permito informar que el día 24 de agosto de 2018 siendo aproximadamente las 20:15 horas, el SLR ALVAREZ CABELLO JUAN CARLOS CC 1.004.353.419 encontrándose en el área general del Hatillo de Loba Bolívar, en agresión interna, por parte del soldado regular Charris Gaviria Andis Alberto, recibe un impacto por arma de fuego altura abdomen lateral derecho, con orificio de salida lateral izquierdo en espalda, se lleva al hospital de este municipio; remitido a la clínica Candelaria del Banco Magdalena y evacuado a clínica santa Isabel de la ciudad de Valledupar Cesar y posteriormente al hospital militar central de la ciudad de Bogotá, donde permaneció hasta el día 17 de Noviembre de 2018; aproximadamente a las 12:40 horas diagnostico infección múltiple intestinal, peritonitis terciaria, falla multiorgánica, desnutrición proteicocalórica, insuficiencia intestinal, hemorragias digestivas, encefalopatía multifactorial le ocasiona la muerte”. (...).

Finalmente lo que se evidencia por esta defensa Señor Juez, atendiendo lo dicho en el Informe Administrativo por Muerte, es que el lamentable deceso del actor, más allá de la lesión inicial sufrida como consecuencia del disparo del arma de fuego propinado por su compañero de armas, este tubo como probable consecuencia **una falla médica**, luego de haber sido atendido en cuatro (4) Unidades Médicas Hospitalarias diferentes, y de las cuales ninguna pertenece a la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Armadas, aspectos que ponen en entredicho la existencia del nexo de causalidad con la pasiva.

11.- DEL DAÑO ANTIJURIDICO.

Con la implementación de la Carta Constitucional de 1991 mediante la cual se consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, se establece así mismo una cláusula general de la Responsabilidad Estatal de la siguiente manera:

"ARTICULO 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."

Según la norma constitucional y anteriormente citada y atendiendo a criterios jurisprudenciales y doctrinales, se puede establecer con total seguridad que, para que se configure una responsabilidad por parte del Estado Colombiano es necesario que se estructuren tres elementos a saber, el primero y más importante, es el Daño, y que éste tenga el carácter se antijurídico, establecida tal exigencia, se deberá adentrarse en el campo de la imputación, es decir la atribución de la responsabilidad, y la relación de causalidad de ésta entre la primera y la otra.

Bajo lo anterior, es preciso que el primer elemento se revista de ciertas características que lo hagan indemnizable, como son el carácter de ser personal, directo y cierto, todo esto para que se configure una conducta indemnizable.

El carácter directo del daño debe analizarse desde el punto de vista del perjuicio provocado a la víctima que lo reclama y/o invoca, el cual debe provenir del daño causado, pero teniendo en cuenta que se debe diferenciar el daño del perjuicio, tal como lo pretende hacer el profesor Benóit. **Por esa razón debe existir un nexo de causalidad entre el daño entendido como la afectación material y el perjuicio entendido como las consecuencias allegadas a este daño.** Por esa razón se debe observar que, al existir un comportamiento que implique un daño, se debe tener cuidado en relacionar el comportamiento del agente con el perjuicio que pueda advenir como consecuencia del mismo.

Para el caso sub judice, nos encontramos frente a un hipotético daño, como quiera que, tal y como lo afirma el apoderado de la parte actora a lo largo de su escrito de demanda, más exactamente en el acápite de declaraciones y condenas en la cual solicita la declaratoria de responsabilidad **"con motivo de las lesiones y posterior deceso del señor JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.), por los hechos ocurridos el día 24 de agosto de 2018, el mismo NO SE ENCUENTRA PROBADO.**

Para la defensa es claro que no se prueba la verdadera existencia de un daño antijurídico al no tenerse certeza por parte de la actora y no probarse la presunta acción u omisión por parte del Estado Colombiano en las lesiones posterior deceso del señor Álvarez Cabello, como

quiera que no se prueba la existencia de sus elementos estructurales como son: el daño, la imputabilidad y el nexo de causalidad.

11.1.- DEL DAÑO:

Definido como la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que se gozaba", sin embargo, para el ordenamiento jurídico Colombiano, no cualquier daño constituye fundamento de responsabilidad, es necesario que el mismo tenga carácter de antijurídico, es decir, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la persona sufre y no está en el deber legal de soportar.

El Consejo de Estado ha definido el tema así:

"Es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado.

Como puede colegirse del material probatorio recaudado no se acreditó daño alegado por la parte actora. En tal sentido me permito traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, respecto del elemento daño.

Sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 09 de septiembre de 2010) que:

"el daño es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria".

En efecto, la Corte de antiguo, destaca esta exigencia por cuanto "dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria". (Cas. civ. Sentencia del 4 de abril de 1968, CXXIV 62), naturalmente que, este requisito "mutatis mutandis, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano.

La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble calculación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética. (Cas. civ. Sentencias del 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G. J. 2393, págs. 143 y 320).

Así las cosas, de la lectura hecha al escrito de demanda, no se establece de manera clara la relación de causalidad existente entre los accionantes y los hechos alegados, en relación con el deber objetivo de acción, o contrario sensu de una eventual omisión de la entidad demandada; teniendo en cuenta que no se prueban debidamente los supuestos daños causados a todos y cada uno de estos que se hayan ocasionado a la señor OLGA PATRICIA NEGRETE PATERNINA.

En el presente caso, no se vislumbra el lleno de los requisitos formales tendientes a demostrar el daño, lo que claramente impide la prosperidad de las indemnizaciones pretendidas. La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha establecido que para haya lugar a la indemnización se deben reunir los siguientes requisitos:

- 1.- QUE EL DAÑO SEA CIERTO,
- 2.- QUE ESTÉ DEBIDAMENTE DEMOSTRADO
- 3.- SUFICIENTEMENTE CUANTIFICADO

Es de advertir que el daño para ser indemnizable exige entre otros requisitos, el denominado de certeza, relacionado con la realidad de su existencia, en consecuencia, se opone a cualquier concepto de daño hipotético o eventual, tal y como ocurre en el presente caso.

Ahora en lo que corresponde a la ausencia de material probatorio, ese deber que le asiste al demandante de acreditar los hechos en que fundamenta sus pretensiones, es menester traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado en Sentencia del 04 de mayo de 2012, donde dijo:

“Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probandi o carga de la prueba”. (Subrayas fuera).

Así las cosas, para que se predique la responsabilidad de la administración y esta sea declarada, se hace necesario acreditar la existencia de un daño antijurídico sufrido por una persona o grupo de personas, como presupuesto ontológico, y poder entrar a analizar el nexo causal, para que dicho daño sea imputable, vale decir atribuible jurídicamente al Estado.

En tal sentido, en el caso de marras, **el daño antijurídico no se estableció, ya que no se allegaron los medios de prueba idóneos y pertinentes.**

Respeto de la indemnización de perjuicios alegada y reclamada por la parte actora, acorde con lo expuesto, **no es posible indemnizar**, en atención a que el DAÑO A LA SALUD, tiene vocación de resarcimiento patrimonial con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Conforme a lo indicado en Sentencia del H. Consejo de Estado-Sección Tercera Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., (14) de septiembre de (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222) Actor: JOSE DARIO MEJIA HERRERA Y OTROS Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA. En lo que respecta al daño a la salud, la máxima corporación dijo:

“De modo que, el “daño a la salud” esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente establecer el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que “estén probados,

los perjuicios morales” de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.”

En el mismo sentido, las pretensiones, no están llamadas a prosperar en razón a que no se lograr con absoluto grado de certeza, la concreción del daño, **como tampoco se prueba ningún tipo de daño o perjuicio de los reclamados en las pretensiones** por el señor JUAN CARLOS ÁLVAREZ CABELLO en su calidad de demandante, dado que no se encuentran probados conforme lo dispone la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, y la Sentencia de Unificación de fecha 28 de Agosto de 2014; **razón por la cual no debe accederse a su reconocimiento.**

12.- DE LA IMPUTACION DEL DAÑO Y NEXO CAUSAL.

Se ha dicho atrás - vertiendo en ello el precepto del art 90 Constitucional - que la responsabilidad patrimonial del Estado requiere, además del daño antijurídico, que el mismo le sea imputable.

El Honorable Consejo de Estado al respecto ha manifestado:

“la lesión pueda ser imputada... “ha dicho la doctrina, significa que pueda ser “...jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima. “8 “La imputabilidad consiste, pues, en la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo, con el objeto de que deba soportar las consecuencias.”9

De allí que elemento necesario para la imputación del daño es la existencia del nexo causal entre la actividad (lícita o no) o la omisión de las autoridades públicas (art 90 de la C.P.) y el daño antijurídico que se reclama, de modo tal que éste sea efecto de aquellas que serán su causa.

Frente a la imputabilidad el H. Consejo de Estado en Sentencia, de fecha nueve (09) de mayo de dos mil once (2011), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación (19976), Actor: Valentín José Oliveros y Otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, dijo lo siguiente:

“Todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.”

En el análisis de la imputación alegada por los demandantes contra del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, y conforme a las reglas prevista en cita anterior, se debe probar en que se fundamenta dicha falla, lo cual no se acredita dentro del proceso sub judice, como quiera que únicamente se detiene en manifestar a título general, que el Estado omitió el cumplimiento frente a los derechos jurídicamente y convencionalmente tutelados, como también su posición de garante con sus coasociados, para el caso de la muerte del señor

⁸ Vasquez, Adolfo R. Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios, página 179.

⁹ Ibídem, página 180.

JUAN CARLOS ALVAREZ CABELLO (q.e.p.d.), no obra elemento material probatorio que permita inferir, ninguna de las circunstancias descritas, más exactamente las que probablemente se pudieron haber causado en los Centros Médicos Hospitalarios ya por acción u omisión; centros médicos que atendieron la gravedad de la lesión sufrida por el causante, y que a la postre produjeron su deceso según el diagnóstico que se enuncia en el Informe Administrativo por Muerte, por haber contraído múltiples afecciones e infecciones las cuales le causaron la muerte; que no son otras que **la falla en la prestación de los servicios médico asistenciales**, y que desde luego deben ser probadas por el extremo actor.

13.- PETICIÓN ESPECIAL – ACUMULACIÓN DE PROCESOS Y DEMANDAS ART 148 C.G.P.

Señor Juez, como quiera que en el Juzgado 65 Administrativo Oral de este Circuito Judicial, igualmente se admitió el **Proceso N° 11001334306520190031300**, promovido por el señor HAROLD ALBERTO ÁLVAREZ C.C. 7.629.739 y otros, en su calidad del Tío del causante JUAN CARLOS ÁLVAREZ CABELLO (q.e.p.d.), esta defensa respetuosamente en uso de lo dispuesto por el artículo 148 del Código General del Proceso, comedidamente solicita la acumulación de procesos con el presente, por considerar que se reúnen los presupuestos para proceder de conformidad a saber:

Acumulación de procesos y demandas Artículo 148. Procedencia de la acumulación en los procesos declarativos.

Para la acumulación de procesos y demandas se aplicarán las siguientes reglas:

1. Acumulación de procesos. De oficio o a petición de parte podrán acumularse dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

b) Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos.

c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos.

2. Acumulación de demandas. Aun antes de haber sido notificado el auto admisorio de la demanda, podrán formularse nuevas demandas declarativas en los mismos eventos en que hubiese sido procedente la acumulación de pretensiones.

3. Disposiciones comunes. Las acumulaciones en los procesos declarativos procederán hasta antes de señalarse fecha y hora para la audiencia inicial. Si en alguno de los procesos ya se hubiere notificado al demandado el auto admisorio de la demanda, al decretarse la acumulación de procesos se dispondrá la notificación por estado del auto admisorio que estuviere pendiente de notificación. De la misma manera se notificará el auto admisorio de la nueva demanda acumulada, cuando el demandado ya esté notificado en el proceso donde se presenta la acumulación.

(...).

En atención a la normativa en cita y por lo antes expuesto, le solicito comedidamente al Honorable Señor Juez se considere la petición solicitada.

PARA CONCLUIR

Por todos los argumentos de hecho y de derecho, y como quiera que en este sentido, la demandante no aporta pruebas que permitan inferir OBJETIVAMENTE la responsabilidad de la entidad que represento, solicito respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN las pretensiones de la demanda, concluyendo que no se cumplen los presupuestos determinados por el artículo 90 superior respecto de la existencia del daño antijurídico y su eventual reparación.

14.- PRUEBAS

Manifestación previa

No allego pruebas con la contestación de la demanda conforme lo indica el artículo 175 del C.P.A.C.A., toda vez que no reposa expediente o prueba en las dependencias de la entidad que represento, dada la complejidad de la institución, y naturaleza de la controversia jurídica.

Señor Juez, en uso de lo dispuesto por el artículo 175 del C.P.C.A., (Auto Admisorio de la Demanda), **el día 24 de agosto de 2020 hora 17:16**, esta defensa envió vía correo electrónico al Comando de Personal Ejército (Batallón de Infantería Mecanizada N° 5 Córdoba); la solicitud de las pruebas documentales (**Investigación Disciplinaria**) que se adelante por parte de la Unidad Militar contra el SLR ANDIS ALBERTO CHARRIS GAVIRIA, por los hechos ocurridos el día 24 de agosto de 2018. En el mismo sentido **reenvié de nuevo a la Dirección de Personal EJC, la solicitud de las pruebas documentales incluyendo la solicitud el expediente prestacional del señor SLR JUAN CARLOS ÁLVAREZ CABELLO (q.e.p.d.) el día 10 de febrero de 2021 Hora 16:23.**

Solicito al Despacho respetuosamente, tener como tales las aportadas con la demanda, y en todo caso; si llegado el día y hora de realización de la audiencia inicial estas pruebas documentales no fueren aportadas al plenario, le solicito respetuosamente Señor Juez se decreten y elaboren los correspondientes oficios; y en todo caso **las que considere conducentes útiles y pertinentes** decretar oficiosamente.

15.- ANEXOS.

Poder para actuar y sus respectivos anexos.

16.- PERSONERÍA.

Solicito de manera respetuosa al Señor Juez, se reconozca la personaría adjetiva para actuar en el presente proceso de conformidad con los términos del poder que me ha sido conferido.

17.- NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Secretaría de su Despacho o en la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, ubicada en la Carrera 10 N° 26 – 71 Piso 7 Torre Sur de las Residencias Tequendama Centro Internacional de la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos: diogenes.pulido@mindefensa.gov.co o a notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co,

Del Honorable Señor Juez,



DIÓGENES PULIDO GARCÍA

C.C. 4.280.143 de Toca Boyacá

T.P. 135996 del C.S. de la J.

Correo: diogenes.pulido@mindefensa.gov.co

Tel: **311-2883115**

Anexo: Lo enunciado en (17) folios.