



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 062

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a proferir sentencia dentro del medio de control denominado Reparación Directa instaurada a través de apoderado judicial por el señor Franklin Stivens Solis Ordoñez, en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en adelante INPEC y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, en adelante CAPRECOM.

I. ANTECEDENTES

1.1 Las PRETENSIONES DE LA DEMANDA son las siguientes:

1° Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la parte demandada, por los perjuicios ocasionados al señor Franklin Stivens Solis Ordoñez por las perturbaciones que sufrió desde el 3 de octubre de 2012 ante la deficiente prestación del servicio médico.

2° Como consecuencia de lo anterior condenar al INPEC y a CAPRECOM al pago a su favor de:

PERJUICIOS INMATERIALES

A) Noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.

PERJUICIOS MATERIALES

A) la suma de \$70.000.000 por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

B) Cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño a la salud.

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

C) Que las sumas adeudadas sea debidamente indexadas y liquidadas conforme el artículo 192 del CPACA.

D) Que se condene en costas a la demandada.

1.2. Los HECHOS de la demanda se resumen así:

En cumplimiento a orden judicial, el señor Franklin Stivens Solis Ordoñez fue privado de su libertad y puesto a disposición del INPEC siendo recluido en el establecimiento penitenciario y carcelario ERON de Jamundí, lugar al cual ingresó en óptimas condiciones de salud, esto es, sin ningún tipo de lesión ni limitación física.

El día 3 de octubre de 2012 presentó fuertes dolores de cabeza y disminución en la visión de su ojo derecho, por lo que solicitó atención médica, pero a pesar de su estado crítico nunca recibió respuesta positiva a su solicitud.

Ante la falta de atención médica tuvo que instaurar acción de tutela, la cual fue resuelta el 19 de octubre de 2012 en forma positiva ordenándosele a CAPRECOM EPS-S impartir las autorizaciones administrativas y presupuestales necesarias para que la valoración por oftalmología y posterior tratamiento le fueran ordenados al hoy demandante.

No obstante lo anterior, las entidades demandadas no realizaron los trámites necesarios y por ello los padecimientos se prolongaron, afectándose la salud emocional y psicológica del paciente con ocasión de los fuertes dolores y la pérdida de su visión.

La anterior situación le generó tanto al demandante como a su grupo familiar un profundo estado de angustia, depresión y congoja.

ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

El fundamento jurídico de la demanda radica en los artículos 1, 2, 6, 90, 217, 318, y 365 de la Constitución Política, la Resolución N° 43/173 de 9 de diciembre de 1988 y la Ley 65 de 1993.

Aduce que el derecho a la salud hace parte de la seguridad social, es un derecho fundamental, el cual, en el caso de los internos es de aquellos que no pueden ser suspendidos ni limitados en virtud de la privación de la libertad. Tal derecho resultó menoscabado en el caso que nos ocupa, toda vez que no se le brindó al actor la atención médica requerida, circunstancia que generó los daños cuyo resarcimiento se solicita y la cual es la constitutiva de la falla del servicio alegada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

No fueron presentados.

ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC

Se opone a las pretensiones de la parte demandante y explica que ni el INPEC ni los establecimientos penitenciarios y carcelarios cuentan con dependencias de salud para atención médica de ningún nivel, asignación presupuestal para

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

340

suministro de medicamentos, tratamientos ni red de convenios con centros hospitalarios, pues la prestación del servicio médico es asumida en forma directa y autónoma por CAPRECOM; obligación que continuó en cabeza de dicha entidad por decisión del Gobierno Nacional hasta nueva orden pese a la finalización del Contrato de Aseguramiento N° 1172 de 2009.

La obligación del INPEC se limita al traslado de los internos a los centros médicos y hospitalarios que la EPS CAPRECOM determine.

A lo largo del proceso no se logró acreditar la afectación causada al demandante, ni las secuelas generadas, razón por la cual no existe la responsabilidad de la entidad aducida; cabe indicar que conforme las pruebas documentales obrantes en el plenario al demandante se le prestó la atención médica necesaria en el momento en que la requirió.

Propone la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Además de reiterar lo expuesto en el escrito de contestación de demanda, explicó que la prestación del servicio de salud a los internos será por cuenta de CAPRECOM o de QBE SEGUROS según se trate de servicio incluidos o no en el POS.

Indicó que a partir del 16 de julio de 2012 se dio por terminado el contrato de prestación de servicios intramural N° 008 de 2011 entre el INPEC y CAPRECOM, sin embargo, la atención en salud de los internos continuó en cabeza de CAPRECOM por disposición del Gobierno Nacional y se prestación sería a través de la Red de Reclusión de Hospitales Públicos del país.

Luego de analizar los elementos constitutivos de la falla del servicio médico endilgada al INPEC, concluyó que en el proceso no se logró acreditar que el servicio no se haya prestado o que el mismo se ha prestado en forma tardía o irregular, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna en cabeza del INPEC.

TESIS DE LA PARTE DEMANDADA - CAPRECOM EPS-S

Se opuso a las pretensiones, indicando que no le constan los hechos de la demanda.

La regla general en materia de responsabilidad médica enseña que en el proceso deben estar acreditados todos sus elementos, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo entre esta y aquel.

Tratándose de casos en los que se debate la responsabilidad médica de la administración, la parte demandante tiene la carga de probar la falla del servicio atribuida a la entidad respectiva y en el presente asunto solo existen manifestaciones infundadas probatoriamente tendientes a gestar una supuesta negligencia médica, ante lo cual deben negarse las pretensiones.

Formuló las excepciones de rompimiento de nexo causal y carencia de objeto.

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Reiteró la solicitud de negar las pretensiones, bajo el argumento de que no se probó el daño ni la falla del servicio aducida.

Que al demandante se le brindó toda la atención médica requerida para sus diferentes patologías y se autorizaron remisiones en el caso concreto a oftalmología; en la historia clínica se evidencia que el demandante fue atendido el 21 de febrero de 2013 por oftalmología y se le diagnostica AV de OD en forma progresiva –pérdida de la agudeza visual-, padecimiento que no mejorará con anteojos, medicamentos o cirugías.

ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA ENTIDAD LLAMADA EN GARANTÍA – LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

En cuanto al llamamiento en garantía indicó que en virtud de la póliza N° 1005575 el tope máximo asegurado para la cobertura de responsabilidad civil extracontractual es de 2.000.000.000.00 con un deducible del 2% sobre el valor de la pérdida mínimo 4 smlmv.

Propuso la excepción denominada límite del valor asegurado y deducible.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, indicó oponerse por no existir prueba de la falla del servicio por parte del INPEC ni nexos causal alguno.

Para la prosperidad de lo pretendido es necesario acreditar no solo el padecimiento de un perjuicio, sino la relación de causalidad entre este y el obrar negligente de aquel a quien se le imputa su producción, requisitos que no se cumplen en el sub lite.

Con fundamento en las pruebas aportadas y recaudadas en el proceso, asegura que al no existir examen médico de ingreso del demandante al Complejo Carcelario de Jamundí no es posible determinar su estado de salud para aquel entonces, especialmente el relativo a la calidad de la agudeza de su ojo derecho.

Propone las excepciones que denomina *“inexistencia de la obligación de indemnizar por la ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa”* y *“falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del INPEC”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Aduce que en virtud de la póliza que sirvió de base para su llamado no es posible que se profiera condena, pues no tiene cobertura para cubrir daños de reclusos.

Después de hacer un relato sobre las pruebas aportadas, concluye argumentando que no logró la parte actora acreditar el cumplimiento de los requisitos para la responsabilidad estatal.

II. CONSIDERACIONES

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la relación de los hechos planteada en la demanda y la fijación del litigio realizada en audiencia inicial, el Despacho deberá resolver los siguientes interrogantes:

¿El demandante presentó un padecimiento de salud el 3 de octubre de 2012 mientras se encontraba privado de su libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario Eron de Jamundí a órdenes del INPEC?

De resolverse en forma afirmativa el anterior interrogante, ¿son administrativamente responsables las entidades demandadas por los padecimientos en la salud que presentó el demandante en octubre de 2012 estando a órdenes del INPEC al interior del Complejo Penitenciario y Carcelario Eron de Jamundí y en consecuencia es viable el reconocimiento y pago de los perjuicios reclamados?

De resolverse en forma afirmativa el anterior interrogante, ¿tiene vocación de prosperidad el llamamiento en garantía formulado por el INPEC?

Previo a responder estos interrogantes y resolver de fondo el asunto, el Juzgado analizará la imputación de la responsabilidad de conformidad con los presupuestos fácticos de la presente litis, las relaciones de especial sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad y por último, se tomarán las decisiones correspondientes, previo análisis del material probatorio allegado al plenario.

3.2 CONSIDERACIONES PREVIAS

EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y LA LLAMADA EN GARANTÍA

- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL INPEC: de encontrarse acreditados los elementos constitutivos de responsabilidad, el Despacho estudiará el actuar de cada una de las entidades demandadas con miras a determinar cuál de ellas debe responder por los perjuicios causados.
- ROMPIMIENTO DEL NEXO CAUSAL; CARENCIA DE OBJETO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LA AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: Considera ésta operadora judicial que no constituyen excepciones que ameriten un pronunciamiento distinto al que ha de hacerse al resolver el fondo del asunto, pues por medio de ellas la entidad demandadas y la llamada en garantía solo pretende oponerse a las pretensiones, por lo que si se accede a las mismas se declararían infundada.

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

- LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO Y DEDUCIBLE: dicha excepción solo será estudiada más adelante, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda

3.4 CASO EN CONCRETO

3.4.1. DE LO PROBADO EN EL PLENARIO

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se encuentra probado lo siguiente:

A través de sentencia de tutela N° 168 de 18 de octubre de 2012 el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Control de Garantías resolvió tutelar los derechos del hoy demandante a la salud, vida, dignidad humana e integridad personal, ordenándole en consecuencia a CAPRECOM EPS impartir las autorizaciones administrativas y presupuestales necesarias para que la valoración por oftalmología y posterior tratamiento ordenado por el especialista tratante al señor Franklin le sea practicado en IPS con la cual tenga contrato o convenio; igualmente se ordenó tratamiento integral para la patología que se le diagnosticara (fl. 18-19 cdo ppal y en cuaderno separado).

Conforme la cartilla biográfica del interno obrante a folios 66 a 68, advierte el Despacho que el demandante reporta tres ingresos a órdenes del INPEC, siendo ubicado inicialmente en EPMSC Cali y trasladado a EPC Jamundí a través de Resolución N° 900-904583 el 27 de julio de 2012.

De la historia clínica aportada al plenario con su respectiva transcripción (fls. 9, 16, 106, 113 y 228-253), advierte esta instancia en lo que al tema objeto de debate se refiere, que el 21 de febrero de 2013 se relaciona consulta externa por oftalmología en la que se refirió disminución de AV de OD en forma progresiva (gráficos de valoración oftalmológica), se solicita ecografía OD (fl. 231-232).

También se advierte que el 5 de marzo de 2013 *“se realiza ecografía Modo B y cortes longitudinales, transversales y axial apreciándose OD: globo ocular faquico; longitud axial aprox. 20.30; cristalino aumento de la densidad; vítreo abundantes ecos de condensaciones; vítreas, formación de membrana en cuadrante temporal y tracción vítrea; retina DR traccional en todo el polo posterior; coroides imagen en granulona con calificación en M9 periferia; esclera normal; nervio ópticoEXC no valorable; orbita sana. IDX 1. DR traccional; 2. Granuloma; 3. Probable toxocara”* (fl. 234).

En atención al informe obrante a folio 271 del cuaderno principal y a la copia de minuta de registro de novedades del EPC patio 2 A Alta (fls. 272-278) donde se encontraba el interno demandante el día 3 de octubre de 2012, se concluye que no se presentó ninguna novedad relacionada con los hechos objeto de debate en el presente litigio; en efecto, de las anotaciones allí registradas se extrae que al contar el número total de internos se indicó que tres de ellos estaban en observación en sanidad medicina –no se indicó el nombre de los mismos-, que cuatro internos -3744, 2768, 1206 y 1278- son llevados a odontología, que algunos internos se rehusaron a consumir la carne del almuerzo por su olor y que otro recluso fue encontrado fumando marihuana.

En atención a la certificación obrante a folio 278 del cuaderno principal y suscrita

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

342

por la responsable de la Oficina de Investigaciones Internas del Complejo Penitenciario y Carcelario de Jamundí, revisados los archivos de dicha dependencia no se encontró registro alguno de informe y/o sanciones disciplinarias correspondientes al señor interno Solis Ordoñez Franklin Stivens identificado con C-C. N° 1.143.827.291 NUI 363292 de fecha 3 de octubre de 2012.

Frente al recaudo de las pruebas periciales decretadas en el presente asunto, debe indicarse que conforme se observa a folio 311 del cuaderno principal, la Clínica Oftalmológica de Cali manifiesta la imposibilidad de absolver las preguntas formuladas como quiera que para la fecha en que se solicita la información, esto es, octubre de 2012, el paciente en la historia clínica del HUV que les fue remitida no refleja atención médica alguna por oftalmología.

En el caso del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a folio 313 del cuaderno principal se evidencia que dicha institución también manifiesta que no es posible rendir la experticia requerida como quiera que en la historia clínica del HUV que les fue remitida solo hay tres folios relacionados con atención por oftalmología, uno de ellos con valoración el 21 de febrero de 2013 completamente ilegible y los dos restantes correspondientes a ecografía ocular de fecha 05 de marzo de 2013, sin aportarse más valoraciones ni atenciones practicadas el día relacionado en el oficio en que se solicita la prueba, esto es, 3 de octubre de 2012.

A folios 146 a 167 obra copia de la Póliza N° 1005575 en virtud de la cual la entidad demandada formuló llamamiento en garantía a La Previsora S.A., frente a la que se certificó en el plenario que (i) el valor asegurado es de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000.00); (ii) el deducible pactado es del 2% del valor de la pérdida mínimo 4 smlmv; (iii) se otorgaron sub-límites por concepto de daño moral y lucro cesante; (iv) a la fecha no se han realizado pagos por lo que el valor asegurado asciende a la suma de mil novecientos millones de pesos (\$1.960.000.000.00) suma a la cual ya se le aplicó el deducible respectivo; (v) los siniestros pendientes no mantienen orden estricto pues solo se tendrá en cuenta la conciliación directa, sentencia de un juez, fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado o cualquier otra forma de acuerdo a que se llegue con los demandantes, los cuales irán agotando los límites establecidos en el contrato y (vi) se dejó expresa constancia que ni los reclusos ni los auxiliare bachillere se consideran terceros para efectos de la póliza (f. 89-91, 255-256).

3.4.2. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD

3.4.2.1. DE LAS OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD DEMANDADA – INPEC

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, fue creado como un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, por el Decreto Extraordinario 2160 de 1992, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Posteriormente, por medio del artículo 38 del Decreto 1890 de 1999, "*Por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia relacionadas con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia*", se ordenó su reorganización y se indicó que continuaría cumpliendo las funciones relacionadas con la ejecución de las penas privativas de la libertad y de la detención precautelativa, el tratamiento penitenciario, la dirección y coordinación de la vigilancia, seguridad y control, así como la administración, mantenimiento, dotación y sostenimiento de los

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stevens Solís Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

establecimientos de reclusión del orden nacional.

Con la expedición del Decreto 4151 del 3 de noviembre de 2011 por el cual se modifica la estructura del INPEC, se mantiene en cabeza de dicha entidad la custodia, cuidado, integridad y seguridad de las personas privadas de la libertad; con base en ello puede concluirse que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC es la máxima autoridad carcelaria dentro del País, quien tiene a su cargo una obligación que resulta ser determinante para el caso que nos ocupa, cual es la de custodia y vigilancia, entendida como el deber de cuidado, la asistencia y conservación de las personas que se encuentran en los centros penitenciarios y carcelarios.

En virtud de lo anterior, debe el INPEC mantener al interno en las mismas condiciones físicas y psicológicas que tenía al momento en que fue privado de la libertad.

3.4.2.2 OBLIGACIONES DE LA DEMANDADA - CAPRECOM

Debe recordarse en primer lugar, que la ley 100 de 1993 en su artículo 177 define las Entidades Promotoras de Salud, como aquellas *“entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley”* (Resaltado del Despacho).

Ahora bien, conforme el artículo 23 de la Ley 1122 de 2007 –vigente para la época de los hechos- las Empresas Promotoras de Salud (EPS) del régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo; igualmente, dispone que las citas médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente.

Para el caso concreto de la prestación del servicio de salud de las personas privadas de la libertad, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1141 de 2009¹, el cual es expedido en virtud de las características especiales de internación a las que se encuentran sometidos los reclusos, quienes requieren la definición de reglas específicas para lograr el acceso a los servicios de salud que garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En efecto, el artículo 4º de dicho estatuto normativo dispone que *“el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, suscribirá un contrato de aseguramiento con una entidad promotora de salud del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional con el fin de afiliar al régimen subsidiado a la población reclusa que se encuentra interna en los establecimientos de reclusión a su cargo y efectuará el seguimiento y control de dicho contrato a través de una interventoría interna o externa con el objeto de garantizar la debida y oportuna ejecución del mismo”*.

¹ Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

343

Es con ocasión de dicha preceptiva legal que se suscribe, entre otros, el contrato de aseguramiento N° 008 de 2011 entre el INPEC y CAPRECOM, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos:

“CAPRECOM se obliga para con EL INPEC a prestar los servicios de salud POS – S de baja complejidad a la población reclusa que se encuentra en los Establecimientos de Reclusión a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, en las áreas de sanidad de los establecimientos, de acuerdo a los modelos de atención previamente concertados (...)

Igualmente, en el numeral 2 de la cláusula tercera de este contrato, se encuentra la obligación de CAPRECOM consistente en garantizar el acceso a los servicios de salud de la población que se encuentre en los establecimientos de reclusión, de acuerdo a lo concertado por las partes en los modelos de atención.

Así las cosas, es evidente para esta instancia judicial que todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud de los internos, para el presente caso, del señor Franklin Stivens Solis Ordoñez, estaba a cargo de CAPRECOM en los términos y bajo las condiciones pactadas en el citado contrato.

3.4.2.3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE AL CASO CONCRETO.

La responsabilidad del Estado tiene sustento constitucional en los artículos 2º (inciso segundo) y 90² de la Constitución Política. El primero de ellos establece que *“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.”* El segundo impone al Estado la obligación de indemnizar todo daño originado en la actividad administrativa cuyos efectos, los asociados no tengan el deber legal de soportar.

Existen diversas teorías acerca de la responsabilidad estatal, entre las cuales hay unas de carácter objetivo, como son el riesgo excepcional y el daño especial, y otras de carácter subjetivo, dentro de las cuales la más conocida es la denominada falla del servicio.

En casos como el que nos ocupa, en donde se debate la responsabilidad del INPEC frente a sucesos ocurridos con personas reclusas en establecimientos carcelarios y penitenciarios, el Honorable Consejo de Estado³ ha sentado las bases para su estudio, fijando para tal efecto las siguientes pautas:

14.3. Así pues, la Sección Tercera ha considerado que el régimen bajo el cual se estructura la responsabilidad del Estado por los daños causados por cuenta de la reclusión, pero que no pueden considerarse como inherentes a la misma, es el objetivo, régimen que, como se evidencia en la cita que viene de ser transcrita, ha encontrado un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y a la integridad psicofísica de los detenidos, pero que puede extenderse a todos los demás casos en los que el daño cuya

² Art. 90 C.N. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”.

³ Ver sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, fechada 28 de agosto de 2014, con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth, bajo la radicación N° 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832) y en la que figura como actor el señor ANDREAS ERICH SHOLTEN.

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solís Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

indemnización se demanda es el resultado de la vulneración de derechos que de ningún modo pueden entenderse limitados, restringidos o suspendidos por la privación de la libertad, como es el caso de la dignidad humana.

14.4. Lo anterior sin que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad, esto es, el fundado en la falla del servicio, el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

14.4. Ahora bien, es oportuno recordar que **en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo, lo cual se explica porque, aunque producidos durante la reclusión, no se produjeron en virtud de esta última, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado.**

14.4. En este sentido debe anotarse que el deber de protección asumido por el Estado en virtud de las relaciones de especial sujeción en las que, respecto de él, se encuentran los reclusos, no puede traducirse en una premisa según la cual las autoridades penitenciarias deban ser declaradas responsables por todo detrimento que, en su salud, sufra el interno, pues el mismo puede provenir de causas extrañas que, de no originarse específicamente en las condiciones de detención, constituyen causales de exoneración (Subrayado del Despacho).

Bajo las anteriores premisas, considera el Despacho que el asunto hoy debatido debe ser estudiado bajo régimen subjetivo de responsabilidad; veamos.

En estos casos, se requiere la comprobación de la existencia de los tres elementos que conforman este tipo de teoría, a saber: i) El daño sufrido por el interesado; ii) La falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio, porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente y; iii) Una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio. Debe aclararse que tanto la falla como el nexo de causalidad pueden acreditarse usando cualquier clase de medio probatorio, en especial mediante la utilización de indicios, como quiera que se trate del régimen de responsabilidad de falla probada.

Frente a los casos como el que nos ocupa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que, cuando se estudia la falla del servicio médico, bien sea por error en el diagnóstico médico o simplemente mala praxis médica o demora en el diagnóstico y por consiguiente en el tratamiento, se debe examinar en cada caso en concreto si fueron utilizados todos los recursos necesarios e indispensables para determinar el diagnóstico correspondiente, ello por cuanto se ha considerado dicha corporación que al no ser la medicina una ciencia cierta, se entiende que dicha actividad es de medios y no de resultados, por lo que no es posible exigirle al médico tratante que de un diagnóstico cien por ciento acertado, pero sí se le exige que utilice todos los medios y realice todos los procedimientos necesarios para ello.

Sumado a lo anterior debe indicarse que en estos eventos la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha analizado como modalidad del daño la que ha denominado

“pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance”⁴; dicha modalidad alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia, o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello definitivamente fue impedido por el hecho de otro sujeto. La Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo frente a este tema ha indicado que *“La pérdida de la oportunidad, en materia médica establece la responsabilidad de los prestadores de servicios médicos y hospitalarios en aquellos casos en los cuales no se brindan al paciente todos los tratamientos y cuidados adecuados y oportunos, aun cuando estos no garanticen totalmente que el daño se hubiera evitado. En consecuencia, la pérdida de la oportunidad hace referencia, como su nombre lo indica, a la disminución en la probabilidad de haberse evitado el daño que finalmente se causó”*⁵.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda el apoderado judicial de la parte demandante manifiesta que el actor no recibió una respuesta positiva frente a la solicitud de ser remitido al médico e turno y que sus padecimientos –disminución de la visión y dolores de cabeza- se prolongaron por falta de atención médica, pese a contar con un fallo de tutela a su favor.

Entonces, con base en lo hasta aquí expuesto corresponde a esta instancia judicial estudiar y precisar si en el presente asunto se configuran los tres elementos de la responsabilidad del Estado por falla del servicio:

- 1) El daño sufrido por el interesado
- 2) La falla del servicio propiamente dicha
- 3) Un nexo de causalidad entre estos dos elementos.

Bien, de conformidad con lo narrado hasta este punto, y en especial con lo acreditado por las partes, debe entenderse que el presunto daño antijurídico soportado por la accionante consistió en que estando a órdenes del INPEC en el Centro Penitenciario y Carcelario de Jamundí el día 3 de octubre de 2012 presentó fuertes dolores de cabeza y disminución en la visión de su ojo derecho y pese a su estado crítico de salud, no recibió una respuesta positiva con relación a la solicitud que aduce haber elevado de ser enviado al médico de turno, lo que finalmente le generó la pérdida total de su visión.

En cuanto a su soporte probatorio, no encuentra esta instancia judicial ninguna prueba que acredite tales circunstancias y permita tener por cierto el daño alegado en la demanda; veamos.

Está acreditado en el plenario que desde el 27 de julio de 2012 el actor es trasladado desde el Centro Carcelario de Cali al de Jamundí a través de Resolución N° 900-904583 y se allegó al proceso copia de las minutas de guardia del patio en el que se encontraba recluso el actor para el día en que presuntamente ocurrieron los hechos que dieron origen al presente medio de control, sin que en dicha documentación se advierta alguna anotación al respecto; debe resaltarse tal y como se indicó en precedencia, que para aquella data sí se advierten otras anotaciones relativas a reclusos que se encontraban en observación o en citas de odontología, sin embargo, nada se reportó frente al estado de salud del demandante.

⁴ Ver entre otras, la sentencia fechada 18 de febrero de 2010 con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, dentro el proceso identificado con la Radicación N° 52001-23-31-000-1997-08942-01(17866).

⁵ Tomado de la sentencia proferida el 26 de enero de 2012 con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón en el proceso identificado con la Radicación N° 19001-23-31-000-1998-01005-011(21726) y en el que fungió como actora la señora Julietd Rivera Morcillo y otros

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solis Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

Ahora bien, revisada la historia clínica aportada al plenario con su respectiva transcripción, se puede observar que no se registró ninguna atención médica por oftalmología para el aludido 3 de octubre de 2012; lo que sí se evidencia es que para el 21 de febrero de 2013 el paciente refiere disminución de agudeza visual en su ojo derecho en forma progresiva, razón por la cual se solicitó una ecografía en el respectivo ojo, la cual arroja como resultado: 1. DR TRACCIONAL – desprendimiento de retina traccional⁶; 2. Granuloma⁷; 3. Probable toxocara⁸.

Desconoce esta instancia judicial la causa de dicho padecimiento, sin contar con elementos probatorios suficientes para concluir que su origen se remonta a los hechos relacionados en la demanda, mismos que se reitera, no tienen soporte probatorio alguno en el presente litigio.

Ahora bien, no obvia esta instancia judicial el trámite de la acción de tutela incoada por el actor en contra de las entidades hoy demandadas con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud, protección social e integridad personal, sin embargo, tanto los hechos debatidos en aquella instancia como las pruebas recaudadas distan de los presupuestos fácticos objeto de estudio y análisis en el presente caso, circunstancia que impide tener como referencia y prueba idónea dentro de esta Litis los hechos que se tuvieron por acreditados en aquella oportunidad.

En efecto, de la información que se puede extraer del expediente de tutela cuya copia obra en el plenario en cuaderno separado, se destaca que la acción de tutela fue radicada el 02 de octubre de 2012 y su fundamento fáctico se contrae al hecho de que estando recluso el demandante en la Cárcel de Villa Hermosa en la ciudad de Cali sufrió un accidente y fue valorado por el médico del centro cancelario quien le ordenó un examen urgente con el oftalmólogo porque el golpe había sido muy fuerte en su pómulo derecho y era posible que quedara ciego; sin embargo, no tuvo la atención médica requerida; adujo que posteriormente fue trasladado el 30 de julio de 2012 a la cárcel de Jamundí, donde tampoco recibió atención médica.

Ciertamente, conforme las pruebas aportadas para el día 1/11/2012 el demandante presentaba un cuadro de pérdida gradual de la visión en el ojo derecho desde hace más o menos 8 meses y en esa misma data se advierte una orden de valoración por oftalmología urgente (fl. 15 y 17 cuaderno separado).

Es evidente entonces, que los presupuestos fácticos de la acción de tutela y del presente medio de control no son los mismos -téngase en cuenta que en aquella se habla de la no atención en salud tanto en la cárcel de Cali como en la de Jamundí en virtud de un golpe que recibió y afectó su visión, mientras que en este proceso se aduce que para el 3 de octubre de 2012 sufrió un fuerte dolor de cabeza y pérdida de la visión estando recluso en la cárcel de

⁶ Las membranas fibrovasculares sufren tracciones del movimiento del vítreo y se contraen con el tiempo ocasionando hemorragias vítreas (hemovítreo) y desprendimientos de retina por tracción, DR traccional diabético (DRT). Finalmente al traccionar una retina muy adelgazada e isquémica pueden romperla provocando desprendimientos de retina (DR) asociados a tracciones (DR traccional y regmatógeno diabético). <http://www.doctordiegoruizcasas.com/patologia/retinopatia-diabetica/desprendimiento-de-retina-traccional-y-regmatogeno-diabetico.html>

⁷ En medicina, un granuloma es una masa más o menos esférica de células inmunes que se forma cuando el sistema inmunológico intenta aislar sustancias extrañas que ha sido incapaz de eliminar. Dichas sustancias incluyen organismos infecciosos como bacterias y hongos, así como otros materiales tales como la queratina y suturas. Un granuloma es, por tanto, un tipo especial de inflamación que puede ocurrir en una amplia variedad de enfermedades. <https://es.wikipedia.org/wiki/Granuloma>

⁸ La toxocariasis ocular es una infección producida por un parásito el perro. Toxocara canis. Las infecciones zoonicas son poco habituales en adultos, pero als oculares son una causa importante de ña disminución de la AV en pacientes jóvenes. <https://es.slideshare.net/mipcga/toxocariasis-ocular>

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solís Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

345

Jamundí-; analizando lo expuesto en la acción de tutela se concluye que contrario a lo pretendido por la parte actora, para la fecha en que se alega la presunta falla del servicio por parte de las entidades demandadas –3 de octubre de 2012- ya el demandante presentaba un cuadro de evolución relativo a la pérdida gradual de visión en su ojo derecho y el cual no fue producto de los dolores de cabeza, sino que tuvo como génesis un golpe un golpe que recibió.

Así las cosas, esta instancia judicial no cuenta con soporte probatorio alguno para tener como acreditados el daño en los términos expuestos en la demanda; téngase en cuenta que aun cuando está probado que el demandante tiene ciertos padecimientos en su ojo derecho, ello no se armoniza ni satisface la carga probatoria que exigen los hechos expuestos en la demanda con relación al daño y su hecho generador que originaron el presente proceso.

Adicional a ello, en materia de configuración de la falla el servicio en sí misma, deviene lógico concluir igualmente que no existe soporte probatorio alguno que acredite el 3 de octubre de 2012 en cabeza del INPEC y/o de CAPRECOM el incumplimiento de sus obligaciones legales, esto es, un mal funcionamiento del servicio, ya sea porque éste no funcionó cuando debió hacerlo, o, lo hizo tardía o equivocadamente.

Ante la orfandad probatoria evidenciada en el presente asunto, pertinente resulta traer a colación lo previsto en el artículo 167 del CGP, cuyo tenor literal enseña que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* y resulta plenamente aplicable al asunto que hoy ocupa la atención del Despacho como quiera que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda en atención a que la parte actora no colmó la carga probatoria que le correspondía, consistente ella en la acreditación del padecimiento de salud del demandante en el mes de octubre de 2012 mientras se encontraba privado de su libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario Eron de Jamundí a órdenes del INPEC, como presupuesto fáctico inicial y determinante de la declaratoria de responsabilidad pretendida.

En igual sentido se ha manifestado el Honorable Consejo de Estado al considerar que *"...de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C. la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por lo tanto, 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 sirve para ello"*⁹. Téngase en cuenta que el citado artículo 177 del C.P.C. –ya derogado- tenía el mismo tenor literal del actual 167 del C.G.P.

En virtud de lo anterior, considera esta instancia judicial que al resolverse en forma negativa el primer interrogante planteado en el problema jurídico a resolver, no existen razones de hecho ni de derecho para revisar de fondo los dos planteamientos restantes, resultando también innecesario analizar si se configuraron o no los otros dos elementos de la responsabilidad por falla del servicio; así las cosas, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, como quiera que no están acreditados los presupuestos legales y jurisprudenciales previstos para tal fin.

⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Sentencia fechada doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012) bajo la Radicación número: 760012325000199801471101(25426).

Proceso: 76001 33 33 006 2014 00460 00
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Franklin Stivens Solís Ordoñez
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y otro

CUESTIÓN FINAL

Advierte el Despacho a folio 338 del cuaderno principal memorial suscrito por el apoderado judicial del INPEC, Dr. Rubén Darío González Sánchez a través del cual informa que renuncia al poder que en su oportunidad había sido conferido por dicha entidad demandada.

Frente a ello, debe recordarse que el artículo 76 del Código General del Proceso, indica que *“la renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”*.

Al tenor de lo dispuesto en la norma citada y como quiera que no se encuentra acreditado en el plenario que el apoderado de la entidad demandado hubiere comunicado al citado ente territorial la renuncia al poder conferido, la misma no es procedente y por ello la misma no será tramitada.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, se condenará a la parte demandante al pago de costas a favor de la entidad demandada, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquidense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Sin más consideraciones, el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora y a favor de la parte demandada.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

CUARTO: ABSTENERSE de tramitar la solicitud de renuncia de poder elevada por el apoderado judicial de la parte demandada INPEC, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ZULAY CAMACHO CALERO
Juez