Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: ***Jorge Eduardo Cala Martínez y otros***
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC
*Expediente: 15001-3333-005-**2015- 00056**-02*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la ***parte demandante*** *(fl. 964 a 977), contra la sentencia de primera instancia proferida el 31 de julio de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada, a través de apoderado judicial, por Jorge Eduardo Cala Martínez, Flor Alba Martínez de Cala, Ana Isabel Cala Martínez, Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez y María Eugenia García Aguirre contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.*

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (fl. 4 a 45 y 314 a 317 c1). *En ejercicio del medio de control de reparación directa, mediante apoderado judicial, la parte actora solicitó:*

> *"**PRIMERA:** Que la Nación Colombiana **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC** representado Legalmente por el señor Director Mayor General **GUSTAVO ADOLFO RICAURTE TAPIA**, cancele a favor de mis poderdantes (...), la totalidad (Sic) los daños y perjuicios morales, materiales y fisiológicos que causó y continua causándole a mis mandantes tanto individualmente como familia ocasionados por la negligencia por falta de atención y tratamiento médico que conllevó a que el señor **JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ** presentara ceguera definitiva en ambos ojos y pérdida muscular en los cuatro miembros, en razón de la omisión del centro de reclusión-Establecimiento Penitenciario y carcelario de Alta y Mediana Seguridad del COMBITA (Sic) y Penitenciaria EL BARNE en brindarle atención médica oportuna.*
>
> ***SEGUNDA:** Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación Colombiana **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC**, a reconocer y pagar a mis mandantes, a título de indemnización la totalidad de los daños y perjuicios tanto materiales como morales y fisiológicos (...)" (fl. 4 a 5) (Negrilla del texto original).*

A título de reparación, pidieron el pago a favor de cada uno de los integrantes de la familia: i) ***daño moral subjetivado*** *en la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 s.m.l.m.v); ii)* ***daño moral objetivado*** *en la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 s.m.l.m.v) y; iii)* ***perjuicios fisiológicos****, así:*

> *"1. Para* ***JORGE EDUARDO CALA MARTÍNEZ*** *en cantidad correspondiente a DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES.*
> *2. Se condene a la demandada a reconocer un salario mínimo mensual legal vigente durante la vida del señor Jorge Eduardo Cala Martínez correspondiente al salario mensual de una persona que vele por los cuidados personales que necesite como consecuencia de la ceguera definitiva.*
> *3. Se condene a la demandada a realizar cambios estructurales en la vivienda del señor Jorge Eduardo Cala Martínez para que este pueda desplazarse sin mayor impedimento.*
> *4. Se condene a la demandada a hacerse cargo de los gastos necesarios para que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez aprenda un oficio y pueda desempeñarse útilmente dentro de la sociedad."(fl.6) (Negrilla del original)*

Así mismo, solicitó i) como lucro cesante a favor del señor ***Jorge Eduardo Cala Martínez*** *el valor completo de la disminución de su trabajo. Indicó que, si no es posible la concreción matemática de este perjuicio, se fije en no menos de mil seiscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (1600 s.m.l.m.v); y ii) el pago de los honorarios del abogado, equivalentes al 20% del valor de la condena.*

Como fundamentos fácticos relevantes, se lee en la demanda lo siguiente:

- ✓ *El señor Jorge Eduardo Cala Martínez fue capturado el 02 de octubre de 2008 por la Policia Judicial del DAS en el Municipio de Funza por el delito de homicidio quien, según la demanda, "ingresó en buen estado de salud" (fl. 7) al establecimiento penitenciario.*
- ✓ *El 23 de octubre de 2008, el señor Cala Martínez presentó "un ardor en los ojos" (fl.7), razón por la cual solicitó una valoración con el médico del establecimiento penitenciario, quien decidió remitirlo al optómetra. Concepto reiterado en consultas posteriores, el 13 y 20 de noviembre de ese año.*
- ✓ *Toda vez que no se había emitido la autorización requerida para la valoración del optómetra, el demandante presentó derechos de peticiones ante la Coordinación de Sanidad del INPEC, en múltiples oportunidades.*
- ✓ *El 05 de junio de 2009, promovió acción de tutela en contra del INPEC para obtener protección a sus derechos a la igualdad, salud y seguridad social.*

- ✓ *Mediante sentencia de tutela, se ordenó a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita y a la oficina de Coordinación de Sanidad que, en el término de 48 horas, efectuaran todos los trámites, procedimientos y diligencias tendientes a garantizar la atención médica especializada.*
- ✓ *Ante el incumplimiento del fallo de tutela, el 02 de diciembre de 2009 el accionante presentó desacato.*
- ✓ *El 12 de mayo de 2010, esto es, dieciocho meses después de la remisión del señor Cala Martínez al especialista, fue valorado por oftalmología y remitido con carácter urgente al médico neurólogo.*
- ✓ *El neurólogo Jorge Hernández, le ordenó diversos exámenes para poder diagnosticar la enfermedad que padecía el señor Cala, entre estos, una resonancia magnética.*
- ✓ *Comoquiera que el INPEC no autorizó el examen referido, el demandante presentó varios derechos de petición ante la Coordinación de Sanidad del Establecimiento Penitenciario, Caprecom, la Secretaria de Salud de Boyacá, así como el Juzgado de Ejecución de Penas, con el objeto de obtener tratamiento.*
- ✓ *El señor Cala Martínez empezó a presentar síntomas de ceguera.*
- ✓ *El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, el 19 de noviembre de 2010, requirió a la Coordinación de Sanidad del INPEC el trámite urgente de la valoración con el Oftalmólogo del interno.*
- ✓ *El 24 de diciembre de 2010, le fue realizada una resonancia cerebral en la que le diagnosticaron Esclerosis Múltiple y, fue remitido de manera urgente al Neurólogo.*
- ✓ *El 30 de marzo de 2011, el interno envió derecho de petición a la Procuraduría General de la Nación en asuntos penales, con el fin de poner en conocimiento las irregularidades en la prestación de servicios de salud y solicitar su intermediación en el cambio de pena de intramuros a domiciliaria.*
- ✓ *El 17 de marzo 2011 el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, nuevamente ordenó al INPEC realizar una valoración por neurología y por medicina legal.*
- ✓ *El 29 de diciembre de 2011, la Coordinación de Sanidad del INPEC autorizó el suministro del primer medicamento para contrarrestar los síntomas de la enfermedad padecida por el interno, no obstante, para esa fecha, ya presentaba pérdida de su capacidad visual.*
- ✓ *El medicamento suministrado causó fuertes dolores en sus articulaciones, fiebre muy alta y escalofríos.*

- ✓ *El 24 de abril de 2012, el médico oftalmólogo Juan Baquero del Hospital San Rafael, le diagnosticó al señor Cala Martínez "ATROXIA OPTICA BILATERAL ZOTAL Y ESCLEROSIS MULTIPLE Agudeza visual ojo derecho: percibe luz, ojo izquierdo ciego, certifica que presenta ceguera en ambos ojos y no existe posibilidad de recuperación visual." (fls 16-17).*
- ✓ *Al momento de adquirir la enfermedad, el demandante tenía 41 años de edad y, trabajaba como ayudante de construcción y contratista en cultivos de flores en el Municipio de Funza Cundinamarca.*
- ✓ *El demandante devengaba un salario mínimo básico mensual de $ 460.000 para el año 2008.*
- ✓ *La familia del demandante está conformada por su señora madre, Flor Alba Martínez, y sus hermanos Ana Isabel, Eulalia y Julio Roberto Cala Martínez. Así mismo, sostuvo que, desde hace 13 años, tiene una unión marital de hecho con la señora María Eugenia García Aguirre y, contribuía con la suma de $ 200.000 mensuales para los gastos y la crianza de sus tres hijos.*
- ✓ *El día 21 de febrero de 2013, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en Descongestión de Tunja, le concedió al señor Cala prisión domiciliaria por grave enfermedad.*

Sostuvo que la enfermedad del demandante se desarrolló progresivamente como causa de la tardanza en la atención médica atribuida al INPEC. Al respecto, precisó:

> *"... el interno señor JORGE CALA MARTÍNEZ demandaba una atención y manejo adecuado y en el que además se evidenció debía ser especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho..." (fl.18)*

1.2. Reforma de la demanda (fl. 356 a 376): *En el término legal, la parte demandante presentó reforma de la demanda.*

Agregó fundamentos fácticos tendientes a describir de manera más detallada las circunstancias que en su criterio, dieron lugar a la ocurrencia del daño reclamado, esto, sin variar sustancialmente lo expuesto en el libelo introductorio.

En cuanto al acápite de pretensiones, pidió que se declare administrativamente responsable a la Nación Colombiana-Ministerio de Justicia y del Derecho-Instituto Nacional y Penitenciario y Carcelario-INPEC por los perjuicios ocasionados al actor.

Asimismo, modificó lo pedido a título de restablecimiento del derecho[1], y precisó que en el caso concreto se presentó falla en el servicio, representada en la omisión en la

---

[1] *"(...) TERCERA:*

A.- POR PERJUICIOS MORALES:

1.1 Al señor JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ en su condición de víctima por la falta de atención que conllevó a la pérdida de su visión y afectación de su vida de relación, la suma equivalente a TRESCIENTOS (300) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.2 Al señor JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ en su condición de victima por el daño a la salud, que conllevo a la ceguera y afectación en su miembros-extremidades la suma equivalente a CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.3 A la señora MARIA EUGENIA GARCIA AGUIRRE en su condición de compañera permanente de la victima, por el padecimiento sicológico de ver a su compañero en estado de ceguera y sin poder moverse sin un acompañante, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES

1.4- A la señora FLOR ALBA MARTINEZ DE CALA en su condición de madre de la victima, por el padecimiento sicológico de ver a su hijo en el estado en que se encuentra producto de su ceguera, la suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.5 A la señora ANA ISABEL CALA MARTINEZ en su condición de hermana victima, por el padecimiento sicológico de ver a su hermano en el estado en que se encuentra producto de su ceguera, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.6 A la señora EULALIA CALA MARTINEZ en su condición de hermana victima, por el padecimiento sicológico de ver a su hermano en el estado en que se encuentra producto de su ceguera la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

1.7 Al señor JULIO ROBERTO CALA MARTINEZ en su condición de hermano de victima, por el padecimiento sicológico de ver a su hermano en el estado en que se encuentra producto de su ceguera, la suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.
(...)

B- POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES

(...)

El promedio de ingreso del señor JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ, era de $ 640.000, antes de su captura y cuando se encontraba en optimas condiciones de salud, y en la actualidad tiene 44 años, que en una persona en buen estado de salud podrá desarrollar su capacidad de trabajar, circunstancia en la que el señor CALA no podrá trabajar debido a su incapacidad laboral.

(...)

1. Un salario mensual de por vida para Jorge Eduardo Cala Martínez por su incapacidad permanente que le impide trabajar. 2. Un salario mensual de por vida incluyendo prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social para una persona que se encargue del cuidado personal (alimentación, vestido aseo, traslado).
3. Un salario mensual de por vida incluyendo prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social para el pago de una enfermera que lo atienda y vele por los cuidados en la salud el señor Jorge Eduardo Cala Martínez.

que incurrió el establecimiento penitenciario en brindarle atención médica oportuna al demandante.

La reforma de la demanda fue admitida mediante auto de 26 de mayo de 2016 (fl. 381).

1.3. Integración del litisconsorcio

Mediante auto proferido en audiencia inicial llevada a cabo el 10 de agosto de 2016, el a-quo ordenó la vinculación de CAPRECOM EICE en liquidación (CD. fl. 679).

Lo anterior, de conformidad con los hechos de la demanda que le imputan la ceguera sufrida por el señor Cala, a la falta de atención médica oportuna, y el contrato de prestación de servicios intramural visible a folios 638 de 647.

1.4. Contestación de la demanda. *Dentro del término legal, la demandada y la vinculada, a través de apoderados judiciales, se opusieron a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:*

1.4.1. INPEC (fls. 384 a 401): *Dijo que con el examen de ingreso al establecimiento penitenciario, se encuentra acreditado que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez padecía un "trastorno visual" (fl.391).*

Argumentó que la EPS CAPRECOM, como Entidad Promotora de Salud del régimen subsidiado, era la encargada de prestar los servicios de salud que requería el señor Cala Martínez como recluso del INPEC.

Que, la EPS contaba con los profesionales médicos idóneos para diagnosticar y atender las enfermedades, así como para formular los medicamentos a través de los Departamentos de Sanidad de cada centro de reclusión y seguir los tratamientos

---

4. La suma de $ 40.000.000 correspondiente a los gastos de adecuación de la vivienda del señor Jorge Eduardo Cala Martínez para que se pueda desplazar ya que el inmueble en el que habita actualmente no cumple con las condiciones necesarias.

(...)

CUARTA: Que la Nación Colombiana INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC representado Legalmente por el señor Director Mayor General GUSTAVO ADOLFO RICAURTE TAPIA, cancelen los honorarios profesionales a favor del suscrito de la presente Sentencia Judicial, equivalente al 30% del valor a cancelar (...)" (Fls. 357 y 358).

médicos. Y, que quien determina si los pacientes debían ser remitidos a los especialistas era la EPS.

En consecuencia, solicitó la nulidad de todo lo actuado desde el auto que admitió la demanda, inclusive, por la falta de conformación del litisconsorcio necesario, pues no se llamó al juicio a Caprecom EPS – CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN, que, en su criterio, es la responsable del estado de salud del señor Jorge Eduardo Cala Martínez.

Propuso como excepciones las de caducidad del medio de control, inexistencia del nexo causal de responsabilidad y falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.4.2. Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM, hoy CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN (fl. 703 a 721). *Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:*

Adujo que el personal médico que atendió al demandante en todas las oportunidades no es adscrito a la entidad, ni fue contratado por ésta.

Que, al revisar las autorizaciones, se evidencia que la Entidad Promotora de Salud cumplió con su deber, pues todas las solicitudes fueron autorizadas. Así, el servicio prestado por la EPS fue adecuado, óptimo y diligente.

En su criterio, en el caso concreto no se presentó falla médica, daño, nexo causal ni imputabilidad, elementos requeridos para endilgar responsabilidad a la entidad.

Manifestó que, del análisis conjunto de los medios de prueba, se advierte que al demandante se le brindó la atención médica especializada que requería, pues justamente en virtud de la urgencia del caso, las autorizaciones fueron expedidas de manera inmediata para los centros hospitalarios que contaban con el personal y los recursos requeridos.

Propuso como excepciones las siguientes:

- ✓ ***La falta de legitimación en la causa por pasiva:*** *Mediante el Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EPS- hoy CAPRECOM EICE en liquidación. Por lo tanto, no es procedente condenar a una entidad que desapareció de la vida jurídica.*

- ✓ ***Inexistencia del nexo causal:*** *En el presente caso, no se probó ni siquiera con prueba indiciaria que la entidad causó el daño al demandante.*
- ✓ ***Falta de aptitud probatoria****, por ausencia de pruebas.*
- ✓ ***Excepción innominada***

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 949 a 962)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida el 31 de julio de 2017, negando las pretensiones de la demanda.

Contrajo el problema jurídico a determinar si el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y CAPRECOM IECE EN LIQUIDACIÓN, son responsables extracontractual, administrativa y patrimonialmente de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la presunta omisión de brindarle atención médica oportuna al señor Jorge Eduardo Cala Martínez.

En primer término, realizó un análisis del marco constitucional y legal de la responsabilidad del Estado, para señalar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 90, estableció la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Examinó la responsabilidad estatal por prestación del servicio de salud a personas privadas de la libertad y, para el efecto, citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014 con ponencia del Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourth, número interno 28832. Sobre el particular, concluyó:

> *" (...) 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 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 indemnización se demanda es el resultado de la vulneración de derechos que de ningún modo puedan entenderse limitados (...). 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. (...) 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 le sea necesario demostrar la existencia de la falla en el servicio para comprometer la responsabilidad del Estado (...)" (Resaltado del texto original) (fl. 957 a 958)*

A continuación, estudió la configuración de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso concreto.

En su criterio, se encuentra probado que i) el demandante padece de atrofia óptica que progresó hasta generar ceguera total, cuyo diagnóstico ocurrió en el INPEC; ii) el señor Jorge Eduardo Cala Martínez estuvo a disposición del INPEC desde el 03 de octubre de 2008; iii) el demandante presentaba problemas de visión antes de ingresar al Centro Penitenciario; iv) se llevaron a cabo los procedimientos necesarios para determinar el diagnóstico y tratamiento del interno, pese a no ser concluyentes, comoquiera que si bien, podía tratarse de esclerosis múltiple, también se consideró Vasculitis por Sífilis; y v) desde el año 2010 se le practicaron al demandante exámenes para descartar la presencia de Sífilis, cuyos resultados fueron positivos.

Consideró que si bien, hubo retrasos en la atención médica por parte del INPEC, no es posible atribuir el hecho dañoso de haber perdido la visión y la fuerza en las cuatro extremidades a dichas demoras, pues, los padecimientos tuvieron origen antes de ingresar al penal, pero por su naturaleza progresiva, se exteriorizaron allí. Sobre el particular agregó:

> *"Para el Despacho es claro que las consecuencias dañosas padecidas por los demandantes no tuvieron origen causal en la atención que se le dispensó al señor Jorge Eduardo Cala por parte del INPEC y CAPRECOM EPS, sino que se debieron a las especiales circunstancias de la naturaleza de las patologías de Esclerosis Múltiple y Vasculitis por Sífilis que estaba padeciendo el mencionado paciente, razón por la cual no es posible atribuir responsabilidad a las entidades demandadas. Esto, en virtud a que no está demostrada una falla en el servicio imputable al INPEC y CAPRECOM EPS, y teniendo en cuenta además, que la pérdida de la visión del señor Jorge Eduardo Cala tuvo origen causal en el carácter degenerativo del Esclerosis Múltiple y Vasculitis por Sífilis por él padecido."(Fl. 961)*

En conclusión, el a-quo consideró que no existían elementos probatorios suficientes que permitieran determinar la relación entre la existencia del daño y las actuaciones de los demandados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación (fl. 964 a 977).

Difiere de lo expuesto por el a-quo por cuanto, en su criterio se encuentra acreditada la existencia del daño sufrido por Jorge Eduardo Cala Martínez y la relación de causalidad del mismo con la negligencia de las demandadas.

Para el demandante, el título de imputación es la falla en el servicio.

Dijo, que corresponde al INPEC acreditar que realizó de manera oportuna y sin dilaciones injustificadas las actuaciones necesarias para salvaguardar los derechos que le asisten al recluso y garantizar su salud en condiciones óptimas.

Que con el actuar negligente de las entidades demandadas, quedó demostrado que el señor Cala Martínez perdió la oportunidad de lograr una mejoría, al menos parcial en su estado de salud.

Sostuvo, que si bien, se acreditó que el demandante ingresó con problemas de visión al centro penitenciario, ello no permite concluir que su estado era de ceguera.

Realizó un recuento de los hechos relevantes del caso concreto, e indicó que en la sentencia apelada no se analizaron las pruebas recaudadas.

Sobre el nexo de causalidad reiteró que se encuentra acreditado, pues las entidades llamadas a juicio eran las encargadas de velar por la salud del demandante de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 65 de 1993.

Asimismo, destacó que se le formuló un tratamiento farmacéutico sin contar con un diagnóstico final y que, a la fecha, por falta de reunión de la junta médica, tampoco sabe con certeza la causa de su padecimiento, lo que en su criterio demuestra la negligencia.

Que no es cierto que haya recibido tratamiento para la sífilis y que nunca se realizó un examen para determinar la causa de la pérdida paulatina de la fuerza muscular.

Destacó en varias oportunidades que a la fecha el demandante no recibe tratamiento alguno, porque no ha sido determinada la causa de sus padecimientos.

Por último, solicitó condenar en costas a la parte demandada.

IV. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión recurso apelación (fl. 986)

Mediante auto de 2 de octubre de 2017, se resolvió admitir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra sentencia de 31 de julio de 2017.

4.2. Traslado alegatos de conclusión (fl. 989)

En firme el proveído que admitió el recurso de apelación y, sin que se hubiese presentado solicitud probatoria alguna, mediante auto de 13 de octubre de 2017, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y, correr traslado a las partes para alegar de conclusión:

***4.2.1. Parte demandante (fl. 991 a 1014):** Reiteró los argumentos de la demanda y del recurso de apelación.*

Citó la sentencia del Consejo de Estado proferida el 10 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Doctor Hernán Andrade Rincón, dentro del proceso con numero interno 37040, actor Jairo Alberto Pérez y otros, demandada INPEC, para señalar que en los casos en los que se imponen medidas de privación de la libertad a las personas, el Estado asume frente a ellas obligaciones de custodia y vigilancia, con ocasión de las condiciones de sujeción en que se encuentran.

Así pues, en su criterio, el régimen de responsabilidad que opera es el objetivo, pues independientemente de la conducta de la entidad demandada, por el solo hecho que la persona privada de la libertad sufra un daño, el Estado estará en la obligación de reparar, y no podrá eximirse de responsabilidad bajo el argumento de cumplir sus obligaciones y no haber incurrido en falla en el servicio. Y, solo se podrá desvirtuar la responsabilidad mediante la acreditación de una causa extraña.

No obstante, al tratar en el título V la imputación manifestó que "(...) hay que advertir que en casos como el presente en donde lo que se discute es la responsabilidad del Estado originada por daños sufridos por el demandante, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, dicha Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicables es el de la falla del servicio, toda vez que tal servicio debe ***prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la***

prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación" *(Resaltado del texto original) (fl. 1006).*

Señaló que los testimonios de Julio Roberto Hernández Becerra, Zayda Esperanza Saavedra Díaz y Zoraida Ávila Castañeda, relatan el estado en que se encuentra el demandante, los síntomas de la enfermedad que lo aqueja, los cuidados que deben asumir sus familiares con ocasión a ella y la falta de provisión de medicamentos.

Agregó que la vasculitis por sífilis no genera como secuela la perdida de la visión, y que no se logró acreditar por parte del INPEC, que el demandante antes de captura sufriese enfermedad alguna, de allí que, en su criterio, los juicios emitidos por el a quo se estructuraron a partir de supuestos de hecho sin confirmar.

Que no se tuvo en cuenta el tiempo que transcurrió para que el demandante fuera valorado por los especialistas.

Sostuvo que la enfermedad que hace que el demandante pierda progresivamente la visión no ha sido aún diagnosticada, razón por la cual sigue avanzando y afecta su integridad física.

Y, que se encuentran presentes todos los elementos de la responsabilidad.

4.2.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC (fl. 1023 a 1026). *Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.*

4.2.3. Caja de Previsión de Comunicaciones CAPRECOM, hoy CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN. *No se pronunció*

4.2.4. Ministerio Público. *No se pronunció.*

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la ***parte demandante*** *contra la sentencia proferida por el 31 de julio de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja.*

Los aspectos que motivan la apelación contra la sentencia se contraen, en síntesis, a determinar si el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC- y CAPRECOM EICE en Liquidación incurrieron en responsabilidad por la pérdida total de la visión, así como

de la fuerza muscular del señor Jorge Eduardo Cala Martínez, mientras se encontraba cumpliendo una pena privativa de la libertad.

5.1. Cuestión previa: de la solicitud probatoria

El apoderado de la parte demandante, en el escrito de alegatos de conclusión, luego de referirse a la prueba pericial decretada en primera instancia consistente en el examen médico legal para que se determinara la evolución y el estado actual de la enfermedad padecida por Jorge Eduardo Cala, así como la afectación psicológica de sus familiares a causa de ésta, indicó que "De las pruebas decretadas y no practicadas en primera instancia sírvase Honorable Magistrada Proveer" (fl. 1014).

A pesar que la redacción no otorga claridad sobre la intención del apoderado del demandante, entiende la Sala que se trata de una solicitud probatoria.

El artículo 212 del CPACA, prevé que cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas en segunda instancia ***en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso.***

En efecto, el legislador al establecer de forma clara las oportunidades procesales para solicitar, decretar y practicar las pruebas, reconoció su importancia como el instrumento para la realización del derecho sustancial en el marco del debido proceso[2] y la seguridad jurídica[3], así como garantía de certeza sobre el momento en el cual ocurre la preclusión de las actuaciones que pueden ser controvertidas.

La prueba como medio de convicción se rige por el principio de ***auto responsabilidad****, contemplado en el artículo 167 del CGP[4], en virtud del cual, a las*

---

[2] Artículo 29 de la Constitución Política.
[3] La Corte Constitucional, ha considerado que el principio de la seguridad jurídica ostenta un rango constitucional, derivado de su preámbulo y de los artículos 1, 2, 4 y 6. Sobre el particular, ver entre otras: Sentencia C-250 de 2012 con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto
[4] Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.
Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.
Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

partes les corresponde acreditar los hechos alegados. De suerte que, su carga "se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable..."[5].

Entonces, los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, tienen el deber de solicitar las pruebas en los términos y las oportunidades establecidas en la ley, so pena que el juzgador, no las pueda valorar en el momento de proferir sentencia.

Ello, es consecuencia directa de la ***preclusión de los actos procesales****, que implica la clausura definitiva de las actividades que legalmente se pueden llevar a cabo en cada etapa. De esta forma, se realizan los derechos a la igualdad, contradicción, y se otorga certeza sobre el momento en que se consolida una situación jurídica*[6].

Sobre los medios de convicción allegados en una etapa diferente a la establecida en el estatuto procesal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, en sentencia proferida dentro del proceso número 68001-23-15-000-1999-00921-01(31318), promovido por Maricela Barajas Mayorga y otros contra el Municipio de Floridablanca y otro, el 12 de febrero de 2015, sostuvo:

> *"Respecto de casos similares, la Sala ha considerado:*
>
> *"(...)* ***Como se observa, los aludidos documentos fueron aportados después de agotarse la etapa procesal prevista para el efecto, supuesto bajo el cual los referidos documentos no pueden ser objeto de apreciación judicial, de conformidad con el principio de preclusión que inspira los actos procesales***[7]*"*
> [8]*(Se destaca).*
>
> *También ha expresado la Sala:*

---

[5] *Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. 22 de julio de 2009. Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552). Actor: ALBERTO VERGARA MELLADO. Demandado: MUNICIPIO DE VALENCIA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL*

[6] *La Corte Constitucional, en sentencia T-213 de 2008, con ponencia del doctor Jaime Araújo Rentería, abordó el estudio sobre las normas procesales y se refirió al principio de preclusión procesal.*

[7] *Artículo 118 C. de P. C.-. Perentoriedad de los términos y etapas procesales. Los términos y oportunidades señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. (Subrayas fuera del texto).*
Artículo 184 C. de P. C.-. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1° num. 90. Oportunidad adicional para la práctica de pruebas a instancia de parte y preclusión. Si se han dejado de practicar sin culpa de las partes que las pidió, el término señalado para tal efecto se ampliará a petición de aquella, hasta por otro igual que se contará a partir de la notificación del auto que así lo disponga. Vencido el término probatorio o el adicional en su caso, precluirá la oportunidad para practicar pruebas y el juez deberá, so pena de incurrir en falta disciplinaria respectiva, disponer sin tardanza el trámite que corresponda.

[8] *Sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 17.120; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

"Por otra parte y frente a la solicitud elevada por la parte actora en cuanto a que se revoque fallo apelado en el sentido de que se tenga como demandantes a los señores Zoraida Esther Alvarado Manuel, Alma Samper, Lisbeth Cecilia Cuéllar López, Álvaro Apolinar Alvarado Cuéllar, Juan Carlos Alvarado Narváez y Thalía Alvarado Narváez, la Sala considera importante precisar que si bien con el recurso de apelación se allegaron unos registros civiles de nacimiento y el poder para actuar de dichas personas, ***lo cierto es que tales documentos no pueden acogerse en esta instancia por cuanto, el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia se rige por lo previsto en el artículo 214 del C.C.A., por consiguiente tanto sólo en la medida en que el medio de prueba se ajuste a alguno de los supuestos contemplados en dicha disposición, como a aquellos presupuestos generales y especiales según el medio probatorio correspondiente, podrá accederse a su decreto en esta instancia****; (...)*

De conformidad con lo anterior, la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia con fundamento en el artículo 214 del C.C.A., se circunscribe exclusivamente a aquellos eventos en los cuales no hubiere sido posible su incorporación al proceso por circunstancias ajenas a la actuación o culpa de la parte interesada, ora porque decretadas en primera instancia se hubieren dejado de practicar sin culpa de quien las solicitó o porque versen sobre hechos nuevos ocurridos con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, lo cual impide, por obvias razones, que hubieren sido aportadas o pedidas en esa oportunidad o, tratándose de prueba documental, no hubieren podido aducirse en la instancia anterior por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

(...)

A lo anterior se añade que el aporte de dichos documentos además de ser extemporáneo y de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 214 del C.C.A., ***tuvieron como objeto suplir su propia negligencia en el sentido de que no se acreditó la legitimación en la causa por activa respecto de algunos de los actores y, por lo tanto, se pretende ahora, vía recurso de apelación, demostrarla****"*[9] *(Se destaca).*

Las anteriores consideraciones resultan predicables respecto de este caso, pues los documentos aportados de manera extemporánea por la parte demandante, como ya se dijo, ya existían para la fecha de presentación de la demanda y, por elemental razón, para el día en que venció el término para pedir pruebas en sede de primera instancia; tampoco fueron decretados como pruebas en el auto de fecha 24 de mayo de 2002 (fl. 41 c 1); a través de la documentación allegada no se pretende demostrar hechos nuevos, acaecidos después de la oportunidad procesal para pedir pruebas, pues se reitera que se trata de información que ya existía para la fecha de interposición de la demanda; es más, los documentos existían incluso antes de la ocurrencia del hecho dañoso, dado que fueron producidos en los años 1992, 1994, 1996 y 1997. De igual forma, la parte actora no adujo motivo alguno de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria que le hubiere imposibilitado allegar tales documentos en forma oportuna.

(...)

En línea con lo expuesto, la Subsección ha sostenido:

"Pues bien, como lo ha considerado la Sección Tercera de la Corporación, la finalidad del recurso de apelación consiste precisamente en que el superior revise o examine los argumentos que le sirvieron de fundamento al juez de primera instancia para proferir la decisión que ahora se pretende revocar por vía de ese medio de impugnación ***y, claro está, las pruebas que tuvo a su***

[9] *Sentencia de 26 de noviembre de 2014, exp. 27.369, acumulado con el exp. 27.037.*

***disposición en primera instancia para efectos de adoptar su decisión**; el margen del recurso de alzada se circunscribe al examen de los motivos en los cuales el operador judicial a-quo **fundó su providencia, con base en la comunidad probatoria que pertenecía al expediente al momento en el cual se adoptó la providencia materia de impugnación, porque una concepción en sentido distinto supone, sin dubitación alguna, la creación de etapas no previstas por el legislador para estos juicios y, de forma consecuencial, la alteración de las condiciones fácticas y jurídicas que el operador judicial a quo debió examinar y valorar al momento de proferir su decisión**.*

***De allí, pues, que aunque el legislador previó la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia dentro del trámite de la apelación de sentencias, lo cierto es que también determinó, de manera muy precisa y restringida, los eventos en los cuales ello puede accederse por parte del ad quem (art. 214 C.C.A. y art. 361 C. P.C.) y dentro de un término muy reducido, cuya inobservancia acarrea la preclusión de la oportunidad para tal solicitud probatoria** (dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación frente a la respectiva sentencia), aspecto éste que en lo que concierne al documento aportado el 3 de mayo de 2005, está llamado a predicarse dado que su aporte fue abiertamente extemporáneo, amén de que dicho escrito fue denegado como prueba en segunda instancia y esa decisión no fue controvertida.*

***Y es que si el juez de segunda instancia llegase, al momento de entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia, a valorar las pruebas aportadas por la parte recurrente con el recurso de apelación, el escenario probatorio sería distinto a aquel que encontró en su momento el Tribunal de primera instancia, porque sencillamente en el expediente obrarían otros medios probatorios mediante los cuales se trata, en sede del recurso de apelación, de controvertir la decisión impugnada, tal como lo pretende hacer en este caso la parte recurrente**.*

En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisamente al modificar la tesis que de otrora se venía sosteniendo en punto a la posibilidad de valorar nuevos documentos allegados con el recurso de apelación para desvirtuar así la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo a quo, consideró que

*"De acuerdo con lo dicho, surge la siguiente pregunta: **¿si se examina la prueba aportada en la segunda instancia por el ejecutante, se resolverá en sentido estricto el recurso de apelación dentro del contexto en que el Tribunal profirió el auto materia de alzada? La respuesta es sencilla: ¡NO! Y así lo es, porque como se dijo anteriormente, la finalidad del recurso de apelación consiste en que el superior determine si la decisión del a-quo se ajustó a derecho, ejercicio éste para cuyo propósito debe examinar los motivos de disentimiento expuestos por el recurrente, los cuales deben coincidir con el contexto fáctico y jurídico que revelaba el expediente en el momento en que se dictó la providencia.***

En consecuencia, si el recurso de apelación se resuelve analizando pruebas que no obraban en el expediente y cuya existencia, por obvias razones, desconocía el Tribunal, sería tanto como no resolver el recurso de apelación, de una parte, porque se decide frente a una situación respecto de la cual el Tribunal no se ha pronunciado, esto es, las pruebas que se aportaron en segunda instancia y, de otra, se estaría pretermitiendo la instancia, en el entendido de que quedaría en la incertidumbre lo que habría podido decidir el Tribunal en caso de que tales documentos hubieran hecho parte del acervo probatorio…

> ***Como se observa, el aporte y valoración de nuevas pruebas en segunda instancia, en estos casos específicos, conduce y puede conducir a la violación del debido proceso, en el entendido que se estaría modificando, con la inclusión de etapas no previstas por el legislador, el procedimiento ejecutivo. La misma conducta puede resultar violatoria del derecho de defensa, dado que se estaría facilitando, sin razón que lo justifique y en contra del ejecutado, el deber que tiene el ejecutante de demostrar con su demanda la existencia de la obligación que pretende reclamar por vía ejecutiva, todo ello sin la concurrencia del ejecutado[10]»[11]*** *(Se deja destacado en negrillas y en subrayas)." (Resaltado fuera de texto original).*

Si bien, la sentencia traída en cita alude al CCA, lo cierto es que resultan aplicables sus reglas al CPACA, porque su contenido es similar.

Como quedó expuesto, la única oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia, es durante el ***término de ejecutoria del auto que admite el recurso****; ni antes ni después. Este plazo es imperativo y debe ser observado por las partes so pena que su solicitud no sea despachada de forma favorable o que la prueba no sea valorada.*

Además de la oportunidad, el artículo 212 del CPACA también contempló como requisito para el decreto de pruebas en segunda instancia, que se haya presentado alguno de los siguientes casos:

1. *Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante, se requerirá su anuencia.*
2. *Cuando decretadas en primera instancia,* ***se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.***
3. *Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.*
4. *Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
5. *Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.*

---

[10] *Providencia de enero 24 de 2007, exp. 29.390. Actor: Sociedad Profesionales Asociados Ltda., reiterada en proveído de 3 de diciembre de 2008; exp. 35.331.*
[11] *Sentencia de 17 de abril de 2013, exp. 26.114; M.P. Dr. Mauricio fajardo Gómez.*

En el sub-lite, el demandante se refirió a las pruebas en el escrito de alegaciones (fl. 1026), es decir de forma extemporánea.

Ya se ha dicho que las partes "soportan las consecuencias de su inactividad, de su descuido, inclusive de su equivocada actividad como probadoras. El juez tiene, innegablemente, la calidad de protagonista de la actividad probatoria, pero muy pocas veces conoce la realidad de las partes; de tal manera que si éstas no solicitan pruebas, no hacen lo posible para que se practiquen, solicitan algunas que resultan superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (...), sufren las consecuencias."[12].

Se agregará que, la solicitud probatoria tampoco cumple con las exigencias para que se acceda por las razones que pasan a exponerse.

Por petición de la parte demandante, en la audiencia inicial se decretaron como pruebas las siguientes:

> *"Se decretan las pruebas periciales solicitadas por la parte demandante a folios 373 y 374 del expediente, conforme lo establece el inciso 2° el artículo 212 del CPACA, en tal sentido:*
>
> *Mediante oficio, requiérase al Instituto Nacional de Medicina Legal para que conforme a lo establecido en el artículo 234 del CGP, practique los siguientes dictámenes:*
>
> ***1.** Examen médico legal al señor Jorge Eduardo Cala Martínez, en el cual determine la evolución y estado actual de la enfermedad que sufre el demandante, examen para el cual deberá la entidad fijar fecha y hora.*
>
> ***2.** Se designe un psicólogo para que realice una valoración de la afectación moral y sicológica de los demandantes derivada de la invalidez sufrida por el señor Jorge Eduardo Cala Martínez. (...)" (Cd. fl. 767 Minutos 00:20:00 y ss).*

Para tramitar esta prueba se remitió oficio al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 773), entidad que solicitó la presencia de Jorge Eduardo Cala Martínez (fl. 774), así como copia de las historia clínica completa, entre otros documentos (fl. 776).

El 7 de marzo de 2017, el Juzgado requirió al Director del Instituto Nacional de Medicina Legal para que remitiera los dictámenes periciales ordenados (fl. 798). El 11 de abril siguiente, la entidad contestó que de acuerdo con sus procedimientos, una

---

[12] *Jairo Parra Quijano. Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado. Decimocuarta edición, 2011. Librería Ediciones del Profesional LTDA. pág. 5-6.*

vez se allegara toda la documentación requerida se asignaría fecha para la valoración (fl. 859). Los documentos fueron aportados por la parte interesada (fl. 786 y 886).

No obstante, ante la imposibilidad de recaudar esta prueba, en audiencia a cabo el 4 de mayo de 2017, el a-quo realizó el siguiente requerimiento:

> *"Requiérase a los apoderados de las partes para que dentro del término dispuesto para la continuación de la audiencia de pruebas dentro del proceso de la referencia, adelanten trámites necesarios para la consecución de las pruebas que aún no han podido ser recaudadas dentro del proceso de la referencia.*
>
> *Igualmente, en razón a lo señalado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que la asignación de una cita es de ocho meses, encuentra el despacho desproporcionado mantener el proceso en el periodo probatorio tanto tiempo, por lo que se insta a los apoderados para que, utilice otro mecanismo o entidad para la práctica del dictamen decretado, como puede ser un dictamen pericial de parte elaborado por una entidad o profesional especializado privado. Esto en virtud del tiempo que tardaría Medicina Legal en practicar el dictamen, estimado en 8 meses, circunstancia que vulnera principios de economía y celeridad procesal, toda vez que supera ampliamente el término probatorio establecido en el artículo 181 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra un término máximo de 40 días para llevar a cabo la audiencia de pruebas.*
>
> *En atención a que se trata de un dictamen pericial que conlleva cierta complejidad por el trámite que se exige ante Medicina Legal y con el propósito de ampliarle la oportunidad a las partes para practicar la prueba pericial, el despacho de manera excepcional conforme a lo establecido en el artículo 181 numeral 2 del CPACA suspenderá por segunda vez la audiencia de pruebas, advirtiéndoles a los interesados que la última oportunidad para incorporar pruebas, será en la próxima fecha que se fije para la continuación de la audiencia y de no allegarse el dictamen solicitado para entonces, en esas condiciones se declarará cerrada la etapa probatoria." (Minutos 00:21:21 a 00:23:34 Cd. fl. 891).*

En cumplimiento de lo anterior, la parte interesada, allegó dictamen psicológico de los demandantes (fl. 894 a 899), respecto del cual, se llevó a cabo la contradicción en audiencia llevada a cabo el 13 de junio de 2017 (cd. fl. 912).

Sin embargo, encontrándose el proceso al Despacho para proferir ***sentencia de segunda instancia****, el apoderado de la parte demandante allegó el informe pericial de psiquiatría forense del Instituto de Medicina Legal (fl. 1028 a 1073). No obstante, como la oportunidad precluyó cuando el a-quo cerró la etapa probatoria, este dictamen carece de fuerza probatoria y no podrá ser valorado en esta instancia, máxime cuando no se cumplió con su contradicción de conformidad con el artículo 220 del CPACA.*

Ahora, en relación con la valoración del señor Jorge Eduardo Cala Martínez para determinar la evolución así como el estado actual de la enfermedad que padece, en auto proferido en audiencia de pruebas, el a-quo ante la imposibilidad de practicar esta prueba, declaró cerrada la etapa probatoria, y corrió traslado para alegar de conclusión, decisión que fue notificada en estrados ***sin que la parte demandante presentara recurso alguno*** *(Minutos 00:50:03 a 00:51:40 Cd. fl. 912).*

Obsérvese que, en la falta de recaudo del medio de convicción, estuvo involucrada la parte actora, en tanto el a-quo, le otorgó la posibilidad de allegar una valoración realizada por otra entidad o perito, pero su conducta fue pasiva.

De manera que, no es procedente en segunda instancia, ordenar su práctica, al no cumplir con los requisitos de conformidad con el artículo 212 numeral 2.

5.2. Del régimen de responsabilidad

La jurisprudencia de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, de forma pacífica, ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a los reclusos, es el objetivo en atención a las ***relaciones especiales de sujeción*** *entre estas personas y el Estado, pues en virtud de la restricción de derechos que conlleva la pena privativa de la libertad,* ***quedan subordinados a su poder****. Sin embargo, de acuerdo con los principios inspiradores del Estado Social de Derecho, los derechos a la vida, integridad personal y dignidad humana, en ningún caso pueden ser suspendidos so pena que surja una responsabilidad estatal*[13]*.*

En contraste, se ha considerado que cuando se trata de daños antijurídicos relacionados con la ***prestación del servicio de salud por parte del INPEC****, el asunto debe examinarse bajo la óptica de una falla del servicio "toda vez que tal servicio debe "prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación"*[14]*."*[15]

Sobre el particular, la Subsección "C", con ponencia del Consejero Guillermo Sánchez Luque en sentencia proferida el 7 de marzo de 2016, en el proceso

---

[13] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "A". C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00218-01(27308). Actor: Rubén Rengifo Anacona. Demandado: INPEC*
[14] *Sentencia de agosto 10 de 2001, expediente: 12947, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*
[15] *C.P. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00479-01(22943). Actor: Silvia Inés Morales Rojas y otros. Demandado: INPEC*

radicado bajo el Nº 20001-23-31-000-2010-00566-01(46521) promovido contra el INPEC, expuso:

> *"El Estado debe responder patrimonialmente por los daños causados durante la detención, a menos que se acredite que estos son producto de una causa extraña, como la culpa exclusiva de la víctima*[16]*.*
>
> *En aquellos eventos en que se alegue el daño antijurídico deriva de la inobservancia de las obligaciones legales de protección y seguridad del recluso como las previstas en la Ley 65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario-, el caso debe estudiarse bajo un régimen subjetivo de falla del servicio*[17]*.*
>
> ***Finalmente, si se aduce que el daño sufrido por el recluso proviene de la prestación del servicio de salud, la responsabilidad debe analizarse bajo el régimen común para este tipo de eventos, esto es, falla del servicio***[18]***.*** *(...)" (Resaltado fuera de texto original).*

En sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, el 28 de agosto de 2014, con ponencia de Danilo Rojas Betancourth, al analizar un caso de responsabilidad del Estado originado por las condiciones de la detención que no garantizaban a la persona recluida las necesidades mínimas que requería su estado físico –paraplejía espástica-, aclaró que cuando se trata de la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, el régimen es el de falla en el servicio:

> *"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*[19]*, 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*[20]*.*
>
> *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*

---

[16] *Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 1997, Rad. 11.779 y sentencia del 2 de junio de 1994, Rad. 8.784.*
[17] *Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de diciembre de 1994, Rad. 9.057.*
[18] *Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de octubre de 1992, Rad. 7.058 y sentencia del 10 de agosto de 2001, Rad.12.947.*
[19] *En sentencia de la Subsección "A" de 8 de febrero de 2012, exp. 22943, C.P. Hernán Andrade Rincón se sostuvo que cuando lo que "se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio".*
[20] *Sobre el particular la Sección ha anotado que el INPEC, entidad a cargo de la cual se encuentra la dirección, administración y vigilancia de los centros de reclusión del orden nacional (artículo 16 de la Ley 65 de 1993), debe velar por la salud de los internos (artículo 104 de la Ley 65 de 1993) y, en ese sentido, garantizar la prestación del servicio médico "en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación", sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12947, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

> *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."*[21]

Y, la Subsección "A", el 17 de abril de 2013 con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez en el proceso radicado bajo el Nº en el proceso radicado bajo el Nº 25000-23-26-000-2002-01470-01(27328) promovido por Clemencia Elena Soto Uribe y otro, sostuvo que en estos casos, para determinar la responsabilidad es necesario acudir a las disposiciones normativas que le atribuyen al Estado la obligación de garantizar a la persona detenida la atención en salud bajo la égida de una falla en el servicio, pero que, el fallador cuenta con la potestad de elegir entre las diferentes regímenes que resulten más adecuados para el caso en concreto[22].

Teniendo en cuenta las características del caso que convoca la atención de la Sala, resulta diáfano que la responsabilidad de la parte pasiva, debe examinarse bajo la óptica de la falla en el servicio, tal como lo hizo el Juez de primera instancia.

5.3. De la delimitación del objeto de estudio

De conformidad con el libelo introductorio y el recurso de apelación, la responsabilidad que se le atribuye a las entidades demandadas se originó por la ***deficiente prestación del servicio de salud****, traducido en las* ***demoras en la atención por parte de especialistas*** *de las dolencias padecidas por Jorge Eduardo Cala, y* ***práctica de exámenes*** *ordenados, pues en criterio del demandante, "si hubiese sido atendido a tiempo los daños hubiesen sido menores" (fl. 362).*

De la interpretación integral de la demanda, infiere la Sala que el actor, como daño imputable a la deficiente prestación del servicio médico, se refirió a la ceguera y pérdida de fuerza muscular sufrida por Jorge Eduardo Cala Martínez, así como a la ***pérdida de la oportunidad de evitarlas****.*

A pesar de ello, el Juez de primera instancia, se limitó a determinar si existía el nexo causal entre las patologías sufridas por el recluso y la actuación de las entidades demandadas, omitiendo hacer un estudio de la pérdida de oportunidad. La Sección

---

[21] *Radicación N° 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832). Actor: Andreas Erich Sholten. Demandado: Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho-INPEC*
[22] *Para fundamentar esta tesis, citó la sentencia de 29 de abril de 2012 de la Sala Plena del Consejo Estado. Exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.*

Tercera del Consejo de Estado, ha establecido que es deber del juez estudiar de forma integral la demanda, para darle solución al caso en concreto:

> *"18.6. Así las cosas, corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la prohibición de alterar su causa petendi y la garantía del derecho de defensa de la contraparte[23], precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad."[24]*

Así entonces, a continuación la Sala abordará el estudio de la pérdida de oportunidad.

5.4. De la pérdida de oportunidad

La alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha llamado a responder patrimonialmente al INPEC por la ***pérdida de oportunidad de los reclusos en recuperar su salud*** *cuando se encuentra involucrada la deficiente prestación del servicio.*

La Subsección "A" de la Sección Tercera, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, ***en sentencia de 25 de agosto de 2011***[25]*, al estudiar en sede de segunda instancia un proceso iniciado contra el INPEC por la muerte de un recluso a quien no le fue prestada la atención en salud que requería, en tanto la entidad omitió realizar los trámites para la práctica de una cirugía, acudió a las reglas jurisprudenciales expuestas por la misma Sección en sentencia proferida el 11 de agosto de 2010 en el proceso radicado bajo el Nº 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)*[26]*, según las cuales la* ***pérdida de oportunidad*** *constituye una modalidad*

---

[23] *En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: "Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, deber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte"*

[24] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 5 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actor: Ángela María Gutiérrez Campiño y otros. Demandado: CAJANAL y otro*

[25] *Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718). Demandante: Carmen Elisa Forero y otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional y otro.*

[26] *C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Actor: PEDRO EMILIO VALENCIA Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA Y OTRO*

de daño autónomo como interés jurídico, que si bien, no se puede catalogar como un auténtico derecho subjetivo, faculta a la víctima para solicitar la reparación.

En este contexto, en criterio del Consejo de Estado, la pérdida de oportunidad, en modo alguno puede constituir un mecanismo que permita la declaración de responsabilidad del demandado ante la ausencia del nexo causal, toda vez que resulta imprescindible la prueba de la relación causal entre la acción u omisión de la administración y aquella -pérdida de oportunidad-; lo anterior en términos de probabilidad, pues se parte del hecho que no es posible determinar sin duda alguna que, si el Estado hubiere intervenido de forma correcta, el daño se evitaba.

Atendiendo estos argumentos, el Consejo de Estado en la referida sentencia de 25 de agosto de 2011, concluyó:

> *"Las circunstancias que rodean el presente caso tienen la virtualidad de ilustrar la dinámica de aplicación de la noción de pérdida de oportunidad como una modalidad de daño autónomo, cuya relación de causalidad con el hecho dañoso debe encontrarse plenamente acreditada, sin que constituya un sucedáneo de prueba respecto del aludido nexo causal en supuestos en los cuales se dificulta la demostración, en el proceso judicial, del referido ligamen.*
>
> *Pues bien, aunque es cierto que en este asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria que la actuación –o mejor– la omisión de la entidad demandada en disponer el traslado del interno a un centro asistencial antes de que su estado de salud empeorare y mucho menos de que la atención médica concedida por el centro penitenciario al recluso hubiere sido indebida o inadecuada y, por ende, que esos aspectos pudieren erigirse en la causa determinante del deceso del señor Parra Jiménez, no es menos cierto que dicha omisión excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público, puesto que no obstante que se trataba de un recluso, tal servicio debía tratar de <<prestarse en las mismas condiciones de calidad,* ***oportunidad y eficiencia*** *que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación>>*[27] *(se destaca).*
>
> *Y aunque tampoco existe certeza de que aún si la Administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima hubiere recuperado su salud, lo cierto es que si el centro carcelario hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al interno el chance o la oportunidad de recuperarse dentro del centro hospitalario respectivo.*
>
> ***Así las cosas, dado que la actuación de la entidad le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, porque no obstante que su propio personal médico advirtió la necesidad de practicarle una cirugía –cierre de colostomía– y que para ello contaban con la programación respectiva, lo cierto es que tal requerimiento no fue atendido en su debida oportunidad y cuando se remitió el paciente-recluso al centro hospitalario, éste no pudo recobrar su salud y falleció días después; por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del INPEC por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual sí tiene nexo directo con la actuación de dicha entidad."*** *(Resaltado fuera de texto original)*

[27] *Sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12.947; M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

En la misma línea de pensamiento, en sentencia proferida 8 de febrero de 2012 con ponencia de Hernán Andrade Rincón, se expuso:

> *"Así las cosas, resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar un alto grado de infección y necesitar una atención inmediata, el recluso no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, en consecuencia, la pérdida también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente.*
>
> *Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada "pérdida de oportunidad", frente a la cual la Corporación en providencia de 27 de abril de 2011[28] precisó lo siguiente:*
>
> *"En ese sentido, la probabilidad, la oportunidad, la chance, tendrían sustancia o entidad propia.*
>
> *La oportunidad está constituida por el beneficio que no se sabe si se produciría, precisamente por la interferencia que se produjo en el curso de los acontecimientos determinada por la conducta que se endilga al demandado. El beneficio no sólo reviste el carácter de ganancia o la posibilidad de conseguir algo que, en veces, puede estar constituido por la atenuación o la prevención de un mal. "....La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación de un sujeto.... ".[29]*
>
> *De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro[30] es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad.*
>
> *Lo anterior significa que el perjuicio cierto, indemnizable, consiste en la pérdida o frustración de la oportunidad de obtener el beneficio o evitar la mengua, el cual sin duda es distinto al perjuicio que se desprende del daño final padecido por el paciente. Como lo dice el profesor Francois Chabas "...cuando el paciente pierde, por ejemplo un chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte; es la eliminación del simple potencial de chances, la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca del perjuicio... ".*
>
> *Esa probabilidad que se frustró debe ser relativamente cierta, real. No se presenta la pérdida de oportunidad cuando existen probabilidades elevadas de que el beneficio no se obtendría, porque en esas condiciones ninguna oportunidad se habría perdido.*
>
> *Todo lo expuesto ha generado reflexiones en torno a la responsabilidad que se genera por la falla en la prestación de servicios médico - asistenciales, porque generalmente[31] el paciente cuando consulta al médico, lleva una patología de base*

---

[28] Radicado número 76001233100019940077601 (18714)
[29] Ibídem.
[30] Ibídem.
[31] Salvo en el caso de las cirugías estéticas, donde el paciente no tiene patología precedente que amenace su salud.

que lo afecta y su esperanza al concurrir al servicio es obtener una cura o mejoría de su enfermedad, de manera que cuando se produce una mala praxis que agrava su estado de salud, no podría analizarse el contexto de responsabilidad como si el paciente estuviera en excelentes condiciones, lo único que se produce en esos casos es una pérdida de oportunidad cuyo perjuicio sólo puede hacerse consistir en la frustración de la esperanza de curación - esperanza que debe ser relativamente cierta y real-, pero no podría afirmarse que la patología se agravó o desencadenó en el daño final por el hecho del médico, porque causalmente el resultado final es consecuencia de un proceso natural.

Afirma con acierto Tanzi Silva[32]*:*

"... [E]n cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir y sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente....". (Destaca la Sala)

En este orden de ideas, aunque en el presente asunto no puede concluirse con certeza que la omisión del INPEC en efectuar seguimiento y control al interno y disponer el traslado oportuno del hoy occiso a un centro médico asistencial, pudiera erigirse en la causa determinante de su deceso, lo cierto es que la entidad demandada lo remitió tardíamente al Centro Hospitalario en un estado de infección muy avanzado, circunstancia que sin duda alguna excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar para dispensar una eficaz prestación del servicio de salud al recluso.

En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse.

De conformidad con los anteriores argumentos, encuentra la Sala que le asiste razón al apelante y, por tanto, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, como en efecto se hará."[33]

De forma reciente, la Subsección "B" en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, precisó que la pérdida de oportunidad debe entenderse ***en función de la frustración de la expectativa legítima*** *(teoría relacionada con el daño). Así, consideró que son requisitos para su estructuración:*

"14.2. Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación

[32] *La reparabilidad de la pérdida de chance p. 333.*
[33] *Sección Tercera. Subsección "A". Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00479-01(22943). Actor: Silvia Inés Morales Rojas y otros. Demandado: INPEC*

potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

14.5. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe ***como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima****; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la* ***relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final,*** *sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente*[34]*.*

14.6. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad ***es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo***[35]***,*** *autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación,* ***la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió****. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino,* ***únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.***

14.7. Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, ***cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre:*** *el primero, se predica respecto de la* ***existencia de la expectativa****, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que* ***respecto a la privación de la misma****, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo,*

---

[34] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2002, rad. 11605, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: "Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos."*
"Nótese pues, que en punto de la prueba de la causalidad, por lo menos recientemente, esta Corporación ha aludido a "un cierto aligeramiento de la carga probatoria del demandante" respecto de los supuestos del artículo 90 de la Carta Política -dentro de los que se encuentra la causalidad-, pero no ha aludido a una presunción de causalidad, o si se quiere de responsabilidad, en virtud de la cual pudiera corresponder al demandado y no al demandante, la carga probatoria en cuestión": Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. rad. 14.957.

[35] *Para Foulquier "un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir –reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública –lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito": FOULQUIER, Norbert, Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, Dalloz, París, 2003, p. 689.*

> *respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima."*

Bajo los anteriores lineamientos jurisprudenciales, a continuación, la Sala estudiará si en el caso en concreto, se encuentran acreditados cada uno de los requisitos de estructuración de la pérdida de oportunidad, para posteriormente determinar si las entidades demandadas omitieron alguna obligación en relación con la prestación del servicio médico asistencial del señor Jorge Eduardo Cala, y si finalmente, se demostró el nexo causal entre aquella y ésta.

5.4.1 Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado y certeza de la existencia de una oportunidad

Conforme lo establece la jurisprudencia ut supra citada[36], para determinar si el caso concierne a un daño de pérdida de oportunidad, se debe establecer la ausencia de la certeza que el resultado hubiere beneficiado a la víctima:

> *"...el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción[37].*

---

[36] *Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero*

[37] *A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: "El requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento sine qua non frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto "aleatorio", el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la*

> *15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad."*

En el expediente, no obran medios de convicción suficientes que permitan establecer, que la causa determinante de la pérdida de la visión padecida por Jorge Eduardo Cala pueda ser atribuida de forma certera a ***una deficiente prestación del servicio médico por parte del INPEC.***

Asimismo, la Alta Corporación, indicó como segundo requisito, la certeza de la existencia de una oportunidad que se perdió, pues la "expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"[38] de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes[39]."

---

oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 55 y 60.

[38] TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

[39] "[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta": MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad civil extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que "[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad": TRIGO REPRESAS, Félix

Al examinar las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, lo primero que observa la Sala, es que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez fue capturado el día 2 de octubre de 2008 (fl. 54), y el 9 de octubre siguiente, le fue practicado el examen médico de ingreso por la Subdirección de Tratamiento y Desarrollo de la División de Salud del INPEC (fl. 51 y 562).

Como resultado del examen se indicó: "PACIENTE CON CUADRO DE DISMINUCIÓN DE AGUDEZA VISUAL QUE SE HA TORMADO PROGRESIVA Y CONSTANTE" (fl. 562). Y, se dejó constancia que estaba pendiente valoración por optometría.

En la historia clínica, se lee lo siguiente:

- ✓ *El 31 de julio de 2009, el oftalmólogo concluyó que el señor Cala padecía de una posible* ***neuropatía óptica*** *(fl. 417 y 566 vto.).*
- ✓ *El 11 de noviembre de 2009, el neurólogo consignó como impresión diagnóstica "AMAUROSIS A ESTUDIO" (fl. 569 vto.).*
- ✓ *El 30 de noviembre de 2009, el optómetra generó un posible diagnóstico de* ***glaucoma*** *(fl. 570)*
- ✓ *El 3 de septiembre de 2010, le fue diagnosticado al señor Jorge Eduardo Cala Martínez* ***sífilis*** *(fl. 573 vto. y 574)*
- ✓ *Aproximadamente en enero de 2010 señor Jorge Eduardo Cala perdió la visión del ojo izquierdo, y el derecho para mayo de ese año funcionaba en un 50% (fl. 575)*
- ✓ *El 12 de mayo de 2010, el demandante, fue diagnosticado con "NEURITIS OPTICA" y "ATROFIA ÓPTICA" (fl. 575)*
- ✓ *El 7 de febrero de 2011, el señor Jorge Eduardo, presentaba una pérdida de la visión de ojo izquierdo en un 100% y del derecho en un 80%, e hipoestesia de antebrazos y piernas (fl. 468 y 581 vto.).*
- ✓ *El 7 de febrero de 2011 el demandante, fue atendido por el neurólogo y como diagnóstico, dejó la siguiente constancia: "DESCARTAR ENFERMEDAD DESMIELINIANTE TIPO ESCLEROSIS MÚLTIPLE" (fl. 581 vto.), y recomendó junta médica con neuro-radiología y neurología "YA QUE LA LESIÓN CEREBROSA NO ES TOTALMENTE CARACTERÍSTICA D (Sic) DESMIELINIZACION" (fl. 581 vto.)*
- ✓ *El 4 de noviembre de 2011, el señor Cala padecía de amaurosis del ojo izquierdo y aumento del déficit del derecho.*

Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

- ✓ *El 4 de noviembre de 2011 fue diagnosticado por el neurólogo con esclerosis múltiple (fl. 583). A partir de esta fecha, fue medicado con INTERFERON B Y B.*
- ✓ *El 7 de diciembre de 2011, aparece nota en la historia clínica de ceguera bilateral (fl. 589 vto. y 591) y dolor en miembros inferiores.*
- ✓ *El 10 de febrero de 2012, el neurólogo además de la esclerosis múltiple, encontró lesiones activas en RMN y bandas oligoclonales positivas. Sin embargo, indicó que no encontró nuevos déficit (fl. 591 vto.)*
- ✓ *En el examen médico realizado el 20 de febrero de 2012, se encontró al paciente con disminución de la fuerza de miembros inferiores, astenia adinamia.*
- ✓ *El 15 de marzo de 2012 consulta por dolor en miembros inferiores y leve disminución de fuerza muscular (fl. 591).*
- ✓ *El 29 de mayo de 2012, al demandante se le realizó examen médico de egreso por remisión domiciliaria. Sobre el particular se lee en la historia clínica:*

> *"PACIENTE CON DX DE ESCLEROSIS MULTIPLE DE PROGRESO RAPIDO 3 AÑOS DE EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LA VISIÓN HASTA CEGUERA TOTAL ADEMÁS DISESTEIAS EN PIERNAS DE INICIO RECIENTE (8 MESES), PÉRDIDA DE EQUILIBRIO NO OTRO SÍNTOMA, TOMARON RNM CEREBRAL QUE MUESTRA LESION LOCAL HIPERINTENSA EN HEMISFERIO CEREBELOSO SIN DEFECTO COMPRESIVO Y OTRA EN PENDUCULO CEREBRAL IZQUIERDO LESIONES DE TIPO DESMIELINIZANTE POR LO ANTERIOR EL JUEZ ORDENO PRISION DOMICILIARIA REQUIERE CONTINUAR TRATAMIENTO EN SU SITIO D (Sic) RECLUSIÓN INTERFERON BETA SC INTERDIARIO" (fl. 600 vto.)*

- ✓ *Con fecha de 1° de julio de 2012 aparece anotación del neurólogo en una orden médica con diagnóstico principal de esclerosis múltiple y* ***diagnóstico relacionado de neurosifilis (fl. 549 y 606 vto.)***
- ✓ *El 1° de diciembre de 2012, se encuentra anotación del neurólogo en una orden médica con* ***diagnóstico principal de sífilis y relacionado de esclerosis múltiple (fl. 547 y 611 vto.)***
- ✓ *El 18 de marzo de 2013 se lee constancia de pérdida de fuerza muscular en ambos miembros (fl. 611 vto.)*
- ✓ *El 17 de julio de 2013, el neurólogo escribió:*

> *"REVISADA EL DIAGNÓSTICO SE PLANTEA FRENTE A LA POSIBILIDAD DE ESCLEROSIS MULTIPLE QUE SE ESTÉ ES ANTE UNA* ***VASCULITIS POR SIFILIS*** *NO RECONOCIDA EN SU MOMENTO QUE PUEDE EXPLICAR PLENAMENTE SUS LESIONES CEREBRALES Y TAMBIÉN BANDAS OLIGOCLONALES (+)*

POR LO ANTERIOR SE DECIDE SUSPENDER INTERFERON Y SE CONTROLARA EN 5 MESES (...)" (Resaltado fuera de texto original) (fl. 614).

- ✓ *El 24 de junio de 2014 neurólogo indicó que el último control se realizó un año atrás que amerita un diagnóstico diferencia entre esclerosis múltiple y vasculitis por neurosifilis (fl. 614)*

Comoquiera que la interpretación de la historia clínica requiere acudir a ciertos conceptos de carácter médico, la Sala se apoyará en la literatura científica. Sobre el particular, la Subsección "B" de la Sección Tercera, con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo, en sentencia de 10 de mayo de 2017 en el proceso radicado número 08001-23-31-000-2002-02174-01(39057), expuso:

"(...) Para tal fin, deberá la Sala interpretar la historia clínica a través del prisma hermenéutico de la literatura médica. Al respecto vale recordar lo decidido por la sección en sentencia de 28 de agosto de 2014, sobre el valor probatorio de la literatura científica:

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. ***En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo"***[40]. "[41] *(Resaltado fuera de texto original)*

En el expediente, no obran medios de convicción suficientes que permitan establecer, que la causa determinante de la pérdida de la visión padecida por Jorge Eduardo Cala pueda ser atribuida ***de forma certera a una deficiente prestación del servicio médico por parte del INPEC****, es decir, se cumple así uno de los elementos que permiten continuar con el examen de la pérdida de oportunidad.*

Según los datos de la historia clínica a los que se hizo alusión de forma precedente, si bien, para el año 2014 no se contaba con un diagnóstico definitivo de la enfermedad causante de las dolencias[42]*, lo cierto es que éste se encuentra entre*

---

[40] *Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp. 28804.*
[41] *Actor: Vith María Arrieta Amador. Demandado: Ministerio de Salud y Otros*
[42] *Pérdida de la visión y de la fuerza muscular*

esclerosis múltiple y sífilis, según el doctor José Luis Bustos, médico neurólogo (fl. 614).

A pesar que no existe un ***tratamiento curativo*** *para la esclerosis múltiple, la ciencia médica ha recurrido a tratamientos que permiten* ***modificar la evolución de la enfermedad así como atenuar síntomas****, controlando episodios de neuroinflación*[43].

En el documento "Controversias en Neurología: Esclerosis Múltiple", publicado por Jaime Toro, Saúl Reyes y Adrián Zamora del Departamento de Neurología del Hospital Universitario Fundación Santa Fe de Bogotá, facultad de Medicina, Universidad de los Andes, Posgrado en Neurología, Universidad El Bosque, se expuso:

> *"En la actualidad, no se dispone de un tratamiento definitivo para la EM. Considerando que el mecanismo inmunológico es un componente cardinal en la fisiopatología de esta enfermedad, se han empleado diferentes medicamentos inmunomoduladores para controlar su evolución a largo plazo. No existen recomendaciones precisas sobre la posibilidad de interrumpir el tratamiento en pacientes que han alcanzado un control satisfactorio de su EM. La tasa de adherencia a los diferentes medicamentos disponibles es variable y desciende significativamente luego de 2 años*[44].
>
> *No obstante, es escaza la literatura científica disponible con respecto a las consecuencias de suspender la medicación. El interferón (IFN) no ha demostrado inducir remisión prolongada de la EM.* ***Su interrupción se ha asociado con un mayor riesgo de recaídas y acumulación de discapacidad***[45]***. Asimismo, descontinuar la medicación resulta en la reaparición de la actividad radiológica de la enfermedad***[46] ***y podría suscitar un efecto de rebote con aumento en el volumen de las lesiones desmielinizantes***[47]***.***
>
> *Un fenómeno similar acontece a los pacientes que interrumpen el tratamiento crónico con natalizumab o fingolimod. La actividad basal de la enfermedad* ***reaparece e incluso se manifiesta clínica y radiológicamente con mayor severidad.*** *Este efecto es más evidente en pacientes con EM muy activa*[48]*. La*

---

[43] *Fundació Gaem MS Research. España. https://fundaciongaem.org/tratamiento-la-esclerosis-multiple/*
[44] *BISCHOFF C, SCHREIBER H, BERGMANN A. Background information on multiple sclerosis patients stopping ongoing immunomodulatory therapy: a multicenter study in a community-based environment. J Neurol. 2012; 259:2347-53.*
[45] *SIGER M, DURKO A, NICPAN A, KONARSKA M, GRUDZIECKA M, SELMAJ K. Discontinuation of interferon beta therapy in multiple sclerosis patients with high pre-treatment disease activity leads to prompt return to previous disease activity. J Neurol Sci. 2011; 303:50-2.*
[46] *RICHERT DN, ZIERAK MC, BASH CN, LEWIS BK, MCFARLAND HF, FRANK JA. MRI and clinical activity in MS patients after terminating treatment with interferon beta 1b. Mult Scler. 2000; 6:86-90.*
[47] *WU X, DASTIDAR P, KUUSISTO P, UKKONEN M, HUHTALA H, ELOVAARA I. Increased disability and MRI lesions after discontinuation of IFN-beta1a in secondary progressive MS. Acta Neurol Scand. 2005; 112:242-7.*
[48] *O'CONNOR PW, GOODMAN A, KAPPOS L, LUBLIN FD, MILLER DH, POLMAN C, et al. Disease activity return during natalizumab treatment interruption in patients with multiple sclerosis. Neurology. 2011; 76:1858-65.*

literatura médica disponible sobre los efectos de interrumpir el tratamiento inmunomodulador, evaluó una población pequeña que no es precisamente representativa, sin embargo, confiere información primordial sobre la importancia de continuar activamente el tratamiento de la EM. Los pacientes que interrumpen su proceso terapéutico con IFN, natalizumab o fingolimod, están en mayor riesgo de cursar con progresión de la enfermedad.

La "desescalar el tratamiento" representaría un escenario menos radical que la suspensión completa de los fármacos modificadores de la enfermedad. Consiste en regresar a un medicamento de primera línea luego de haber instaurado manejo con uno de segunda línea[49]. Pocos estudios reportan empeoramiento del cuadro al reemplazar natalizumab por IFN[50] o acetato de glatiramer (AG)[51]. Otros resultados fueron inconclusos para la desescalar la mitoxantrona[52]. En general, la actividad de la enfermedad posterior al cambio depende de la severidad basal de la misma[53]. Esta conducta tan controversial demanda con rigor nuevos estudios aleatorizados y controlados (...)"[54] (Resaltado fuera de texto original)

En una investigación adelantada para determinar el impacto de un programa de atención a un grupo de personas diagnosticadas con esclerosis múltiple que han sido tratadas[55], se concluyó, luego de la aplicación de una entrevista entre enero a junio de 2011, que la discapacidad que más se presenta como consecuencia de esta enfermedad, es la motora con un 56%, seguida de la visual, que representa el 45.7% de los pacientes[56].

MIRAVALLE A, JENSEN R, KINKEL RP. Immune reconstitution inflammatory syndrome in patients with multiple sclerosis following cessation of natalizumab therapy. Arch Neurol. 2011; 68:186-91. 14. HAKIKI B, PORTACCIO E, GIANNINI M, RAZZOLINI L, PASTÒ L, AMATO MP. Withdrawal of fingolimod treatment for relapsing-remitting multiple sclerosis: report of six cases. Mult Scler. 2012; 18:1636-9.

[49] *COYLE PK. Switching therapies in multiple sclerosis. CNS Drugs. 2013; 27:239-47.*

[50] *GOBBI C, MEIER DS, COTTON F, SINTZEL M, LEPPERT D, GUTTMANN CR, et al. Interferon beta 1b following natalizumab discontinuation: one year, randomized, prospective, pilot trial. BMC Neurol. 2013; 13:101.*

[51] *17. HAVLA J, GERDES LA, MEINL I, KRUMBHOLZ M, FABER H, WEBER F, et al. De-escalation from natalizumab in multiple sclerosis: recurrence of disease activity despite switching to glatiramer acetate. J Neurol. 2011; 258:1665-9.*

[52] *RIECKMANN P, HEIDENREICH F, SAILER M, ZETTL UK, ZESSACK N, HARTUNG HP, et al. Treatment de-escalation after mitoxantrone therapy: results of a phase IV, multicentre, open-label, randomized study of subcutaneous interferon beta-1a in patients with relapsing multiple sclerosis. Ther Adv Neurol Disord. 2012; 5:3-12*

[53] *COYLE PK. Switching therapies in multiple sclerosis. CNS Drugs. 2013; 27:239-47.*

[54] *Artículo Recibido: 15/11/13. Revisado: 18/11/13. Aceptado: 10/12/13. http://www.scielo.org.co/pdf/anco/v30n1/v30n1a07.pdf*

[55] *354 pacientes*

[56] *Pontificia Universidad Javeriana. Documento denominado: "EVALUACIÓN DE IMPACTO DEL PROGRAMA BETAPLUS DE ATENCIÓN A PACIENTES CON ESCLEROSIS MÚLTIPLE EN COLOMBIA". María Alejandra Sánchez Gómez y Elizabeth Karpf Benavides. http://cea.javeriana.edu.co/documents/153049/2786252/Vol.12_9_2012.pdf/83f489e9-5ada-4663-a2ed-e5e71b29962d*

*Y, en la "GUÍA PRÁCTICA CLÍNICA SOBRE LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON ESCLEROSIS MÚLTIPLE"[57] se indicó que el tratamiento con INTERFERON BETA es recomendable para pacientes i) con un primer episodio sugestivo de la enfermedad, para **retrasar la aparición de nuevos brotes y/o nuevas lesiones**; y ii) con la enfermedad remitente recurrente y actividad clínica en forma de brotes, con el objeto de **disminuir la frecuencia de brotes** y **enlentecer el aumento de la capacidad.** Allí, también se indicó que es posible que algunos pacientes no respondan al tratamiento.*

De lo anterior, infiere la Sala que una persona con un posible diagnóstico de Esclerosis Múltiple puede ser tratada para retrasar la aparición de los síntomas de la enfermedad o prevenir sus consecuencias negativas. Sin embargo, teniendo en cuenta sus características, no es posible generalizar en cuanto a sus efectos y progresión.

*Ahora bien, en relación con la otra enfermedad diagnosticada al señor Jorge Eduardo Cala, consistente en **sífilis**[58], la literatura médica también permite concluir que si es atendida de forma oportuna, los síntomas pueden controlarse, e incluso la enfermedad puede desaparecer. Comoquiera que su evolución se compone por varias fases, la transición depende del tratamiento suministrado al paciente.*

Sobre lo anterior, en el artículo denominado "Sífilis: la gran simuladora" publicada por la Asociación Colombiana de Infectología[59], se indicó:

> *"La fase primaria consiste en el desarrollo de la primera lesión en la piel o las mucosas, conocida como "chancro", que aparece en el lugar de inoculación, la cual puede ser única o múltiple. Se acompaña, a veces, por el desarrollo de una adenopatía regional. Las espiroquetas son fácilmente demostrables en dichas lesiones y el chancro cura espontáneamente entre 2 y 8 semanas. La fase secundaria, o estadio diseminado, comienza al cabo de 2 a 12 semanas después del contacto. Se caracteriza por manifestaciones parenquimatosas, constitucionales y mucocutáneas. Es posible demostrar la presencia de Treponemas en la sangre y en otros tejidos, como la piel y los ganglios linfáticos[60].*

---

[57] *Grupo de trabajo de la Guía de práctica clínica sobre la atención a las personas con esclerosis múltiple. AIAQS y FEM/Cemcat, coordinadores. Guía de práctica clínica sobre la atención a las personas con esclerosis múltiple. Barcelona: Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut. Servei Català de la Salut. Departament de Salut. Generalitat de Catalunya; 2012. https://www.cem-cat.org/sites/default/files/guia-practica-clinica.pdf*

[58] *Folio 614*

[59] *Vol. 12-2, 2008. Eduardo Contreras. Sandra Ximena Zuluaga y Vanesa Ocampo. http://www.scielo.org.co/pdf/inf/v12n2/v12n2a06.pdf*

[60] *Birley R. Sexually transmitted diseases: microbiology and management. J Med Microbiol. 2002;51:793-807.*
van Vranken M. Prevention and treatment of sexually transmitted diseases: an update. Am Fam Physician. 2007;76:1827-32.

Tras la sífilis secundaria, el paciente entra en un período latente durante el cual el diagnóstico sólo se puede hacer mediante pruebas serológicas. Este período se divide, a su vez, en latente precoz y en latente tardío. La recaída de una sífilis secundaria es más probable en esta fase precoz y se produce como consecuencia de una disfunción inmunológica. ***La sífilis tardía se refiere a la aparición de manifestaciones clínicas, aparentes o inaparentes, que se desarrollan en más de un tercio de los pacientes no tratados y cuya base patológica son las alteraciones en los vasa vasorum y las lesiones características denominadas gomas[61].***

(...)

Neurosífilis. En términos generales, la neurosífilis es una superposición de alteraciones meningo-vasculares parenquimatosas. El diagnóstico de la neurosífilis asintomática se realiza en pacientes que no tienen manifestaciones clínicas pero sí anormalidades del líquido cefalorraquídeo, como pleocitosis, aumento de las proteínas, disminución de la glucosa o una respuesta positiva en la prueba VDRL, con lo cual se hace necesaria la punción lumbar para poder establecerlo. La neurosífilis meningovascular se debe al desarrollo de una endoarteritis obliterante que afecta los vasos sanguíneos de las meninges, el cerebro, los cordones espinales, etc., y que provoca múltiples infartos[62].

Las manifestaciones clínicas consisten en paresia, afasia, alteraciones psiquiátricas, etc.; se destacan la tabes dorsal y el signo de la pupila de Argyll-Robertson. En la tabes dorsal, el daño se produce principalmente por una desmielinización de la columna posterior, los ganglios y las raíces dorsales, que provoca la aparición de un cuadro clínico de ataxia, parestesias, incontinencia fecal, impotencia, etc. Las alteraciones oculares son frecuentes; se destaca el signo antes mencionado, que consiste en una pupila pequeña e irregular que se acomoda para la visión de cerca, pero no ante estímulos luminosos. El oído y lo ojo pueden verse afectados en cualquier estadio de la enfermedad, incluso en la sífilis congénita (1,8,9).

La neurosífilis es una enfermedad que requiere hacer un diagnóstico diferencial con otras, como la tuberculosis con afectación del sistema nervioso central, infecciones micóticas, tumores, hematomas subdurales, alcoholismo crónico, etc.

Dada la presentación variable de la neurosífilis, el diagnóstico puede ser difícil, aunque la demostración de anticuerpos treponémicos específicos en el líquido cefalorraquídeo ayuda al diagnóstico.

(...)

En la neurosífilis es conveniente hacer un estudio del líquido cefalorraquídeo cada 3 a 6 meses durante tres años después del tratamiento, a menos que los parámetros se normalicen. En 95% de los casos bien tratados las células se normalizan a los 2 a 4 años, la disminución de proteínas es más lenta y la disminución del VDRL es gradual en varios años. Hay que evaluar el índice de anticuerpos intratecales contra T. pallidum[63]. *"*

---

[61] van Vranken M. Prevention and treatment of sexually transmitted diseases: an update. Am Fam Physician. 2007;76:1827-32.
Mejía A, Bautista CT, Leal L, Ayala C, Prieto F, de la Hoz F, Alzate ML, Acosta J, Sánchez JL. Syphilis infection among female sex workers in Colombia. J Immigr Minor Health. 200714;213-22
[62] French P. Syphilis. BMJ. 2007;334:143-7.
Sulak P. Sexually transmitted diseases. Semin Reprod Med. 2003;21:399- 413.
[63] Lautenschlager S. Cutaneous manifestations of syphilis: recognition and management. Am J Clin Dermatol. 2006;7:291-304.
Lautenschlager S. Diagnosis of syphilis: clinical and laboratory problems. J Dtsch Dermatol Ges. 2006;4:1058-75.

José Luis López y Juan Franquet Artes del Servicio de Microbiología del Hospital de la Fe de Valencia, en el artículo denominado "Sífilis: Una revisión actual", se refirieron al tratamiento de esta enfermedad, así:

> *"La eficacia del tratamiento es bien conocida. Sin embargo, para que sea adecuado hay que tener en cuenta una serie de recomendaciones obtenidas de las infecciones experimentales: a) que T. pallidum se regenerará al cabo de 18-24 h si los niveles de penicilina en sangre están por debajo de la concentración mínima inhibitoria, b) que se necesita una concentración de penicilina >0.03 µg/ml de penicilina para asegurar un efecto bactericida, y c) que para curar una sífilis precoz se requiere una concentración adecuada mantenida durante 7 días.*
>
> *Durante muchos años se ha tenido a la penicilina benzatina como el tratamiento de elección, excepto en el caso de una invasión del LCR (se han aislado treponemas en LCR de pacientes con chancro primario, lo que refleja la espiroquetorraquia).* ***Por lo tanto, el tratamiento actual de la sífilis con una combinación antibiótica o un régimen prolongado asegura que esta secuela, la más importante de la sífilis, no ocurrirá.*** *Esto es especialmente importante en los pacientes inmunodeprimidos.*
>
> *(...)*
>
> *En todos los pacientes con sífilis precoz y congénita hay que repetir las pruebas no treponémicas cuantitativas (RPR o VDRL) al cabo de uno, tres, seis y 12 meses del tratamiento de la sífilis. En los pacientes infectados por el VIH, además de estos controles, se efectuarán otros adicionales en el segundo y noveno mes después del tratamiento.*
>
> ***Al cabo de 12 meses pueden haberse negativizado el 40-75% de las sífilis primarias y el 20-40% de las secundarias.*** *No es necesario hacer estudio del LCR. Si a los 12 meses siguen siendo positivas, se hace necesario un nuevo ciclo de tratamiento ante la posibilidad de un fracaso terapéutico o de una reinfección. Si el título no disminuye cuatro veces en 12 meses, si aumenta en su transcurso o si persisten o reaparecen los síntomas clínicos, hay que realizar un estudio en el LCR y administrar tratamiento de neurosífilis si se observan alteraciones analíticas.*
>
> ***En la sífilis latente y terciaria se parte de títulos bajos antes del tratamiento y el 50% se mantienen seropositivos con títulos que no disminuyen cuatro veces, incluso durante años después del tratamiento.*** *En estos casos estaría justificado un nuevo ciclo de tratamiento si apareciesen síntomas o si aumentasen los títulos.*
>
> *En la neurosífilis es conveniente hacer un estudio del LCR cada 3-6 meses durante tres años después del tratamiento, a menos que los parámetros se normalicen.* ***En el 95% de los casos bien tratados las células se normalizan a los 2-4 años, la disminución de proteínas es más lenta y la disminución del VDRL es gradual en varios años. Hay que evaluar el índice de anticuerpos intratecales contra T. pallidum."***[64] *(Resaltado fuera de texto original)*

De lo expuesto, concluye la Sala que cualquiera de las enfermedades que posiblemente le causaron la ceguera al señor Jorge Eduardo Cala Martínez, esto es,

---

[64] *https://www.seimc.org/contenidos/ccs/revisionestematicas/serologia/sifilis.pdf*

*esclerosis múltiple o sífilis, la **atención a tiempo** le hubiese **brindado la oportunidad** en el primer caso de reducir las consecuencias negativas o retrasar su aparición, y en el segundo, de evitar complicaciones de la enfermedad o su avance a fases más complicadas.*

Obsérvese que, no se trata de meras conjeturas, pues la ciencia médica coincide, sin generalizar, en que los pacientes con estas enfermedades cuentan con posibilidades de mejorarse.

*De acuerdo con la historia clínica, cuando el señor Cala ingresó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario, tenía una visión así como estado de salud normal, pues los síntomas estaban empezando a manifestarse con ardor en los ojos; aproximadamente **al cabo de un año y medio**, perdió la visión del ojo izquierdo (fl. 575) y para diciembre de 2011, la ceguera era bilateral (fl. 589 vto. y 591).*

*Dadas las condiciones del caso, no es posible determinar con certeza que, de mediar una oportuna atención de las afecciones sufridas por el demandante desde octubre de 2008, se habrían evitado los referidos daños, pues lo único que está probado es que se encontraba inmerso en patologías que generan consecuencias desfavorables, **pero que, en cualquier caso, requerían una atención oportuna, inmediata y eficaz.***

*Así las cosas, se encuentran verificados los dos primeros requisitos para la estructuración del daño por pérdida de oportunidad: la falta de certeza o aleatoriedad del **resultado esperado** y la certeza de la existencia de una **oportunidad.***

Ahora, lo mismo no puede concluirse en relación con la pérdida de la fuerza muscular, pues si bien, en la historia clínica se encuentran anotaciones de hipoestesia de antebrazos y piernas (fl. 468, 581 vto.), así como disminución de fuerza de miembros inferiores, lo cierto es que en el examen realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 18 de marzo de 2017, el señor Cala tenía una fuerza muscular de 5/5 (fl. 865 vto.).

De acuerdo con el Decreto 1507 de 2014 "Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional" y los criterios del Medical Research Council del Reino Unido –utilizados en esa normatividad-, una calificación de cinco supone fuerza muscular normal.

La presencia de fuerza muscular excluye de forma automática la existencia de una pérdida de oportunidad en relación con este aspecto.

5.4.2. De la pérdida definitiva de la oportunidad

El Consejo de Estado, sobre la pérdida definitiva de la oportunidad[65], expresó:

> *"En tercer lugar se debe acreditar* ***la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento****. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue* ***arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente****, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual[66]; dicho de otro modo,* ***si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar****."[67]*

---

[65] *Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de abril de 2017 en el proceso con radicación número 17001-23-31-000-2000-000645-01 y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero*

[66] *A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: "La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por "pérdida de la oportunidad", por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad": GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.*

[67] *Adicionalmente, el Consejo de Estado indicó:*
15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010[67], se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que "la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado", la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:
15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder

En el sub-lite, se observa en la historia clínica (fl. 409 a 614), que la pérdida de la visión del señor Jorge Eduardo Cala Martínez ***fue progresiva desde octubre de 2008*** *y presentó* ***ceguera bilateral el 7 de diciembre de 2011*** *(fl. 589 vto. y 591.).*

A pesar que las últimas anotaciones de la historia clínica son de junio de 2014 (fl. 614), en el dictamen de determinación de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que obra a folios 864 a 866, se dejó constancia de la conclusión del examen realizado por la junta el ***18 de marzo de 2017****, así:*

> *"En ojos presenta pupila dilatada no reactiva a la luz. En 4 extremidades fuerza muscular 5/5" (fl. 865 vto.).*

En efecto, el demandante no ha recuperado la visión. Ello, en atención a que si su causa es la esclerosis múltiple, el tratamiento de esta enfermedad retrasa la aparición de nuevos brotes y/o nuevas lesiones, pero no permite la superación de las consecuencias negativas de la misma, de acuerdo con la "GUÍA PRÁCTICA CLÍNICA SOBRE LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON ESCLEROSIS MÚLTIPLE"[68]*. Igual ocurre con la sífilis en estados avanzados*[69]*.*

Obsérvese que ***han trascurrido aproximadamente nueve (9) años*** *desde que el demandante perdió su visión, sin que se presentara mejoría. Precisamente, al ser atendido el señor Jorge Eduardo Cala Martínez por el oftalmólogo el 18 de febrero de 2013, indicó como impresión diagnóstica "IMPOSIBILIDAD DE RECUPERAR LA VISIÓN" (fl. 611 vto.)*

---

del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

[68] *Grupo de trabajo de la Guía de práctica clínica sobre la atención a las personas con esclerosis múltiple. AIAQS y FEM/Cemcat, coordinadores. Guía de práctica clínica sobre la atención a las personas con esclerosis múltiple. Barcelona: Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut. Servei Català de la Salut. Departament de Salut. Generalitat de Catalunya; 2012. https://www.cem-cat.org/sites/default/files/guia-practica-clinica.pdf*
[69] *https://stipu.nsw.gov.au/wp-content/uploads/Syphilis-Spanish.pdf*

De acuerdo con las evidencias que obran en el expediente, para la Sala resulta probable que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez, perdió la oportunidad de recuperar su visión.

Acreditados los tres elementos estructuradores de la pérdida de oportunidad, a continuación, la Sala, se referirá a la imputación de este daño bajo la óptica de la falla del servicio.

5.5. Imputación del daño de pérdida de oportunidad -análisis de la falla del servicio

De acuerdo con los demandantes, la falla del servicio se imputa al ***INPEC****, porque pese a que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez, estando privado de la libertad, consultó en varias oportunidades por síntomas relacionados con la disminución de la agudeza visual, la entidad incurrió en demoras para la prestación del servicio.*

En audiencia inicial llevada a cabo el 10 de agosto de 2016, el a-quo, integró el litisconsorcio por pasivo, y en consecuencia vinculó a ***CAPRECOM EICE*** *en liquidación (Cd. fl. 679).*

Ahora bien, para determinar las obligaciones a cargo de cada una de estas entidades, la Sala acudirá a la legislación vigente entre los años 2008 y 2012, pues de acuerdo con la demanda, en esta época se presentó la deficiente prestación del servicio de salud.

5.5.1 De las obligaciones a cargo del INPEC en la prestación del servicio médico a los reclusos

La Ley 65 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario[70] *en su artículo 104, estableció:*

> *"SERVICIO DE SANIDAD. En cada establecimiento se organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos, examinarlos obligatoriamente a su ingreso al centro de reclusión y cuando se decrete su libertad; además, adelantará campañas de prevención e higiene, supervisará la alimentación suministrada y las condiciones de higiene laboral y ambiental.*

[70] *No se tendrá en cuenta la modificación de la Ley 1709 de 2014 "Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.", porque fue expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de estudio.*

> *Los servicios de sanidad y salud podrán prestarse directamente a través del personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privada."*

En el artículo 105 de la referida ley, estableció que el servicio médico penitenciario y carcelario debe estar integrado por médicos, sicólogos, odontólogos, siquiatras, terapistas, enfermeros y auxiliares de enfermería[71]*. Y, el artículo 106*[72]*, reza:*

> *"Todo interno en un establecimiento de reclusión debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio.*
>
> *Si un interno contrae enfermedad contagiosa o se le diagnostica enfermedad terminal, el director del establecimiento, previo concepto de la junta médica y de traslados, determinará si es procedente el traslado a un centro hospitalario o la medida adecuada de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal. Para este efecto, propondrá al funcionario judicial la libertad provisional o la suspensión de la detención preventiva. Si se trata del condenado comunicará de inmediato la novedad a la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. El Director del establecimiento de reclusión queda autorizado, previo concepto del médico de planta, a ordenar el traslado de un interno a un centro hospitalario en los casos de enfermedad grave o intervención quirúrgica, bajo las medidas de seguridad que cada caso amerite.*
>
> *Cuando una reclusa esté embarazada, previa certificación médica, el director del establecimiento, tramitará con prontitud la solicitud de suspensión de la detención preventiva o de la pena ante el funcionario judicial competente, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.*
>
> *PARÁGRAFO 1o. El traslado a un centro hospitalario en los anteriores casos, sólo procederá cuando no fuere posible atender al interno en alguno de los centros de reclusión.*
>
> *PARÁGRAFO 2o. En los establecimientos de reclusión donde no funcionare la atención médica en la forma prevista en este Título, éste quedará a cargo del Servicio Nacional de Salud."*

El literal m) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, preceptúa que la población reclusa del país, se afiliará al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que el Gobierno Nacional determinará los mecanismos que permitan la operatividad para que esta población reciba de forma adecuada sus servicios.

En las "REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS", adoptadas por el Consejo Económico y Social de la ONU[73]*, se previó que los médicos deben*

---

[71] *Ibídem*
[72] *Ibídem*

examinar a los reclusos *"tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo."*

Sobre estas obligaciones, la Corte Constitucional en sentencia T-703 de 2003 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, expuso:

> *"Esta Corporación ha reconocido de manera reiterada que cuando se trata de las personas recluidas en los centros penitenciarios y carcelarios,* ***el Estado asume la responsabilidad integral del cuidado, prevención, conservación y recuperación de la salud de los internos, independientemente de que éstos se encuentren privados de la libertad a título preventivo o de condena.***
>
> > *"**Por la salud del interno debe velar el sistema carcelario, a costa del tesoro público, y la atención correspondiente incluye, también a su cargo, los aspectos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, entre otros.** Los derechos fundamentales del preso resultarían gravemente violados por la negligencia estatal en estas materias, así como por la falta de cuidado y asistencia requeridos para la prevención, conservación y recuperación de su salud.*
> >
> > *"(...)*
> >
> > *"Es el sistema carcelario el que tiene a su cargo, a falta de antecedentes y ante el hecho innegable de deficiencias acusadas en la salud del recluso, el* ***que debe propiciar con eficiencia y de manera oportuna los mecanismos indispensables para esclarecer el estado real en que se encuentra aquél, para prodigarle los cuidados médicos, asistenciales, terapéuticos o quirúrgicos, según el caso, y garantizarle así la preservación de una vida digna durante su permanencia en el penal.*** *"*[74]
> >
> > *(...)*
>
> *Siguiendo la misma línea jurisprudencial, en relación con el tema de la protección a la salud de los reclusos, esta Corporación ha sido enfática en rechazar la falta de recursos o las fallas de la administración carcelaria y penitenciaria como justificaciones para dilatar la adecuada y oportuna atención en salud de los internos, y excusar al Estado del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. Así, la Corte ha señalado que:*
>
> *"...la desorganización en el sistema de salud repercute en que se supedite la atención médica a la presencia ya inevitable de enfermedades que amenazan palmariamente la vida del interno, postergando indefinidamente los cuidados indispensables para el mantenimiento de una salud regular y aun aquellos que resultan imperativos para controlar un dolor persistente, aunque no sea grave."*

---

[73] *ONU Resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977. http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2021.pdf*

[74] *Corte Constitucional, Sentencia T-606/98, MP: José Gregorio Hernández Galindo.*

"(...).

"La contratación de un sistema global que cobije a todos los reclusos traslada los riesgos a las empresas prestadoras de salud que el Estado escoja o al sistema de seguridad social que cree con tal objeto, garantizando a los asegurados - los internos- una permanente cobertura, la seguridad de su atención médica, quirúrgica, hospitalaria y de drogas y tratamientos, y simultáneamente evita el constante apremio a las autoridades carcelarias y la recurrente tensión entre los siniestros ya creados, cuyos gastos resultan inevitables y urgentes, y la escasez de los recursos económicos disponibles y manejados por cada establecimiento o por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

"Para la Corte, este es un problema de planificación y de organización interna del complejo carcelario, cuyas dificultades, bien conocidas, presentan un estado de cosas inconstitucional, en cuanto delatan una antigua indolencia de los órganos competentes, en contra de los postulados del Estado Social de Derecho, y repercuten en perjuicio de los derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal de los reclusos y en una masiva e indiscriminada amenaza para sus vidas."[75]" (Resaltado fuera de texto original)

Si bien, la sentencia traída en cita se refiere a un asunto tratado en sede de tutela, resulta ilustrativo en relación con las obligaciones del Estado frente a la protección del derecho a la salud de personas que se encuentran privadas de su libertad.

Atendiendo los principios del Estado Social de Derecho y el marco, el Consejo de Estado ha considerado que al INPEC le asiste la obligación de prestar el servicio de salud en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia respecto de quienes pueden acceder directamente a este, pues se trata "de la prestación del servicio médico asistencial, que se impone al Estado, en este caso, como contrapartida, entre otras obligaciones, de su potestad de privar de la libertad a las personas, de manera preventiva o como consecuencia de la imposición de una pena. Es sin embargo un deber de medio, que no una obligación de resultado."[76]

5.5.2. De las obligaciones a cargo de la Caja de Previsión de Comunicaciones –CAPRECOM-

---

[75] *Corte Constitucional, Sentencia T-607/98, MP: José Gregorio Hernández Galindo.*
[76] *Sección Tercera. C.P. Ariel Eduardo Hernández Enriquez. Sentencia del 10 de agosto de 2001. Radicación número: 50001-23-31-000-1994-4506-01(12947). Actor: MERCEDES RUIZ DE GARCIA y OTROS*

El artículo 4º del Decreto 1141 de 2009, establece que el INPEC debe suscribir 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 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 para garantizar la debida y oportuna ejecución del mismo.

El artículo 3° del Decreto 2777 de 2010, estableció:

> *"Modifícase el artículo 5° del Decreto 1141 de 2009, el cual quedará así:*
>
> ***Artículo 5°. Organización de la prestación de servicios de salud.*** *La Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional que sea responsable del aseguramiento de la población reclusa en los establecimientos de reclusión a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, deberá garantizar la prestación de servicios de salud en función del plan de beneficios, teniendo en cuenta las condiciones de seguridad requeridas por dicha población, para lo cual deberá coordinar lo pertinente con el Instituto. (...)"*

A su turno, el Decreto 2496 de 2012 "Por el cual se establecen normas para la Operación del Aseguramiento en Salud de la Población Reclusa y se dictan otras disposiciones", en su artículo 5° previó, que la Entidad Promotora de Salud a la que se afilie la población reclusa, debe garantizar los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, teniendo en cuenta en el modelo de atención, la particular condición de dicha población.

Asimismo, en su artículo 10, precisó que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud que requiera la población reclusa se financiarán con recursos de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (SPC) hasta la concurrencia de su asignación presupuestal para dicho fin, y que, para ello, se podrá contratar una póliza que cubra dichos eventos.

Ahora bien, de acuerdo con el Manual Técnico Administrativo para la Atención en Salud Pública de la Población Privada de la Libertad a cargo del INPEC, el prestador de los servicios de salud, tiene a cargo realizar el manejo clínico de la patología relacionada con ***salud pública****, intra o extramural*[77]*.*

---

[77] *https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/uspec-manual-tecnico-atencion-salud-publica.pdf*

En virtud de lo expuesto, entre el INPEC y la Caja de Previsión Social de Comunicaciones-CAPRECOM- celebraron el Contrato de Aseguramiento Nº 1172 de 22 de junio de 2009, con el objeto de asegurar al régimen subsidiado de salud a la población reclusa en los establecimientos a cargo del INPEC[78].

Ahora bien, al expediente fue allegado únicamente el contrato Nº 092 de 2011 (fl. 638 a 645), cuyo objeto consistió en que CAPRECOM prestaría los servicios de salud POS-S de baja complejidad a la población reclusa que se encontraba en los Establecimientos de Reclusión a cargo del INPEC (fl. 369). Y, se fijaron como obligaciones, a cargo del contratista, las siguientes:

> *"1) Cumplir con el objeto del presente contrato. 2) Adelantar las acciones y actividades necesarias para garantizar el acceso y oportunidad de la población reclusa objeto de este contrato a la prestación de los servicios de salud. 3) 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. 4)* ***Garantizar a la población objeto de este contrato, el sistema de referencia y contrarreferencia para los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado y contribuir con la referencia y contrarreferencia para la prestación de servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado;*** *esto previo cumplimiento de los requisitos y manuales de seguridad establecidos por El INPEC (...)" (fl. 640)*

Así entonces, no queda duda que la prestación del servicio de salud contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, entre los años 2009 y 2012, se encontraba a cargo del INPEC.

En este estado del estudio, es imprescindible destacar que la suscricripción del contrato de prestación de servicios y de aseguramiento con CAPRECOM, en modo alguno exime de responsabilidad extracontractual al INPEC por la deficiente prestación del servicio de salud, pues por una parte, ésta es una obligación que constitucional y legalmente fue asignada al INPEC, y por otra, tiene a su cargo la dirección, vigilancia y control del contrato, especialmente sobre la calidad y oportunidad del servicio, teniendo en cuenta que se trata de una población que requiere especial protección por sufrir la restricción a su derecho a la autonomía y locomoción, cuya garantía al derecho a la salud y a la vida digna, queda a cargo del Estado.

Precisamente, en el contrato de prestación de servicios Nº 092 de 2011, se pactó:

---

[78] *http://www.sanatoriocontratacion.gov.co/images/stories/documentos/informe_anual2009_2010.pdf*

> ***"CLÁUSULA CUARTA. RESPONSABILIDADES CONJUNTAS DE LAS PARTES:*** *Las partes deben 1) Hacer parte del Comité de Seguimiento para garantizar la adecuada y oportuna ejecución del contrato, así como para resolver dudas y diferencias que se presenten entre las partes. 2) Vigilar, inspeccionar, auditar y controlar la calidad de los servicios de salud prestados a la población objeto del contrato. 3) Coordinar el desarrollo de los compromisos adquiridos por mutuo acuerdo por las partes, que deben ejecutarse de conformdiad con la programación establecida por las partes y que corresponden con el objeto contractual 4) Atender de manera coordinada los requerimientos que sobra la ejecución del contrato realicen organismos de control y autoridades de gobierno, entre otros. 5) Desarrollar e implementar estrategias de educación e información dirgida a la población objeto del presente contrato que les permita conocer sus deberes y derechos (...)" (Resaltado del texto original) (fl. 641)*

En síntesis, para la fecha en que ocurrieron los hechos que según el demandante generaron la pérdida de la visión (2008-2011), CAPRECOM EICE tenía a su cargo, la prestación del servicio de salud en cuanto se refiere al Plan Obligatorio de Salud.

5.5.2.1. De la liquidación de la Caja de Previsión de Comunicaciones – CAPRECOM-

Mediante Decreto Nº 2519 de 28 de diciembre de 2015, se suprimió la Caja Nacional de Previsión Social de Comunicación "CAPRECOM" y como consecuencia, entró en proceso de liquidación (Art. 1º).

El 27 de enero de 2017, se suscribió el acta de terminación del proceso de liquidación, en virtud de la cual ***se extinguió para todos sus efectos legales la persona jurídica*** *Caja Nacional de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM*[79]*.*

En este contexto, entre CAPRECOM EIC en Liquidación y La Fiduprevisora, celebraron un contrato de fiducia mercantil para la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO con el siguiente objeto:

> *"El objeto del presente CONTRATO es la constitución de un Patrimonio Autónomo de Remanentes destinado a: (a) La recepción del derecho de propiedad, así como la administración y enajenación de los activos de propiedad de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM en Liquidación, existentes al cierre del proceso concursal. (b) La recepción del derecho de propiedad y la administración de los activos monetarios y contingentes de la Caja de Previsión*

[79] *http://parcaprecom.com.co/wp-content/uploads/2017/02/ACTA-FINAL-DE-LIQUIDACION.pdf*

> *Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en liquidación, existentes al cierre del proceso concursal (c) La depuración de cartera y otros activos de la entidad, existentes al cierre del proceso concursal, y su cobro o recuperación directamente o a través de un tercero (d) recibir en cesión contratos o convenios que se encuentren vigentes a la fecha de cierre del proceso liquidatorio, que hayan sido suscritos por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en liquidación y que identifique previamente el liquidador, asumiendo de esta manera el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO las obligaciones y derechos del cedente. (...)* ***(g) Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en liquidación en el momento que se hagan exigibles*** *(...) (i) Asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EICE en Liquidación al cierre del proceso liquidatorio que se indiquen en este contrato de fiducia mercantil" (fl. 816 vto.) (Realtado fuera de texto original).*

Asimismo, se pactó como cláusula, que al patrimonio autónomo le corresponde el ***pago de las obligaciones contingentes que se llegaren a imponer en procesos judiciales, arbitrales y administrativos*** *(fl. 822).*

En efecto, resulta diáfano que en el evento que se acredite la responsabilidad extracontractual de CAPRECOM EICE por los hechos que originaron la presente demanda, la condena debe imponerse al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

Ahora bien, no encuentra asidero el fundamento de la excepción de "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA"[80] *de CAPRECOM EICE en Liquidación (fl. 717), porque a la fecha de integración del contradictorio*[81]*, si bien esa entidad se encontraba en proceso de liquidación, la persona jurídica existía, toda vez que su extinción, como quedó expuesto, ocurrió hasta el 27 de enero de 2017*[82]*.*

---

[80] *"Fundamento esta excepción en los siguientes términos: En las pretensiones de la demanda se solicita que se declare administrativa y patrimonialmente (Sic) a* ***CAPRECOM EPS****, me permito manifestar que en este momento con la promulgación del Decreto 2519 del 28 de diciembre de de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de la* ***CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EPS hoy CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN,*** *y al pretender que se condene a una entidad desaparecida de la vida jurídica, como lo es la entidad que actualmente represento, no se puede inferir responsabilidad alguna a mi poderdante, debido en primer lugar, a que en su momento, mi porhijado autorizó todo lo requerido por el paciente para su adecuada atención, y en segundo lugar, porque como se acabó de manifestar,* ***CAPRECOM EPS,*** *en la actualidad no existe, se encuentra en proceso de liquidación, por lo tanto señor Juez, solicito se declare probada esta excepción y se condene en costas y gastos del proceso a la parte actora (...)" (Resaltado del texto original) (fl. 717).*

[81] *10 de agosto de 2016 (fl. 672 a 675)*

[82] *http://parcaprecom.com.co/wp-content/uploads/2017/02/ACTA-FINAL-DE-LIQUIDACION.pdf*

Como consecuencia, en el proceso fue reconocida la profesional del derecho Catalina Amado como apoderada del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO (Minutos 00:49:00 a 00:01:05 cd. fl. 858). Lo anterior, en virtud de la figura de sucesión procesal prevista en el artículo 68 del CGP.

Por lo expuesto, la referida excepción de "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA"[83] *de CAPRECOM EICE en Liquidación no está llamada a prosperar.*

5.6. De la forma como se prestó el servicio de salud al señor Jorge Eduardo Cala Martínez

Como consecuencia de una captura por una sanción penal, el 9 de octubre de 2008, al señor Jorge Eduardo Cala Martínez, le fue practicado el examen médico de ingreso por parte del INPEC; en el campo de enfermedad actual, se dejó como constancia: "PACIENTE CON CUADRO DE DISMINUCIÓN DE AGUDEZA VISUAL QUE SE HA TORNADO PROGRESIVA Y CONSTANTE" (fl. 562). Sin embargo, este aspecto no fue valorado por falta de la escala de snells.

El día 23 de octubre de dos 2008, el señor Cala asistió a consulta médica porque sentía ardor ocular sin secreción purulenta. En tal virtud, el profesional de la medicina le formuló cromoglicato de sodio gotas oftalmológicas, corticoide Oft + polimixina gotas, quedando "PENDIENTE CITA OPTOMETRÍA" (fl. 562 vto.).

El 13 de noviembre del mismo año, asistió a cita de control por la referida alteración visual, y en la historia se anotó:

> *"(...) CRANEO ORL TONO VISUAL MODERADO NO VALORABLE POR FALA DE ESCALA SNELL CONGESTION OCULAR Y PURITO, RESTO EXAMEN NORMAL*
> *IDX MIOPIA VS HIPERMETROPIA?*
> *CONUNTIVITIS A.*

---

[83] *"Fundamento esta excepción en los siguientes términos: En las pretensiones de la demanda se solicita que se declare administrativa y patrimonialmente (Sic) a* ***CAPRECOM EPS****, me permito manifestar que en este momento con la promulgación del Decreto 2519 del 28 de diciembre de de 2015, se ordenó la supresión y liquidación de la* ***CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EPS hoy CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN,*** *y al pretender que se condene a una entidad desaparecida de la vida jurídica, como lo es la entidad que actualmente represento, no se puede inferir responsabilidad alguna a mi poderdante, debido en primer lugar, a que en su momento, mi porhijado autorizó todo lo requerido por el paciente para su adecuada atención, y en segundo lugar, porque como se acabó de manifestar,* ***CAPRECOM EPS,*** *en la actualidad no existe, se encuentra en proceso de liquidación, por lo tanto señor Juez, solicito se declare probada esta excepción y se condene en costas y gastos del proceso a la parte actora (...)" (Resaltado del texto original) (fl. 717).*

P/O VAL X OPTOMETRIA
POLIMIXINA + NEOMICINA GOTAS OFTA Nº 1" (fl. 562 vto.)

El día 20 siguiente, el señor Cala volvió a consultar por secreción permanente ocular; en consecuencia, se le formuló "GENTAMICINA GOTAS OFTAL F 1 D GOTAS C/8 CORTICOIDE OFT + POLIMIXINA + NEOMICINA F 1 D GOTAS C/8" (fl. 563), y se dejó constancia que estaba pendiente cita con optómetra.

Los síntomas continuaron, y el 7 de mayo de 2009, el interno manifestó ante el médico, disminución de la agudeza visual y ardor. En ese momento no se le formuló ningún medicamento, y fue remitido, una vez más, al optómetra (fl. 563 vto.)

Comoquiera que el INPEC no le prestó el servicio de optometría, el señor Jorge Eduardo Martínez Cala, presentó varios derechos de petición ante la coordiancion de sanidad para que se le autorizara la cita con el profesional:

> *"Nuevamente me dirijo a ud. por tercera vez para que por favor se digne en autorizarme la remisión al especialista en este caso optómetra para que sea el quien valore si es posible corrija el grave padeicimeinto y dificultad que padezco en cuanto a mi visión se refiere. (...)" (fl. 57)*

Al no obtener respuesta a su solicitud, presentó acción de tutela el día nueve 9 de junio de 2009, para que se protegieran sus derechos a la seguridad social y salud, con fundamento en los siguientes hechos:

> *"Mi visión el cual se ha ido acentuando paulatinamente, hasta el grado de que me es imposible escribir, puesto estoy perdiendo mi visión, y no veo ni los renglones ni las márgenes, por lo que solicite ayuda médica en este establecimiento penitenciario.*
>
> *El día 4 de diciembre de 2008, se me notifica que se esta tramitando la valoración con un optómetra.*
>
> *El día 24 de febrero de 2009, en respuesta a un segundo derecho de petición, se me informa que solicitaron recurso económico para que se me realice la valoración optométrica, pero hoy 4 de junio de 2009, NO SE ME HA VALORADO, pues lo que espero es la opinión profesional é (Sic) idónea que se requiere para que NO ME HAGAN UN DAÑO IRREPARABLE debido a la Omisión de la Coordinación Médica de este establecimiento penitenciario, pues en estos 6 meses NO SE HA TOMADO NINGUNA DECISION y MI ENFERMEDAD sigue avanzando. (...)" (fl. 59)*

En consecuencia, el día 19 de ese mismo mes, el INPEC trasladó al interno para que asistiera a consulta con la optómetra, en la que luego del examen practicado, se concluyó:

> *"No recupera AV. Fondo de ojo de difícil valoración, se solicita manejo por OFTALMOLOGÍA URGENTE*
>
> *IDX: Alteración vías ópticas?*
> *Anisocaria (Midriasis pupila OD)*
>
> *No requiere anteojos aun, control posterior al tratamiento oftalmológico" (Resaltado del texto original) (fl. 415 y 415 vto.)*

*El **31 de julio de 2009**, fue atendido por el oftalmólogo (fl. 417), quien encontró al paciente una neuropatía oftalmológica (fl. 566 vto.).*

*En el formato de evolución de CAPRECOM, con fecha **13 de octubre de 2009** (fl. 420), se precisó:*

> *"TIENE REMISIÓN DE 31-07-009 DE OFTALMOLOGO CON DEX NEUROPRAXIA OPTICA OJO IZQUIERDO A ESTUDIO Y SOLICITO POTENCIALES VISUALES EVOCADOS QUE LO REALIZA EL NEURÓLOGO.*
>
> *EF ALERTA, MIDRIASIS OJO DERECHO 4MM – 5MM CONHIPERACTIVIDAD (Sic) A LA LUZ BIALTERAL ANISOCORIA C/P NORMAL ABD NORMAL A AV: PPL BILATERAL*
> *DX: NUROPATIA OPTICA?*
> *T. CELEBRAL*
> *P/SS VALORACIÓN PRIORITARIA POR NEUROLOGIA" (fl. 566 vto.)*

Es decir, que desde que fue examinado por el oftalmólogo en julio de 2009, remitieron al demandante al neurólogo y le ordenaron la práctica de varios examenes.

*Comoquiera que no fueron atendidas estas órdenes, mediante sentencia de tutela preferida el 29 de octubre de 2009, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, tuteló los derechos fundamentales a la vida y salud de Jorge Eduardo Cala Martínez, ordenando a la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita así como a la Oficina de Coordinación de Sanidad, que efectuaran en el término de cuarenta y ocho (48) horas todos los trámites, procedimientos y diligencias tendientes a garantizar la **atención médica especializada en NEUROLOGÍA al señor Cala** (fl. 64 a 79).*

*En efecto, el **11 de noviembre de 2009**, el Jorge Eduardo Cala Martínez, fue atendido por el neurólogo (fl. 430) con "IDX AMAUROSIS A ESTUDIO" (fl. 569 vto.) y*

ordenó campimetría digital. Para ello, se diligenció el Formulario único de Solicitud de Servicios de Salud a la red no adscrita de la Secretaría de Salud de Boyacá (fl. 429).

*Y, el **30 de noviembre**, fue examinado por el optómetra con un posible diagnóstico de glaucoma, ordenando el estudio de ambos ojos –sin más datos- (fl. 437).*

*El **2 de diciembre de 2009**, el señor Cala Martínez, presentó ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, un documento que tituló "ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO" (fl. 82 a 83), con fundamento en lo siguiente:*

> *"Acudo a su Honorable despacho con el fin de invocar esta acción de incumplimiento ya que trascurrida la fecha límite emitida por su despacho fui valorado por el especialista (Neurólogo) y este fue enfático al ordenar varios exámenes de manera urgente: Potenciales Visuales Evocados y otro para así poder hallar solución a mi grave problema visual. También en jornada visual realizada en el establecimiento el día 26-11-09 por la Dr. Angelica Gómez J, Optómetra Reg 53031339 por quien fuy (Sic) valorado, dictamino que mi problema es de ATENCIÓN URGENTE y ella a su vez le explica a la Dr. Erica Zuarez Suarez (Coordinadora de Caprecom ante el INPEC) la gravedad de mi problema; y la Dra Erica se escuda en que Caprecom no cubre dichos exámenes, por lo tanto no he recibido respuesta alguna del establecimiento, ni de caprecom (...)" (Resaltado del texto original) (fl. 82)*

*Como consecuencia de la intervención judicial, el día **28 de diciembre**, fueron practicados algunos exámenes (fl. 432 a 434) en los que se lee: "Potenciales evocados visuales anormales, que muestra una alteración de la vía retino-cortical bilateral, de origen axonal; con un compromiso moderado derecho y severo izquierdo" (fl. 434).*

*Además, el **26 de enero de 2010**, se obtuvieron los resultados de la campimetría visual computarizada (fl. 440), en los que se precisó que el ojo derecho no tenía percepción luminosa, y el izquierdo padecía de un defecto generalizado severo y focal superior que podría corresponder a compromiso del haz de fibras nerviosas.*

*El **11 de febrero de 2010**, el señor Jorge Eduardo Cala, consultó al médico general con un posible diagnóstico de sífilis (fl. 573), el cual fue confirmado el 3 de septiembre de ese año con el reporte del laboratorio. En tal virtud, recibió tratamiento con medicamentos (fl. 574).*

*Entre **marzo y abril** de **2010**, el señor Cala, presentó varios derechos de petición para que se tramitara cita con el especialista para la lectura de los resultados de los examenes. En efecto, el siete (7) de abril, solicitó ante el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario en el que se encontraba, lo siguiente:*

> *"Por 3ª ocasión me dirijo a usted no sin antes recordarle que los dos derecho (Sic) de petición anteriormente enviados no e (Sic) obtenido respuesta ni siquiera han hecho la entrega de los respectivos recibidos.*
>
> *El motivo de la presente es con el fin de solicitarle se me informe acerca de los trámites de una nueva valoración al oftalmólogo ya que fueron realizados los dos exámenes requeridos y coordinación de sanidad perciste (Sic) en no suministrarme ninguna clas (Sic) de información (...)" (fl. 87)*

En la historia clínica, también obran formatos de solicitud de referencia para valoración por medicina interna –sin fecha- (fl. 438 y 570) y del procedimiento ordenado por el neurólogo (fl. 493 y 573).

El 12 de abril de 2010 fue valorado por la optómetra por síntomas de disminución de agudeza visual desde hace aproximadamente tres (3) años y dolor de cabeza en la parte temporal (fl. 573 a 574). La profesional, dejó la siguiente anotación en la historia clínica:

> *"SE REMITE A OFTALMOLOGIA AL PACIENTE LE REALIZARON PVE (POTENCIALES VISUALES EVOCADOS CON RESULTADOS NO MUY POSITIVOS.*
> *DX POSIBLE DAÑO VISUAL" (fl. 573 Vto.)*

El 12 de mayo de 2010, Jorge Eduardo Cala fue valorado por el oftalmólogo, quien le diagnosticó neuritis óptica y atrofia óptica (fl. 446), y lo remitió al neurólogo.

El 27 de mayo, fue atendido por el profesional de neurocirugía ordenando un examen de IRM de encéfalo simple y contrastado, de forma urgente (fl. 570)

En los días siguientes, se diligenciaron los formatos de referencia y contrarreferencia para la valoración por neurología (fl. 447 y 574) y control con neurocirugía con resultados de IRM encéfalo simple y contratado (fl. 448 y 574 vto.).

Desde el mes de junio hasta diciembre de 2010, el señor Jorge Eduardo Cala, presentó varios derechos de petición ante el INPEC para que se realizaran los referidos exámenes (fl. 94 a 127).

El INPEC, contestó lo siguiente:

- ✓ *"Desafortunadamente la Clínica Santa Teresa por trámites administrativos (auditoría) no ha podido enviarnos la solicitud de la resonancia, apenas tengamos dicho documento, se estará tramitando su cita" (fl. 185).*

- ✓ *"Una vez CAPRECOM nos haga llegar la orden del especialista y la negación, podremos tramitar la Póliza Aurora del requerimiento del soporte económico para su estudio" (fl. 186)*
- ✓ *"Este derecho de petición fue recibido en esta oficina el 30 de junio del año en curso. Su examen fue ordenado por el especialista el 25/v/10 pero CAPRECOM no nos ha hecho llegar la orden ni la negación para solicitarlo a Póliza Aurora. Sin embargo fue solicitado a esta dependencia para iniciar los trámites y conseguir su cita" (fl. 187).*
- ✓ *"Una vez CAPRECOM nos entregue la documentación necesaria para poder solicitar soporte económico ante Póliza Aurora, iniciaremos los trámites para su cita" (fl. 188).*
- ✓ *"Con fecha 06 de julio CAPRECOM allegó a esta coordinación su orden. Se solicitó o Póliza Aurora el soporte económico para poder solicitar la cita. Una vez no lo haga llegar le daremos trámite" (fl. 189)*
- ✓ *"Esta coordinación en derecho de petición anterior, se le informó que a se solicitó soporte económico o Póliza Aurora para su estudio, una vez llegue haremos los trámites para conseguir su cita" (fl. 190)*
- ✓ *"Nuevamente se hizo el requerimiento a Póliza Aurora para el soporte económico de su resonancia, pero no nos la ha enviado" (fl. 191).*
- ✓ *"Le envío copias de las solicitudes que se le han hecho a Póliza Aurora para que envíen el soporte económico de autorización para su resonancia. A la fecha no hemos obtenido respuesta" (fl. 192)*
- ✓ *"En varias oportunidades le hemos informado que una vez Póliza Aurora envíe el soporte económico para la realización de su estudio, lo programaremos" (fl. 193)*
- ✓ *"A pesar de la insistencia por parte nuestra a Póliza Aurora, aún no nos envían la autorización para poder programar sus estudios" (fl. 194)*
- ✓ *"Hemos insistido en varias oportunidades a Póliza Aurora para que nos envíen la autorización de la resonancia pero no ha llegado. Puede usted dirigirse a sanidad INPEC para información sobre su autorización" (fl. 195)*
- ✓ *"Los trámites para que autoricen dicho estudio ya fueron realizados por parte de esta coordinación; pero no hay respuesta de la aseguradora. Puede dirigirse a ellos y hacer la solicitud directa" (fl. 196)*
- ✓ *"Revisado el sistema pendiente de respaldo económico a póliza aurora. Una vez autorizado se realizará su solicitud. (...)" (fl. 197)*
- ✓ *"Cada vez que usted envía un derecho de petición, nosotros nuevamente hacemos la solicitud de autorización de su estudio a Póliza Aurora pero no hay respuesta" (fl. 198)*
- ✓ *"Revisado el sistema ya se solicitó el soporte económico para dicho estudio, una vez tengamos dicho soporte se tramitará su cita" (fl. 199)*
- ✓ *"Ya fue solicitada autorización del examen Resonancia Nuclear magnética celebrar a Póliza Aurora pero sin respuesta a la fecha. Entonces, nuevamente vamos a solicitar dicha autorización a póliza aurora." (fl. 200)*
- ✓ *"Revisado el sistema ya fue autorizado el soporte económico para la toma de dicho examen" (fl. 201).*
- ✓ *"Revisado sistema está pendiente respaldo económico a póliza Aurora para toma de resonancia NM. El cual fue solicitado nuevamente por esta oficina"(fl. 203)*
- ✓ *"Revisado el sistema aun esta pendiente respaldo económico por Póliza Aurora en Bogotá (Dr. Hoyo). Tanto para RNM cerebral como para vta x oftalmología una vez tengamos resuelta la anterior diligencia solicitaremos sus respectivas citas" (fl. 205)*
- ✓ *"Revisado el sistema se encuentra pendiente autorización del respaldo económico por póliza aurora." (fl. 206)*

Hasta el día ***24 diciembre*** *le fue practicado el examen de resonancia nuclear magnética cerebrar al señor Cala Martínez (fl. 579 a 580).*

*El **27 de febrero de 2011**, asistió a consulta externar con el neurólogo, quien anotó en la historia, lo siguiente:*

> *"MC/EA DE 26 MESES INICIA↓↓ AGUDEZA VISUAL OI PRIMERO POR HEMICMPO TEMPORAL, LUEGO CEGUERA DE ESE OJO Y AHORA ESTABA OD CON PERDIDA DE OI 100% Y OD UN 80% TAMBIÉN HIPOESTESIA DE ANTEBRAZOS Y PIERNAS SIN SEGMENTACIÓN DE DERMATOMAS TRAE RM CEREBRAL CON GALODINIO INDICATIVA DE LESION DESMIELINIZANTE APARENTEMENTE EB HEMIFERIO CEREBLOSO DERECHO Y PONTICA IZQUIERDA Q CAPTA EL MEDIO LA CEREBELOSA DERECHA.*
>
> *(...)*
>
> *EX: PTE CON ATROFIA OPTICA BILATERAL Y CEGUERA TOTAL OI Y 80% OD MENTAL BIEN PC 2-12 BIEN*
> *MOTOR BIEN SENSIBILIDAD HIPOESTESISAS DESCRITAS EN EA ROT 3+*
> *DX DESCARTAR ENFERMEDAD DESMIELINIANTE TIPO ESCLEROSIS MÚLTIPLE*
> *PL: JUNTA MEDICA CON NEURORADIOLOGIA Y NEUROLOGIA YA QUE LA LESIÓN CEREBELOSA NO ES TOTALMENTE CARACTERÍSTICA D DESMIELINIZACION QUEDA LA R M CEREBRAL AQUÍ EN LA INSTITUCIÓN" (fl. 581)*

*El **18 de marzo de 2011**, el demandante fue atendido en la Clínica Crear Visión Ltda. Luego del examen óptico, **la impresión diagnóstica fue de neuropatía óptica, glaucoma y enfermedad desmielinizante**. Y, le fue ordenado el suministro de Timolol cada 12 horas (fl. 582 vto.).*

Y, el 14 de abril de ese mismo año, fue atendido nuevamente en consulta externa con el neurólogo (fl. 478 y 582 vto.), quien dejo la siguiente constancia:

> *"(...) PACIENTE CON ENFERMEDAD DESMIELINIZANTE CON 3 EPISODIOS (ILEGIBLE) 2 NEURITIS OPTICAS EN DIFERENTE TIEMPO Y OTRO BROTE DE VERTIGO CON 4 LESIONES INFRATENTORIALES Y SOLO UNO CAPTA MEDIO DE CONTRASTE. SE REQUIERE EN FORMA PRIORITARIA HACER DIAGNÓSTICO DIFERENCIAL CON IGG PARA NEURIOMIELITIS OPTICA, ANAS, ANCAS, VSG, ANTICOAGULANTE LUPICO RO, ANTI LS Y RA TEST Y NUEVA RNM CON GALODINIO A FIN DE CONFIRMAR (ILEGIBLE) E INICIAR MANEJO*
>
> *IDX ENFERMEDAD DESMIELINIZANTE EN ESTUDIO CONTROL CON RESULTADOS" (fl. 583)*

Para obtener la autorización de los exámenes ordenados por el neurólogo, el señor Jorge Eduardo Cala presentó varios derechos de petición al INPEC entre mayo y agosto de dos mil once (2011) (fl. 148, 151 a 153, 156 a 157, 159, 161 a 162, 164 a 166).

Y, el INPEC le contestó así:

- ✓ *"Estamos a la espera de la respuesta de CAPRECOM. Es necesario que caprecom autorice o niegue la solicitud de exámenes" (fl. 219)*
- ✓ *"Es necesario que Caprecom nos emita la negación, si (Sic) esa negación no se puede pedir el soporte a la Póliza. A la fecha Caprecom no nos ha entregado la negación" (fl. 220)*

El ***17 de agosto de 2011****, CAPRECOM le informó al recluso que "el día 26/07/11 se entregó al INPEC negación de exámenes de laboratorio y control de neurología y todos los demás exámenes pertinentes, xa (Sic) es un evento NO POS" (fl. 218).*

Una vez le fueron practicados los exámenes ordenados[84], el señor Cala fue valorado de nuevo por el neurólogo el día 4 de noviembre de 2011. Sobre el particular, en la historia clínica se lee:

> *"PTE VALORADO HACE 7 MESES, LA RMN CONTRASTADA CEREBRAL SIGUE MOSTRANDO LA LESION CEREBELOSA DERECHA HIPERCAPTANTE DEL MEDIO DE CONTRASTE. LA LESIÓN MECENCEFALICA DERECHA ES DE ASPECTO (1 RENGLON NO LEGIBLE)*
> *O/ AMAUROSIS OI AUMENTO DEFICIT OJO DER RESTO NORMAL*
> *A/ PACIENTE CON ENFERMEDAD DESMIELINIZANTE, ESCLEROSIS MULTIPLE SE INICIA MANEJO Y SE (3 PALABRAS NO LEGIBLES)*
> *ANTI DNA NO REACTIVO*
> *ANAS NO REACTIVO*
> *ANCAS P Y C NO REACTIVO*
> *ANTI RO-ANTI LA NEGATIVOS*
> *ANTICOAGULANTE LUPICO 52 CON CONTROL 31.5 SEGUNDOS*
> *PLAN: INTERFERON B LB AMPOLLA 250MG SC INTERDIARIO*
> ***S/S BANDAS OLIGOCLONALES EN LCR***
> *CONTROL EN 3 MESES"(fl. 583 a 583 vto.)*

Por otra parte, el ***9 de junio de 2011****, fue atendido el demandante por erupciones generalizadas en el cuerpo, formulándose tratamiento tópico (fl. 573 vto.). Se le practicaron varios exámenes de laboratorio con resultado de serología reactiva (fl. 454 a 455). En efecto, la médica general tratante, con ocasión de la consulta externa llevada a cabo el 3 de noviembre de ese año, anotó:*

> *"MC CONTROL PTE CON PERDIDA DE AGUDEZA VISUAL (ILEGIBLE) DE OJO DERECHO. ERUPCIÓN CUERPO QUE CEDIO CON TTO PENICILINA Y (NO LEGIBLE) HACE UNA SEMANA*

---

[84] *Según información que obra a folios 484 a 485, fueron practicados unos exámenes el 17 de septiembre de 2011.*

(...)

DX 1 SIFILIS ACTIVA?
PL: REINICIAR TTO PROCAINIA 1.600.000UI IM CADA 12 HORAS X 4D LUEGO C/DIA X7 DIAS + 4 C/SENABA
KETOTIFENO JARABE 5CC /NOCHE" (fl. 577)

El 7 de noviembre siguiente, consultó por dolor en los miembros inferiores; teniendo en cuenta el diagnóstico de enfermedad desmielinizante por HC y la ceguera bilateral, el médico tratante formuló diclofenaco (589 vto. y 591).

El 16 de noviembre, a través de una punción lumbar, se tomó muestra "PARA CITOQUIMICO Y BANDAS OLIGOCLONALES" (fl. 591 vto.). Y, el 16 de diciembre de 2011, fue atendido por el neurólogo:

"DX ESCLEROSIS MÚLTIPLE RR
TTO INTERFERON B1B 8.000,000UI INTERDIARIO TRAE BANDAS OLIGOCLONALES POSITIVAS 2 BANDAS EN LCR Y NO SE DETECTA EN SUERO
S/NO DEFICIT RECIENTE
O/AMAUROSIS BILATERAL
PLAN IGUAL MANEJO
ACETAMINOFE 1 TAB C/6H EN CADA APLICACIÓN
CONTROL EN 3 MESES" (fl. 592 vto.)

El 26 de enero de 2012, fue atendido en cita de consulta externa-control, con las siguientes recomendaciones:

"P RECOMENDACIONES GENERALES
TIAMINA 300MG DIA
NAPROXENO TABLETA CADA 12 HORAS
CONTROL
CONTINUAR CON INTERFERON
CONTINUAR MANEJO POR NEUROLOGIA
CONTROL
SIGNOS DE ALARMA Y RECONSULTA" (fl. 591)

El 10 de febrero de ese año, el demandante, asistió a control con el neurólogo:

"ESCLEROSIS MULTIPLE R-R
- *N° 3 RECAIDAS N2 N O*
- *N1 VERTIGO*
- *LESIONES ACTIVAS EN RMN*
- *BANDAS OLIGOCLONALES POSITIVAS*

S/ NO HA TENIDO NUEVOS DEFICIT
LE INICIARON EL BETA INTFERONHASTA HAC (Sic) NO HAY NUEVO DEFICIT APARTE DE AMAUROSIS Y VERTIGO, TRAE BANDAS

OLIGOCLONALES N° 2 BANDAS EN LCR Y NO DETECTABLE EN SUERO, CITOQUIMICO DE LCR NORMA
O/AMAUROSIS BILATERAL
PL INTERFERON B1B 8.000.000UI SC CONTROL EN 3 MESES" (fl. 591 vto.)

El demandante, el 15 de marzo de 2012, fue atendido por el fisiatra. En la consulta, refirió dolor de miembros inferiores con leve disminución muscular (fl. 591).

Para esa misma fecha se le realizaron exámenes paraclínicos (fl. 598 a 599), los cuales fueron revisados por el médico tratante quien concluyó que se encuentraban dentro de los parámetros normales (fl. 600).

Finalmente, el día 29 de mayo de 2012, el señor Cala fue valorado por remisión domiciliaria, así:

"PACIENTE CON DX DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE DE PROGRESO RAPIDO 3 AÑOS DE EVOLUCIÓN CON DISMINUCIÓN PROGRESIVA DE LA VISIÓN HASTA CEGUERA TOTAL ADEMÁS DISESTEIAS EN PIERNAS DE INICIO RECIENTE (8 MESES), PÉRDIDA DEL EQUILIBRIO NO OTRO SÍNTOMA, TOMARON RNM CEREBRAL QUE MUESTRA LESIÓN FOCAL HIPERINTENSA EN HEMISFERIO CEREBROSO SIN EFECTO COMPRESIVO Y OTRA EN PENDUNCULO CEREBRAL IZQUIERDO LESIONES DE TIPO DESMIELINIZANTE POR LO ANTERIOR EL JUEZ ORDENO PRISIÓN DOMICILIARIA REUIERE (Sic) TRATAMIENTO EN SU SITIO D (Sic) RECLUSIÓN INTERFERON BETA SC INTERDIARIO" (fl. 600 vto.)

A la señora Flor Alba Martínez, madre de Jorge Eduardo Cala se le hizo entrega de medicamentos y equipo para el tratamiento de la enfermedad padecida por este último, en los siguientes términos:

"Siendo las 17:30hrs se hace entrega a la señora ***FLOR ALBA MARTINEZ DE CALA*** *(...) de: 1 nevera debidamente sellada con 2 balas de hielo, 3 cajas de ampollas de interferón beta 1b debidamente selladas, 1 caja de interferón con 1 bala pequeña de gel y 1 gel antibacterial marca beta plus y una cartilla de instrucciones para la administración de interferón. Una cartilla con 4 folios, una cartilla de instrucciones para la administración de interferón, 4 plantillas para la administración de interferón, 1 base para interferón en buen estado de color azul cielo con caja del mismo producto, 01 inyector Betaject automático en buen estado de color naranja y azul cielo + libro instructor del mismo en su debido estuche (...)" (fl. 533) (Resaltado del texto original).*

El 15 de julio de 2012, Jorge Eduardo Cala Martínez fue valorado por médica general:

"(...) VALORADO POR NEUROLOGIA EN MULTIPLES OPORTUNIDADES CON DIAGNÓSTICO ACTUAL DE GLAUCOMA Y ESCLEROSIS MÚLTIPLE EN TRATAMIENTO CON INTERFERON B 1 B AMPOLLA POR 8.000.000UI

APLICACIÓN SUBCUTANA (Sic) QUEDA CON ORDEN DE CONTROL POR NEUROLOGIA DEL 10-02-2013 EN TRES MESES. S (Sic) SOLICITA UGENTE DADO QUE NO TIENE MEDICACIÓN Y PRESENTA DETERIORO NEUROLOGICO" (fl. 602 vto.)

Asimismo, el neurólogo ordenó serología y FTA/ABS para el próximo control (fl. 602 vto.). Sobre cita con este especialista, llevada a cabo el 1° de diciembre de 2012, se lee en la historia clínica:

"DX_ESCLEROSIS MULTIPLE/G35X/
_ATROFIA OPTICA
(...)
FTA ABS (-) (ILEGIBLE) FTA ABS (ILEGIBLE)3.040
AMAUROSIS BILATERAL
(...)
PLAN -INTERFERON BETA 1B 8.000.000 SC INTERDIARIA
_IC MEDICIAN (Sic) INTERNA
_CONTROL" (fl. 611 vto.)

En esa oportunidad el diagnóstico principal es el siguiente: "SIFILIS DX CORRELACIONADO ESCLEROSIS MULTIPLE S/S IC MEDICINA INTERA" (fl. 611 vto.).

Cuando el señor Cala fue examinado por el oftalmólogo el 18 de febrero de 2013, consideró:

"DX –CEGUERA AMBOS OJOS
_ATROFIA OPTICA BILATERAL
_IMPOSIBILIDAD DE RECUPERAR LA VISIÓN

R/-LATANOPROST 0.005% UNA GOTA C/NOCHE OJO DERECHO
-CROMOGLICATO 4% GOTAS C/5 HORAS
-CITA OFTALMOLOGICA EN 5 MESES" (fl. 611 vto.)

De acuerdo con la constancia de consulta externa con neurología de 5 de abril de 2013, se continuo con el suministro del medicamento INTERFERON (fl. 611 vto.).

Y, en julio de ese mismo año, el neurólogo, anotó en la historia clínica:

"ESCLEROSIS MULTIPLE RR E 055 5.0
SIFILIS DX 2010 Y 2013?
TTO BATIFERON B1B 250MG SC INTERDIARIA
S/TRAE NUEVA RMN CONTROL CON CONTRASTE 06/2013 DONDE NO HAY SINO UNA GLIOSIS OCCIPITAL Y GLIOSIS CEREBELO PEQUEÑA NO HAY REALCE NO CONTRASTE
O/AMAUROSIS BILATERAL
A: REVISANDO EL DIAGNOSTICO SE PLANTEA FRENTE A LA POSIBILIDAD DE ESCLEROSIS MÚLTIPLE QUE SE ESTÉ ANTE UNA VASCULITIS POR

SIFILIS NO RECONOCIDA EN SU MOMENTO QUE PUEDE EXPLICAR PLENAMENTE SUS LESIONES CEREBRALES Y TAMBIEN LAS BANDAS OLIGOCLONALES (+)
POR LO ANTERIOR SE DECIDE SUSPENDER INTERFERON Y SE CONTROLARA EN 4 MESES SE DAN SIGNOS DE ALARMA SE EXPLICA SU CONDICIÓN Y MANEJO" (fl. 614).

La última anotación de la historia clínica que aparece en el expediente, es la consulta por neurología llevada a cabo el 26 de junio de 2014, así:

"DX (1) ESCLEROSIS MULTIPLE (DX 2011) DIAGNOSTICO EN REVISION VS (2). VASCULITIS POR NEUROSIFILIS
TTO SUSPENDIDO
S/ULTIMO CONTROL HACE UN AÑO NO HA VUELTO A TENER RECAIDAS TRAE SEROLOGIA 19/07/201 (+) EN 4 DILUCIONES SE HABLA CON MEDICINA INTERNA (DRA DERLY) SE CONSIDERAN SECUELAS
O/AMAURISIS BILATERAL
A/PACIENTE AMERITA SEGUIMIENTO Y APLICAR DIAGNOSTICO DIFERENCIAL INCLUSO NEUROSIFILIS OPTICA
PLAN S/S ANTICUERPOS ANTI ACUAPORINA 4 EN SUERO
S/S RMN CEREBRAL Y COLUMNA CERVICAL CON CONTRASTE
CITA CON RESULTADOS" (fl.614)

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala que el Estado omitió el cumplimiento de sus obligaciones de prestación del servicio de salud de forma adecuada, oportuna y eficaz, comoquiera que a pesar de los síntomas presentados por el señor Jorge Eduardo Cala Martínez y de los insistentes derechos de petición, de forma inexcusable no lo remitieron inmediatamente al ***optómetra****, cuando desde la primera valoración realizada en* ***octubre de 2008*** *en el centro de reclusión, el médico general, expresó esta necesidad.*

Trascurridos aproximadamente, ocho meses y como consecuencia de una acción de tutela, le fue prestado el servicio de optometría al recluso, momento en el cual, su enfermedad ya había progresado considerablemente. Por tal motivo, de forma inmediata tuvo que ser atendido por el oftalmólogo, quien ante las características de la enfermedad lo remitió al neurólogo.

En relación con estos hechos, únicamente obra prueba en el expediente sobre la negligencia del INPEC.

Respecto de los exámenes ordenados por el especialista a Jorge Eduardo Cala Martínez, encuentra la Sala que no fueron practicados de forma oportuna, porque CAPRECOM no se pronunciaba sobre la prestación del servicio, y el INPEC no

adelantó las gestiones necesarias en relación con los soportes económicos requeridos. Por esta razón fue necesaria la intervención judicial.

Para esta época, el señor Jorge Eduardo Cala ya había perdido la visión del ojo izquierdo y el derecho estaba gravemente comprometido.

Obsérvese que las entidades involucradas en modo alguno garantizaron el acceso a los servicios de salud en condiciones oportunas, adecuadas, eficientes y continuas del señor Jorge Eduardo Cala Martínez, al punto que fue necesaria la interposición de varias acciones de tutela e incidentes de desacatos.

No obstante, aunque de lo hasta acá expuesto se evidencian conductas de las dos entidades que ameritan responsabilidad, en cuanto a la determinación del porcentaje de responsabilidad predicable a cada una, la sentencia se ocupará adelante haciendo uso de las reglas de la sana crítica, conforme se derive del análisis conjunto de los medios de convicción.

5.7. Nexo causal entre la pérdida de oportunidad y la deficiente prestación del servicio

Encuentra la Sala que tal como fue precisado en el acápite denominado "5.4.1. Falta de certeza o aletoriedad del resultado esperado y certeza de la existencia de una oportunidad" la atención oportuna de la esclerosis múltiple o de la sífilis, le otorgaba probabilidades al paciente de evitar el avance de las enfermedades a fases más complicadas, así como la afectación de sus órganos y sentidos.

Al examinar la historia clínica, se observa que entre la manifestación de los primeros síntomas en ***octubre de 2008*** *y la realización de los examenes médicos cerebrales que permitieron determinar una afectación del funcionamiento neurológico relacionado con esclerosis múltiple, trascurrieron aproximadamente* ***tres años (fl. 583)****, y por otra parte, la atribución de los síntomas a una neurosífilis,* ***cuatro años*** *(fl. 549 y 611 vto.), tiempo durante el cual, el demandante perdió definitivamente la visión.*

Ahora bien, con certeza no es posible indicar que si la atención hubiese sido oportuna, el señor Cala recuperara la visión, pero lo es cierto es que ***al no prestarle atención médica a tiempo, desapareció la oportunidad de frenar el curso negativo de la patología que estaba padeciendo.***

Así entonces, aparece razonable que la omisión de las entidades fue determinante para que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez ***perdidera la oportunidad de evitar la ceguera bilateral.***

Recuérdese que él, únicamente contaba con el servicio médico que ofrecía el establecimiento carcelario, a través de la EPS contratada, y no se encontraba en condiciones de acceder a otro tipo de atención.

Resulta evidente que la ***falta de prestación oportuna del servicio médico*** *constituye en sí mismo un daño imputable a las entidades demandadas, independientemente de los resultados que se deriven, pues, recuérdese que, de conformidad con los artículos 2º y 90 de la Constitución Política, es de rango superior la configuración de la responsabilidad del Estado por la* ***omisión*** *de las autoridades públicas en el acatamiento de las obligaciones preestablecidas por las normas, máxime cuando se trata de personas recluidas a quienes se les debe prestar la atención en idénticas condiciones de la población que no ha sufrido la restricción a su derecho a la libertad.*

Recuérdese acá que en casos de pérdida de oportunidad lo trascendental no es determinar la causa de la ceguera, sino el nexo de causalidad entre la incertidumbre y la probabilidad, lo cual, en este caso, a juicio de esta Corporación, quedó demostrado.

Por ello, se dirá que el fundamento de la sentencia apelada fue errado y se alejó de los marcos jurisprudenciales, no sólo en cuanto se refiere al análisis que corresponde a la pérdida de oportunidad, sino además porque de forma desacertada exigió a los demandantes probar la causa de la ceguera.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la responsabilidad del INPEC y del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, por la pérdida de oportunidad, teniendo en cuenta la participación de cada una en la generación de este daño.

5.8. Del tratamiento médico inadecuado

Con la apelación, se incluyó como argumento que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez no recibió tratamiento médico adecuado a su enfermedad, comoquiera que se puso en duda el diagnóstico de Esclerosis Múltiple.

Sobre el particular, bastará con decir que las pretensiones se dirigieron a que se declarara la responsabilidad del INPEC como consecuencia de la falla en el servicio "en la falta de atención oportuna" (fl. 357).

En efecto, en el hecho 89 de la demanda se manifestó que el paciente "no fue atendido diligentemente en sus inicios, y lo que fue a finales del 2011 y en el 2012 le dieron un tratamiento conforme pero su enfermedad ya no tenía cura" (fl. 368). En efecto, en la demanda, se imputó responsabilidad porque a juicio del actor, el INPEC, omitió prestar de forma oportuna el servicio de salud:

> *"La NO atención oportuna y de poca importancia que le prestaron a su enfermedad que evolucionó por la tardanza en remitirlo a una nueva consulta especializada y en no habérsele dado el debido tratamiento inmediatamente, que en repetidas oportunidades solicitó el señor Jorge Eduardo Cala, y que además le ocasionaron enormes perjuicios morales, fisiológicos y materiales, y a sus familiares cercanos, la imposibilidad de trabajar cuando cumpla su pena, ya que su pena se cumple cuando el apenas tenga 56 años (...)" (fl. 371)*

En el libelo introductorio no se advierte que la parte actora fundamente de forma fáctica o jurídica sus pretensiones desde la perspectiva de una falla médica por suministro de un medicamento no compatible con la enfermedad que sufre el señor Jorge Eduardo Cala Martínez, y de su interpretación integral tampoco es posible arribar a tal conclusión.

Atender en este estadio procesal, una argumentación que modificaría las pretensiones de la demanda, así como la fijación del litigio, violaría el derecho al debido proceso, la contradicción, así como a la igualdad del demandado, a quien se sorprendería con una sentencia que en modo alguno atendió los parámetros del debate de la primera instancia y aún del recurso de apelación. Y, es que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 281 del CGP, no es posible condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta.

En este estado de las cosas, es imprescindible destacar que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la ***cuestión decidida****, con unidad temática y consecuente entre las pretensiones de la demanda, los fundamentos de hecho, las razones fácticas, la contestación y la sentencia[85]. "(...) Así, queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El*

---

[85] *Artículo 320 del CGP*

recurso que desconozca esta restricción, ***viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora***[86]*."*[87]*(Resaltado fuera de texto original).*

Comoquiera que el cuestionamiento del recurso, relacionado con el suministro del medicamento, constituye un nuevo argumento, no será atendido por esta Corporación.

5.9. De la indemnización

El Consejo de Estado en la sentencia proferida el 5 de abril de 2017 con ponencia del Doctor Ramiro Pazos Guerrero, consideró que no existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad y de la visible repercusión en los montos de la indemnización, por ello, reiteró los parámetros para cuantificarla:

> *"(...)*
>
> *i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio* ***radica en el truncamiento de la expectativa legítima****, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica,* ***sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud****.*
>
> *ii) La expectativa se cuantificará en* ***términos porcentuales****, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*
>
> *iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del*

---

[86] *Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. 14403*
[87] *Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS*

demandado cercenó una expectativa legítima. ***En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial[88].***

iv) *No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final,* ***habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.***

v) *El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora,* ***si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina[89], bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad[90], eje rector del sistema de reparación estatal,*** *-artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998[91]-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados[92].*

vi) *Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades,* ***la cuantificación del porcentaje de posibilidades***

---

[88] *Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizará o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: "insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño" GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.*

[89] *TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.*

[90] *Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth*

[91] *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".*

[92] *En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.*

> ***truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos[93], en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales**, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, **bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.**" (Resaltado fuera de texto)*

El sub-lite encuentra la Sala que no fue aportada prueba alguna sobre el porcentaje del truncamiento de la expectativa que le asistía a Jorge Eduardo Cala Martínez de evitar la ceguera bilateral.

Si bien, en la literatura médica se encuentran algunos porcentajes de posibilidades de evitar las consecuencias negativas de la esclerosis múltiple y de recuperación de la sífilis, lo cierto es que, por las características de estas enfermedades, se ha reiterado que su progresión depende de cada paciente.

En efecto, el Profesional Universitario Forense del Instituto de Medicina Legal, sostuvo:

> *"En conclusión la vasculitis por sífilis es una complicación vascular de la sífilis secundaria no tratada que dependiendo del área del cuerpo afectada presentará un cuadro clínico de gravedad variable y pronóstico variable, por no tanto no se puede generalizar en cuanto a las consecuencias de la enfermedad y la progresión de las mismas.*
>
> *En el caso en concreto se requiere valorar físicamente al paciente portador de la enfermedad y hacer un análisis integrar de las pruebas realizadas, los diagnósticos acogidos, los tratamientos instaurados y el resultado de los mismos así como los conceptos de los especialistas tratantes." (fl. 916 vto.)*

---

[93] *La sentencia n.° 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, "Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica", Revista Española de Medicina Legal, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.*

En el presente caso, se presenta un defecto de información médica, científica o técnica que le impide a la Sala obtener ***certeza cuantitativa de la pérdida de oportunidad****, porque no se aportó prueba sobre este aspecto.*

Esta deficiencia resulta achacable a la actividad probatoria de la parte actora, a quien, por regla general, le corresponde la carga demostrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del CGP. Sin embargo, al encontrase probado el daño antijurídico relacionado con la pérdida de oportunidad, el Estado debe repararlo acudiendo al ***principio de equidad****, pues no hay duda que de prestarse el servicio médico en condiciones de oportunidad por parte del INPEC y CAPRECOM, al señor Cala le asistían expectativas de no perder la visión.*

Sobre el particular, en la sentencia tantas veces citada de la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 5 de abril de 2017, se precisó:

> *"26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño.*
>
> *26.2.* ***En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis.***
>
> *26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial." (Resaltado fuera de texto original).*

Acudiendo a este criterio jurisprudencial, la Sala aplicará el criterio de equidad y cuantificará el porcentaje de pérdida de oportunidad en un 50%, que se atenderá para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales.

5.9.1. Del daño a la salud

En la reforma de la demanda, la parte actora solicitó a favor de Jorge Eduardo Cala Martínez, Flor Alba Martínez de Cala, Ana Isabel Cala Martínez, Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez y María Eugenia García Aguirre el reconocimiento de los perjuicios a la salud (fl. 357).

La Sección Tercera del Consejo de Estado, ha considerado que el reconocimiento de esta clase de perjuicios solamente se realiza a favor de la víctima directa pues se trata de una afectación psicofísica subjetiva.

Se agregará que este tipo de perjuicio, se diferencia del moral porque no está encaminado a la compensación por el padecimiento que genera, sino por una lesión o alteración de la unidad corporal de la persona, como bien jurídico constitucionalmente protegido. Sobre el particular, la Alta Corporación, ha expuesto:

> *"(...) "Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:*
>
> *"i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;*
>
> *"ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal*[94]*.*
>
> *"Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.*
>
> *"Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto,*

[94] *"Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico." GIL Botero, Enrique "Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación", pág. 10.*

desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud. (...)"[95]

Ahora bien, la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 28 de agosto de 2014, unificó la jurisprudencia en relación con el contenido y alcance del perjuicio al daño a la salud, así:

"Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado[96]*.*

Lo anterior, en ejercicio del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizarán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	***Víctima***
Igual o superior al 50%	*100 SMMLV*
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	*80 SMMLV*
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	*60 SMMLV*
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	*40 SMMLV*
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	*20 SMMLV*
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	*10 SMMLV*

Por lo tanto, establecido que el porcentaje de incapacidad de Luis Ferney Isaza, es del 30.17%, se le reconocerá por este concepto el valor de ***60 SMMLV****, con lo cual, el monto de la indemnización resultaría proporcional a la lesión sufrida."*[97]

---

[95] *Sección Tercera. C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente: 0512331000200700139 01 Radicación interna No.: 38.222 Actor: José Darío Mejía Herrera y otros Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional*

[96] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 27 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz*

[97] *C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170). Actor: Luis Ferney Isaza Cordoba y otros. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional*

*En el sub-lite, se encuentra que el porcentaje de la gravedad de la pérdida de la visión bilateral sufrida por Jorge Eduardo Cala Martínez fue determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en **82,60%** (fl. 864 a 866).*

En consecuencia, acudiendo a los parámetros jurisprudenciales traídos en cita el valor del daño a la salud, corresponde a 100 SMLMV.

*No obstante, en atención a que se trata de una indemnización por pérdida de la oportunidad de evitar la ceguera bilateral, se reducirá la condena en un 50%, de suerte que el reconocimiento será equivalente a **50 salarios mínimos legales mensuales vigentes** a favor del señor Jorge Eduardo Cala Martínez.*

5.9.2. De los perjuicios morales

El Consejo de Estado, sobre los perjuicios morales ha precisado:

> *"27.1. El daño moral alude al generado en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos con ocasión de la lesión de un bien jurídico. Este tiene una existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los parámetros generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual, y, como se dijo, que tenga relación con un bien jurídico tutelado.*
>
> *27.2. Ahora, el juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de indemnizar el perjuicio moral. Esta discrecionalidad está regida por varios criterios de relativización: i) por la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación; ii) por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; iii) por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el expediente respecto del perjuicio y su intensidad; y iv) por el deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad[98]. "[99]*

Ahora bien, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del consejero Danilo Rojas Betancourth en sentencia proferida el 28 de agosto de 2014 en el proceso radicado bajo el N° 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832) promovido por Andreas Erich Sholten contra el INPEC y otros, se refirió al daño moral sufrido como consecuencia de la deficiente prestación del servicio de

---

[98] *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 15459, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.*
[99] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 5 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). Actora: Ángela María Gutiérrez Campiño y otros. Demandado: Cajanal y otro.*

salud en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, en los siguientes términos:

> *"19.1. Al respecto la Sala advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación[100] y por aplicación de máximas de la experiencia, es posible inferir que quien ha padecido dolencias físicas ha sufrido también perjuicios morales, de manera tal que, en el caso bajo análisis, hay lugar a reconocer al actor una indemnización por dicho concepto.*
>
> *19.2. Ahora bien, en relación con su tasación, la Sala considera que en la medida en que se desestimó la causal eximente de responsabilidad que había sido tenida en cuenta en primera instancia –hecho de la víctima - y dados los elementos probatorios acreditados, hay lugar a conceder una indemnización mayor.*
>
> *19.3. De acuerdo con las notas consignadas en la historia clínica, el señor Sholten estuvo en varias oportunidades decaído, deprimido y apático, por no contar con las condiciones sanitarias adecuadas –supra párr. 10.13-, sin mencionar el que, como lo refirió ante el personal médico, tuvo que considerar e incluso acudir a la alternativa de dejar de ingerir alimentos para evitar utilizar el baño, idea que indica la importancia de la afectación sufrida por el actor. Además, es fácil inferir que las dificultades presentadas en un aspecto tan vital y sensible para cualquier ser humano, como es aquel relacionado con la satisfacción de necesidades fisiológicas, hayan producido sufrimientos morales, más aún dada la impotencia implicada por el estado de discapacidad del actor.*
>
> *19.3. En estos términos y de acuerdo con el criterio de la Sección Tercera según el cual, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, hay lugar a reconocer una indemnización equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes[101], la Sala reconocerá, a favor del actor y en aplicación del arbitrio juris[102], esta suma."*

En el sub-lite, se solicitó el reconocimiento de esta tipología de perjuicio a favor de Jorge Eduardo Cala Martínez, su madre, hermanos y compañera sentimental.

El parentesco se encuentra probado así:

---

[100] *Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 2003, exp. 14083, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia de esta Subsección proferida el 14 de abril de 2011, exp. 20587, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Allí se dijo: "26. Demostradas las relaciones de parentesco existentes entre los demandantes puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que entre ellos existe un lazo afectivo y, por lo tanto, que sufrieron pena, aflicción y dolor a causa de las lesiones sufridas por su padre, hermano, hijo y compañero, lo cual los legitima para reclamar la reparación de los perjuicios causados".*

[101] *Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. 13232 y 15646, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

[102] *Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales "... descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodean los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad..." (sentencia de 16 de junio de 1994, exp. 7445, C.P. Juan de Dios Montes Hernández). Igualmente pude verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, decisión que constituye uno de los muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales. Aunque la determinación del monto de indemnización debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad, en este caso no se encontraron antecedentes similares.*

- ✓ *A folio 46 obra registro civil de nacimiento de Jorge Eduardo Cala Martinez, en el que aparece como madre la señora Flor Alba Martínez S.*
- ✓ *Julio Roberto Cala Martínez es hijo de Flor Alba Martínez Silva, según registro civil de nacimiento visible a folio 47.*
- ✓ *Eulalia Cala Martínez, es hija de Flor Alba Martínez Silva, según consta en su registro de civil de nacimiento (fl. 48)*
- ✓ *Ana Isabel Cala Martínez es hija de Flor Alba Martínez Silva, de acuerdo con su registro civil de nacimiento (fl. 49)*

Sobre la relación sentimental de Jorge Eduardo Cala Martínez con María Eugenia García Aguirre, se dirá que en la demanda ambas partes aseveraron su existencia (fl. 4 a 45), y obran pruebas en el plenario que así lo indican.

En efecto, al rendir testimonio, Zoraida Ávila Castañeda sostuvo que trabajó con la "esposa" de Jorge Eduardo, María Eugenia (Minuto 00:33:19 Cd. fl. 796).

Además, fue allegada una declaración juramentada ante Notario de Vivian Carolina Sánchez, en los siguientes términos:

> *"(...) TERCERO: Que al igual nos consta que la señora MARÍA EUGENIA GARCÍA AGUIRRE y durante el tiempo comprendido entre el año 2000 hasta el 2008 vivió y convivió bajo el mismo techo y como compañera permanente con el señor JORGE EDUARDO CALA MARTÍNEZ (...)" (Fl. 50)*

Sobre las pruebas extraprocesales, el artículo 174 del CGP, reza:

> *"Art. 174. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con la audiencia de ella.* ***En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.***
>
> *La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderá al juez ante quien se aduzcan" (Resaltado fuera de texto original)*

A su vez, el artículo 188 del mismo estatuto procesal, previó que a los testimonios anticipados con o sin la intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, deberán ratificarse, ***con la precisión que, si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, su declaración no tendrá valor.***

Es decir que, en principio, para que sea posible otorgar valor probatorio a las declaraciones rendidas ante notario público, es necesario que sean citados al proceso quienes la rindieron para que confirmen lo dicho y de esta forma, la parte contra la que se aducen, tenga derecho contradecirlos de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política.

*Sin embargo, de forma reciente, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor William Hernández Gómez en sentencia que decidió el reconocimiento de pensión de sobrevivientes, proferida el **30 de marzo de 2017,** en el expediente radicado bajo el Nº 81-001-23-33-000-2013-00094-05 (4357-2014) promovido por Cenaida González Alcalde contra el Ministerio de Defensa Nacional, al interpretar las normas sobre las declaraciones extra proceso, consideró:*

> *"...Respecto a la ratificación de testimonios, esta Corporación ha señalado[103], que aún cuando se ha predicado que la validez de las declaraciones extraprocesales allegadas dentro de un proceso judicial se encuentra sujeta a la citación de la parte contraria, a la posterior ratificación de las mismas o a aquellos casos en los que exclusivamente la ley les habilita como prueba sumaria -como garantía procesal que milita a favor de la parte contraria en virtud del derecho de contradicción y de defensa-, éstas pueden ser tenidas en cuenta, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento del procedimiento administrativo, o en la instancia judicial pertinente.*
>
> *En el presente caso, se observa que las declaraciones extraprocesales rendidas ante el Notario Cuarto del Círculo de Pereira por los señores Luis Alfonso Herrera Zuleta, Andrés Felipe Trujillo Ramírez (folios 119), María Gladis González de Cerón (folio 120) y María Luzmila Callejas viuda de Naranjo, Blanca Luz Godoy Quintero, Etelvina Ríos de Salinas y José Miguel Rendón Castaño (folio 135) no valoradas por el a quo, fueron aportadas al proceso por la entidad demandada y corresponden al expediente prestacional del señor Julián Cadavid González (q.e.p.d) con número 10846 (folios 107 a 162).*
>
> *Así mismo, se encuentra que el Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional no solicitó su ratificación como lo indica el artículo 222 del Código General del Proceso, ni tachó su falsedad. Por el contrario, fueron decretadas en la audiencia de pruebas realizada el 25 de junio de 2014 (folios 165 a 167), sin que la entidad demandada interpusiera ningún recurso.*
>
> *De esta manera, entiende la Subsección que el hecho de haberse tenido como pruebas en la etapa procesal pertinente, los documentos aportados por la*

---

[103] i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 15 de febrero de 2012, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2012-00035-00; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de 5 de marzo de 2015, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, número interno 37310

> *parte demandada, y más aún, haberse verificado todas las oportunidades legales para que fueran válidamente controvertidas, sin que se realizara pronunciamiento alguno; constituyen suficientes argumentos para que éstas adquieran plena validez probatoria y deban ser valoradas en cuanto a la efectividad e idoneidad de su contenido frente a los hechos que pretenden demostrar y en conjunto con el restante material probatorio." (Subrayado fuera de texto)*

En este caso, la declaración rendida ante la Notaría Única del Círculo de Funza, acerca de la existencia de unión marital entre el señor Jorge Eduardo Cala y María Eugenia García Aguirre, será tenida en cuenta por esta Sala por tener plena validez probatoria comoquiera que fueron puestas en conocimiento de la entidad demandada, sin que haya sido controvertida.

Además de lo anterior, se lee en la "CARTILLA BIBLIOGRÁFICA DEL INTERNO" con fecha de generación 7 de junio de 2016, que Jorge Eduardo Cala Martínez, tiene unión libre con María Eugenia García Aguirre (fl. 616).

Si bien, una vez concedida al señor Cala la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, se trasladó a la vivienda de su madre en Tunja (fl. 604 a 605), lo cierto es que las anteriores pruebas permiten inferir la existencia de una ***relación sentimental****.*

Por otra parte, se aportó al proceso un dictamen pericial consistente en la valoración psicológica practicada a Jorge Eduardo Cala Martínez, Flor Alba Martínez de Cala, Ana Isabel Cala Martínez, Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez y María Eugenia García Aguirre (fl. 894 a 899).

De conformidad con el artículo 220 del CPACA se llevó a cabo su contradicción en la audiencia de pruebas del 13 de junio de 2017 (Minutos 00:07:57 a 00:37:23 CD. fl. 912). El dictamen no fue objetado ni sujeto a aclaración o adición.

Al tenor del artículo 232 del CGP, el juez al valorar el dictamen, debe tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, así como los demás elementos probatorios que obran en el proceso. De ahí, que la jurisprudencia[104] ha aceptado la eficacia probatoria del dictamen de expertos, cuando:

---

[104] Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Sentencia proferida el 17 de marzo de 2016. Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00682-01. Actor: FUNDACIÓN INFANTIL LOS ÁNGELES. Demandado: UNIMEC S.A. EPS EN LIQUIDACIÓN

- *El perito informe de manera razonada lo que sepa de los hechos, según sus conocimientos especializados.*
- *El dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de técnicos, bajo su dirección y responsabilidad.*
- *El perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo.*
- *No exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad.*
- *No se haya probado una objeción por error grave.*
- *El dictamen esté debidamente sustentado y sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas.*
- *Sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a demostrar.*
- *Se haya surtido la debida contradicción.*
- *No exista retracto del mismo por parte del perito.*
- *Otras pruebas no lo desvirtúen.*
- *Sea claro y detallado, y que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones.*

Dirá la Sala que una vez analizado, el documento presentado como dictamen pericial, cumple con los requisitos indispensables para otorgarle eficacia probatoria en tanto, aportó conocimientos especiales sobre el objeto de la prueba, dio cuenta de exámenes y de los instrumentos utilizados para las conclusiones que expuso. Asimismo, fue claro y expresó el fundamento de las conclusiones a las que arribó.

Igualmente, explicó en la audiencia de pruebas, bajo la gravedad de juramento, su formación y la experiencia.

De acuerdo con el dictamen pericial (fl. 894 a 896), y la declaración que rindió la psicóloga Natalia Ahumada Castillo en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de junio de 2017, la ceguera le ha causado al señor Jorge Eduardo Cala Martínez un alto grado de desesperanza que ha conducido a la depresión con un intento suicida en diciembre de 2016 (Minutos 00:13:20 y 00:23:55 CD. fl. 912).

En relación con la señora Flor Alba Martínez Cala, madre de Jorge Eduardo, expuso como conclusiones la perito:

"Se llevó a cabo una (1) sesión de evaluación diagnóstica en la que se encontró que la señora Flor Alba, que es un adulto mayor de 80 años de edad, es actualmente la cuidadora y proveedora económica de su hijo Jorge Eduardo Cala, ya que él depende de un tercero para su cuidado, debido a la incapacidad que presenta (ceguera). La señora reporta que ha tenido que modificar sus patrones conductuales habituales desde que su hijo, Jorge Eduardo, está viviendo con ella.

Flor Alba reporta sentirse muy triste (durante gran parte de la entrevista presenta llanto) y angustiada constantemente por los cambios de humor que presenta su hijo, en especial desde un día, a mediados de diciembre de 2016, que lo encontró intentando beber el contenido de una botella de clorox (hipoclorito de sodio) con el fin de quitarse la vida. También manifiesta que "esta situación de Jorge ha generado problemas familiares, ya que mis dos hijas han perdido sus hogares por esta causa.". La señora reporta que su vida ha cambiado mucho, debido a que "ahora no puedo tener vida social, ni viajar a visitar a mi hija porque me da miedo dejar a Jorge Eduardo solo y llegar encontrarlo muerto". También manifiesta que ahora debe trabajar más para poder suplir los gastos de Jorge además de los suyos, porque la colaboración económica que pueden hacerle sus otros hijos no es suficiente.

***Se puede concluir que la situación de discapacidad de Jorge Eduardo, ha afectado la dinámica social, familiar y personal, al igual que las áreas de ajuste emocional de la señora Flor Alba Martínez.**" (fl. 896). (Resaltado fuera de texto original)*

En el mismo sentido, la psicóloga se refirió respecto a las hermanas y hermano de Jorge Eduardo Cala Martínez, Ana Isabel, Eulalia y Julio Roberto Cala Martínez, para concluir, luego de la evaluación diagnóstica, la afectación en su estado anímico por las condiciones de su familiar y madre (fl. 896 a 897).

Respecto a la compañera sentimental, se lee en el dictamen pericial:

"Se llevó a cabo una (1) sesión de evaluación diagnóstica con la señora María Eugenia compañera sentimental de Jorge Eduardo. La señora reporta: "Desde que Jorge perdió la vista todo ha sido más complicado, porque por lo menos antes de quedar ciego él hacía artesanías en la cárcel y eso lo distraía, también me las daba para que yo las vendiera y de esa manera nos apoyábamos económicamente. También estaba más tranquilo y menos malgeniado. Ahora todo es muy complicado con él, normalmente está triste, llora mucha, no habla mucho, se ha alejado de mí y mis hijos, que son como si fueran de él porque él los crio. Yo no vivo aquí en Tunja, pero trato de venir lo más seguido posible, pero la verdad eso es muy doloroso porque Jorge siempre dice que es una carga para todos nosotros, que es un estorbo, que ojalá lo hubieran matado en la cárcel, que se siente medio hombre y cosas por estilo (Sic), yo trato de convencerlo que eso no es así, que todos nosotros lo queremos y que estamos felices de que esté con nosotros, pero él es muy terco. Doctora, yo no sé si usted sabe pero él una vez intentó matarse, gracias a Dios doña Flor Alba llegó y se dio cuenta o si no hubiera pasado una catástrofe. Eso nos afana mucho a todos, por eso tratamos de no dejarlo solo; cuando doña Flora Alba se va a trabajar le paga a una vecina para que vaya y se quede con él, nosotros le decimos que es por si se ofrece algo, pero la verdad es para que no se vaya a hacer nada malo. Todo esto de su ceguera prácticamente está acabando nuestra relación de 17

> *años, porque Jorge cada vez se aleja más, dice que no quiere seguir siendo una carga para mí y mis hijos, que nosotros le tenemos lástima, que él es un estorbo. Doctora yo no sé si usted me entiende pero esto es muy difícil, sobre todo porque él no ayuda."*
>
> ***Concluida la sesión se puede determinar que la relación de pareja de la señora María Eugenia y Jorge Eduardo, se está viendo deteriorada por la condición emocional de Jorge producto de su incapacidad. También se evidencia una preocupación constante por la salud mental y la integridad física de su pareja."*** *(Resaltado fuera de texto original) (fl. 898 a 899).*

De lo anterior, concluye la Sala que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez y su núcleo familiar se encuentran afligidos y angustiados como consecuencia de la pérdida de la visión de aquel.

En efecto, está probado el daño moral que, para la víctima directa y su madre, será compensado, acudiendo a criterios de justicia, con el equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes; y, para sus hermanos, así como compañera permanente, 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, recuérdese que se trata de la indemnización de un daño moral en relación con la pérdida de oportunidad. Por lo tanto, a esas sumas se le deducirá el 50%, de manera que la indemnización por este concepto quedará así:

- ✓ *Para Jorge Eduardo Cala Martínez el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes*
- ✓ *Para Flor Alba Martínez Silva, en calidad de* ***madre*** *del señor Jorge Eduardo Cala, el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- ✓ *Para Ana Isabel Cala Martínez, en calidad de* ***hermana*** *de Jorge Eduardo Cala, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- ✓ *Para Eulalia Cala Martínez, en calidad de* ***hermana*** *de Jorge Eduardo Cala, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- ✓ *Para Julio Roberto Cala Martínez, en calidad de* ***hermano*** *de Jorge Eduardo Cala, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- ✓ *Para María Eugenia García Aguirre, en calidad de* ***compañera sentimental*** *de Jorge Eduardo Cala, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

5.9.3. De los perjuicios materiales

5.9.3.1. Del lucro cesante

En la reforma de la demanda, por este concepto, se solicitó a favor de Jorge Eduardo Cala Martínez:

> *"(...) el valor completo de la disminución de su trabajo, con base en la incapacidad permanente que sufre como consecuencia de la ceguera definitiva en ambos ojos y pérdida muscular en los cuatro miembros.*
>
> *El promedio del ingreso del señor JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ era de $640.000, antes de su captura y cuando se encontraba en óptimas condiciones de salud, y en la actualidad tiene 44 años, que una persona en buen estado de salud podrá desarrollar su capacidad de trabajar, circunstancia en la que el señor CALA no podrá trabajar debido a su incapacidad laboral.*
>
> *La indemnización de los daños y perjuicios materiales a que se refiere este numeral se pagaran por el monto que se pruebe dentro del proceso, junto con los correspondientes intereses, que se demandan como parte del lucro cesante, debidamente actualizado, acorde con el índice de precios al consumidor o al por mayor, certificado por el Departamento Administrativo de Estadísticas –DANE-, con aplicación de las fórmulas matemáticas financiera conocidas y utilizadas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, para la indexación de condenas como las que aquí se reclaman. T. (Sic) que serán determinados por el perito como son:*
>
> 1. *Un salario mensual de por vida para Jorge Eduardo Cala Masrtínez por su incapacidad permanente que le impide trabajar. 2. Un salario mensual de por vida incluyendo prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social para una persona que se encargue del cuidado personal (alimentación, vestido, aseo, traslado). 3. Un salario mensual de por vida incluyendo prestaciones sociales y pagos al sistema de seguridad social para el pago de una enfermera que lo atienda y vele por los cuidados en la salud del señor Jorge Eduardo Cala Martínez. 4. La suma de $40.000.0000 correspondientes a los gastos de adecuación de la vivienda del señor Jorge Eduardo Cala Martínez para que se pueda desplazar ya que en el inmueble en el que habita no cumple las condiciones necesarias." (fl. 357 a 358)*

- ***De la pretensión consistente en ordenar por concepto de lucro cesante, un salario mensual a favor de Jorge Eduardo Cala Martínez***

En relación con la cuantificación del lucro cesante, obra un dictamen pericial a folios 867 a 870, que fijó el valor del mismo en ciento veintiocho millones cuatrocientos noventa y tres mil ciento noventa y nueve pesos con noventa centavos ($128.493.199.90).

No obstante, la Sala se abstendrá de otorgarle mérito probatorio comoquiera que la determinación del valor a indemnizar por este concepto le corresponde al juez, atendiendo las pretensiones de la demanda y los criterios jurisprudenciales, pues no requiere especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos, sino que se fundamenta en cálculos matemáticos.

En efecto, de conformidad con el artículo 226 del CGP, la prueba pericial únicamente "es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos". Sobre el particular, el doctrinante Hernando Devis Echandía, en el libro "TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL 2", expuso:

> *"El juez es un técnico en derecho, pero carece generalmente de conocimientos sobre otras ciencias y sobre cuestiones de arte, de técnica, de mecánica, de numerosas actividades prácticas que requieren estudios especializados o larga experiencia. (...). En presencia de una cuestión científica, artística, técnica, el juez se ve en la necesidad de recurrir al auxilio de expertos, para verificar hechos o determinar sus condiciones especiales. Estos expertos actúan en calidad de peritos."*[105]

Ahora bien, la Sección Tercera de la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, para indemnizar el lucro cesante en casos en los que, por responsabilidad del Estado se ha causado la pérdida de la capacidad laboral, ha considerado que el juez debe soportarse en pruebas que le permitan inferir el valor de los ingresos mensuales de la víctima y en caso de ausencia, presumir que este equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, al cual se debe adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales:

> *"(...) El salario base de liquidación será el salario mínimo legal vigente, comoquiera que, de acuerdo con la prueba testimonial, Jairo Aponza Carabalí, se dedicaba a la minería, esto es, era un individuo laboralmente activo, y la jurisprudencia ha entendido que una persona en estas condiciones, no puede devengar menos de un salario mínimo, motivo por el que se tendrá en cuenta para la liquidación el salario actual, que corresponde a $589.500; adicionalmente, este valor será incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para una base de liquidación de $736.875*
> *Se encuentra demostrado que el señor Jairo Aponza Carabalí sufrió una pérdida de capacidad laboral del 64.85%, según el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez, sin embargo, en atención a lo consagrado en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, para efectos de su liquidación se tomará el 100%, de la suma equivalente a $736.875,oo ya señalados, esto es, su totalidad, habida cuenta que de acuerdo con la norma en cita y conforme ya se ha establecido jurisprudencialmente para efectos liquidatorios, se considera inválida la persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.*

---

[105] *Pág. 292 a 293. Víctor P. de Zavalía-Editor. Buenos aires. Segunda Edición. Reimpresión 2014.*

(...)

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Jairo Aponza Carabalí. De conformidad con las tablas de supervivencia[106] se estimó la vida probable del lesionado en 52,97 años, para un total de 635,64 meses, teniendo en cuenta que tenía 23 años de edad cuando ocurrió el suceso, según el registro civil que informa de su nacimiento el 4 de diciembre de 1973. A los 635,64 meses deberá restársele 194 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 441,64 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$736.875,oo \frac{(1+0.004867)^{441,64} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{441,64}}$$

$$S = \$\ 133'664.598,59$$"[107]

Para determinar el lucro cesante en este proceso, es indispensable tener en cuenta que el señor Jorge Eduardo Cala Martínez, se encuentra privado de la libertad en cumplimiento de una sanción penal. Sobre esta, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en Descongestión de Tunja Boyacá, en el auto interlocutorio N° 0590, indicó:

> *"**1.-** Por **Sentencia** de fecha **23 de Febrero de 2001**, el **Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, condenó al sentenciado JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ a la pena principal** de treinta años de prisión. También fue condenado a la **pena accesoria** de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de diez años; como autor responsable del punible de HOMICIDIO, según **hechos** ocurridos el siete de Agosto del año 1998, en esta Ciudad.- El fallo en cita se condenó CALA MARTÍNEZ, a pago de perjuicios morales y materiales (...). El juez fallador no concedió a JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ la sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento de reclusión por la prisión domiciliaria, en consecuencia se remitió boleta de encarcelación ante la Dirección del Centro Carcelario de Ubaté, donde se encuentra privado de la libertad para que cumpla la pena anteriormente mencionada. La anterior decisión en su momento hizo "**tránsito a cosa juzgada**".*
>
> ***2.-** Mediante proveído dictado por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Tunja, en interlocutorios 722 del veinticinco de noviembre del 2009, se dispuso CONVERTIR la pena de 30 años de*

[106] *Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997 expedida por la Superintendencia Bancaria.*
[107] *Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "C". C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00242-01(26250). Actor: Jairo Aponza Guaza y otros. Demandado: INPEC*

prisión, en aplicación del principio de favorabilidad y le impuso como nueva pena la de QUINCE AÑOS Y SIETE DIAS DE PRISIÓN.

***3.-** El señor JORGE EDUARDO CALA MARTINEZ viene **descontando intramuralmente** la pena desde el días dos de octubre de 2008." (Negrillas del texto original) (fl. 284)*

*Además, en la "CARTILLA BIOGRÁFICA DEL INTERNO" generada el 7 de junio de 2016 (fl. 616), se observa que el 2 de abril de 2012, obtuvo una redención de pena **de seis (6) meses y quince (15) días (fl. 616)**. Así entonces, la pena se cumplirá el **24 de marzo de 2023.***

*Si bien, de conformidad con el artículo 79 de la Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014[108], el trabajo es un derecho y obligación social de las personas privadas de su libertad, lo cierto es que constituye **un medio terapéutico con fines de resocialización así como redención de la pena** (Art. 80 Ibídem[109]), y no como*

---

[108] ARTÍCULO 79. TRABAJO PENITENCIARIO. <Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la protección especial del Estado. Todas las personas privadas de la libertad tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Los procesados tendrán derecho a trabajar y a desarrollar actividades productivas. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). Sus productos serán comercializados.
Las actividades laborales desarrolladas por las personas privadas de la libertad estarán íntimamente coordinadas con las políticas que el Ministerio del Trabajo adoptará sobre la materia, las cuales fomentarán la participación y cooperación de la sociedad civil y de la empresa privada, a través de convenios, tanto dentro como fuera de los establecimientos.
Se dispondrán programas de trabajo y actividades productivas tan suficientes como se pueda para cubrir a todas las personas privadas de la libertad que deseen realizarlos. Dichos programas estarán orientados a que la persona privada de la libertad tenga herramientas suficientes para aprovechar las oportunidades después de salir de la prisión. Se buscará, hasta donde sea posible, que las personas privadas de la libertad puedan escoger el tipo de trabajo que deseen realizar.
Se dispondrán programas de trabajo y actividades productivas que atiendan la perspectiva de enfoque diferencial y necesidades específicas para la población en condición de discapacidad privadas de la libertad, promoviendo la generación e implementación de ajustes razonables como la eliminación de las barreras físicas y actitudinales.
PARÁGRAFO. El Ministerio del Trabajo expedirá, durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, la reglamentación sobre las especiales condiciones de trabajo de las personas privadas de la libertad, su régimen de remuneración, las condiciones de seguridad industrial y salud ocupacional y las demás que tiendan a la garantía de sus derechos.

[109] ARTÍCULO 80. PLANEACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO. La Dirección General del INPEC determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena. Fijará los planes y trazará los programas de los trabajos por realizarse.
El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario procurará los medios necesarios para crear en los centros de reclusión, fuentes de trabajo, industriales, agropecuarios o artesanales, según las circunstancias y disponibilidad presupuestal.

forma de procurarse la subsistencia. Por ello, el artículo 86 del Código Penitenciario y Carcelario, prevé que el trabajo se remunerará de manera equitativa.

Por ello, no se tendrá en cuenta el tiempo de la condena para efectos de calcular el lucro cesante. De suerte que, a partir del 27 de marzo de 2023 –día siguiente al cumplimiento de la pena-, se empezará a calcular el lucro cesante.

Para esa fecha, el señor Cala contará con 55 años y 4 meses de vida[110]*, es decir que según la Resolución Nº 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, "Por la cual se actualizan las Tablas de Mortalidad de Rentistas Hombres y Mujeres", tiene probabilidad de vida de* ***27.2*** *años.*

Por otra parte, se agregará que si bien se demostró que el señor Jorge Enrique Cala Martínez era laboralmente activo, es huérfano el expediente sobre la clase de vinculación sostenida cuando prestaba sus servicios. Por ello, la Sala se abstendrá de adicionar al salario devengado el 25% de prestaciones sociales.

En esta misma línea de pensamiento, de forma reciente la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de Marta Nubia Velásquez Rico en sentencia de 14 de marzo de 2018, expuso:

> *"(...) Entonces, se debe tener por probado que, antes de ser detenido injustamente, el señor Vásquez Rosario desarrollaba una actividad productiva y que devengaba, por lo menos, el salario mínimo legal vigente; sin embargo, no es procedente incrementar dicho monto en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, por cuanto, a juicio de la Sala, tal declaración no da cuenta del tipo de vinculación laboral del mencionado señor, es decir, si tenía un contrato de trabajo o si, por el contrario, tenía un contrato de prestación de servicios*[111]*."*[112]

Así entonces, estos datos, aplicados a la fórmula a la que se aludió en la sentencia traída en cita, se obtiene:

LUCRO CESANTE FUTURO O ANTICIPADO	
Fecha de nacimiento de la víctima directa	*10/11/1967*
Fecha probable de libertad	*24/03/2023*
Edad que tendrá a la fecha que cumpla la pena	*55*

[110] *Según el registro civil que obra a folio 46, el señor Jorge Eduardo Cala Martínez, nació el 10 de noviembre de 1967.*
[111] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, radicación número: 25000-23-26-000-2011-00994-01 (51017).*
[112] *Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00305-01(57189). Actor: Héctor Manuel Vásquez Rosario. Demandado: Fiscalía General De La Nación*

n = Expectativa de vida expresada en meses	*27,2*
Tasa de interés legal	*6,00%*
Tasa Mensual	*0,004868*
Salario mínimo año 2018	*$ 781.242*

Formula: ***S= Ra*an***
Donde:

Ra= Salario

$$an = \frac{(1+i)^{n}-1}{i(1+i)^{n}}$$

$$an = \frac{((1+0,004868)^{27,2})-1}{((0,004868*((1+0,004868)^{27,2}))}$$

$$an = \frac{0,141195}{0,005555}$$

$$\boldsymbol{an} = 25,42$$

$$\boldsymbol{Ra} = 781.242$$

$$S = 781,242X\ 25,42$$

$$S = 19.857.989,87$$

En consecuencia, el lucro cesante futuro corresponde a diecinueve millones ochocientos cincuenta y nueve mil ciento setenta y un pesos con seis centavos.

Recuérdese que la indemnización corresponde a una pérdida de oportunidad del 50% de las expectativas que tenía Jorge Eduardo Cala Martínez de evitar la segura. Entonces, a ese valor se le deducirá la mitad, obteniendo un resultado de ***nueve millones novecientos veintiocho mil novecientos noventa y cuatro pesos con noventa y cuatro centavos ($9.928.994,94).***

- ***De la pretensión de un salario mensual dirigido al pago de una persona que se encargue del cuidado personal de Jorge Eduardo Cala Martínez***

Lo primero que dirá la Sala es que la ceguera en modo alguno genera la pérdida de la autonomía de la persona que la sufre, ni la capacidad de proporcionarse cuidados personales.

En efecto, el marco normativo nacional e internacional[113]*, se dirige a proteger el derecho que tiene este grupo de la población, a desarrollar de manera* ***independiente*** *los roles que exige su edad, género así como su cultura,*

[113] *https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Normograma-discapacidad-2017.pdf*

permitiendo la readaptación a las nuevas condiciones de vida, el acceso a programas que le brinden las competencias necesarias para ello, así como el ingreso a la educación formal y a la esfera laboral.

En el "MANUAL TÉCNICO DE SERVICIOS DE REHABILITACION INTEGRAL PARA PERSONAS CIEGAS O CON BAJA VISION EN AMERICA LATINA", se lee:

> *"Está demostrado que a través de la rehabilitación, las personas ciegas o con baja visión pueden volver a tomar un rol protagónico, pero también ha quedado claramente en evidencia, que esta discapacidad exige de un proceso de rehabilitación inequívoco, un proceso de rehabilitación integral, donde se conjuguen dos etapas fundamentales: primero la de rehabilitación básica funcional o rehabilitación visual (según el grado de limitación), a través de la cual la persona retome poco a poco su autonomía funcional, desde la cual pueda comenzar a creer en sí misma, que sea capaz primero de valerse en todas aquellas cosas que están tan ligadas a la dignidad humana.*
>
> *Superada esta etapa de autonomía funcional, en la que también va mejorando la autoestima y se recobra el equilibrio psicoemocional, se hará indispensable para todas aquellas personas que necesiten acceder a un trabajo, transitar por una segunda etapa, que será la rehabilitación profesional, la cual les permitirá aspirar en mejores condiciones a una actividad laboral en relación de dependencia o independencia.*
>
> *Los hechos han demostrado que las personas ciegas o con baja visión necesitan disponer de las oportunidades para acceder a un proceso de rehabilitación integral, única forma de poder obtener, conservar y desarrollarse en un empleo remunerado.*
>
> *Esto no se logrará sólo con hábitos y capacitación para un trabajo, sino también con una efectiva autonomía funcional para resolver todas las contingencias de cada día, a la vez que orientarse y moverse con independencia, sumando las mejores condiciones para comunicarse con sus pares y con quienes ven. Si bien el protagonista es la persona ciega o con baja visión, no es menos cierto que la familia tiene un rol trascendente durante todo el proceso de rehabilitación, proceso que debe contar con los profesionales, técnicos y docentes con la idoneidad que requieren las circunstancias.*
>
> *El participante, su familia y los rehabilitadores deberán constituir equipos de trabajo donde cada cual debe ir asumiendo su propio espacio, sus acciones y sus responsabilidades, para que de esa forma, cuando se cumpla el proceso de rehabilitación, el mismo dé como resultado el gran objetivo perseguido: el mayor y mejor nivel de integración de la persona ciega o con baja visión a la sociedad."*[114]

Así entonces, la pretensión dirigida a ordenar el pago de salarios de una persona que se encargue del cuidado personal del señor Jorge Eduardo Cala Martínez durante toda su vida, en modo alguno atiende el principio de reparación que inspira este medio de control, porque la ceguera si bien dificulta la realización de actividades cotidianas como el vestido y la alimentación, no la impide, y como se lee

---

[114] *Unión Latinoamericana de Ciegos. http://www.ulacdigital.org/downloads/manual_de_rehabilitacion.pdf*

en el texto traído en cita, con un programa de rehabilitación integral, las personas con esta afectación, adquieren las competencias necesarias para el desarrollo normal de su vida con independencia.

Las anteriores razones, resultan suficientes para negar esta pretensión.

- ***De la pretensión consistente en el reconocimiento de cuarenta millones de pesos ($40.000.000) para la adecuación de la vivienda del Jorge Eduardo Cala Martínez***

Según los testimonios de Zaida Esperanza Saavedra Díaz[115] y Julio Roberto Hernández[116] la casa en la que habita Jorge Eduardo Cala Martínez carece de las condiciones para que se desplace de forma adecuada.

Llama la atención de la Sala que estos dichos provienen de personas que carecen de los conocimientos técnicos sobre las condiciones de accesibilidad de una persona con pérdida de la visión. Precisamente, el testigo Julio Roberto Hernández omitió proporcionar las razones de su dicho, y Zaida Esperanza achacó la deficiencia a los golpes sufridos y desubicación, lo cual, como se precisó en el acápite anterior, se supera mediante la rehabilitación integral.

El expediente es huérfano sobre medios de convicción que permitan concluir a la Sala que las características de la vivienda en la que habita el señor Cala son incompatibles con su estado de salud.

De conformidad con la Ley 1437 de 2011 y el Código General del Proceso, el proceso se inclina al principio dispositivo y la carga de la prueba del supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persiguen, fue asignada, por regla general a quien lo alega[117]. En este sentido, el inciso final del artículo 103 del CPACA, previó:

> *"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"*

---

[115] *Minutos 00:25:19 y 00:25:45 Cd. fl. 796*
[116] *Minutos 00:13:46 a 00:14:31 Cd. fl. 796*
[117] *Artículo 167 del CGP.*

La carga de la prueba es *"una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"*[118]. Sobre este tema se ha expresado el Consejo de Estado[119] en estos términos:

> *"La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto"120. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.*
>
> *"Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—."*

---

[118] *PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Ídem. Pág. 406*

[119] *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 11001031500020060130800.*

[120] *Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 11001031500020060130800: "HINESTROSA, Fernando, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180."*

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.[121] *El tratadista DEVIS ECHANDIA define la expresión carga de la siguiente manera:*

> *"[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables."*[122]

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

---

[121] *"La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas." (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)*

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.1961., pág. 60. Al respecto afirma: 'La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma".

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: "Aunque no se puede hablar de un deber de probar, sino sólo de una necesidad o carga, puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.' CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.

[122] *DEVIS ECHANDÍA. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: Ibid., págs. 378-401.*

De ahí que, resulte inadmisible para la Sala, por carecer de sustento probatorio, condenar al Estado a pagar cuarenta millones de pesos ($40.000.000) para la adecuación de una vivienda, cuando no se encuentran acreditadas sus condiciones específicas.

5.9.4. De las medidas restaurativas

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 28 de agosto de 2014 con ponencia del consejero Ramiro de Jesús Pazos Guerrero en el proceso radicado bajo el Nº 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) promovido por Felix Antonio Zapata González y otros contra el Ministerio de Defensa y otros, unificó jurisprudencia sobre la reparación por daños a bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos.

Consideró que por la relevancia de este tipo de reparación, el juez incluso de oficio, puede ordenarla a favor de la víctima directa y sus familiares, con el objeto de i) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual o colectiva; ii) desaparecer las causas originarias de la vulneración; iii) propender para que en el futuro la afectación no tenga lugar; y, iv) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

En efecto, se lee en la providencia judicial:

> *"15.3. Al respecto la Sala reitera los criterios expuestos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011, en la cual se sostuvo que* ***esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos****. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:*
>
> > *La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii)* ***cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño*** *(**v.gr.** **el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia**, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación*[123]*.*

[123] *Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.*

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada[124]. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

---

[124] Para efectos de apreciar la línea de evolución de los perjuicios inmateriales, se destacan las siguientes providencias: la sentencia de julio 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, concedió por primera vez en la Jurisdicción Contencioso administrativa un perjuicio inmaterial, distinto del moral, identificado con el nombre de daño fisiológico, con el que se hace referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. El Consejo de Estado -Sección Tercera- en sentencia del 1° de julio de 1993 –rad. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández-, respaldó la anterior tesis, la cual fue reiterada en el fallo del 6 de mayo de 1993 - rad. 7428, M.P. Julio Cesar Uribe-Acosta, en la que se precisó que esta categoría es una especie de resurrección del hombre "abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, [se] orienta [a] la indemnización del daño fisiológico o la vida de relación". En sentencia del 25 de septiembre de 1997 – rad. 10421, M.P. Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera cambió la expresión "perjuicio fisiológico" por el concepto de "perjuicio de placer", asimilándolo al de "daño a la vida de relación". Más tarde, en sentencia del 19 de julio de 2000 -rad. 11842, M.P. Alier Hernández Enríquez, precisó que este de daño de orden inmaterial debía denominarse "daño a la vida de relación", por cuanto se trata de un concepto más adecuado que el "perjuicio fisiológico": "el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre", afectación inmaterial que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica. Se debe recordar que en pretérita ocasión, antes de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de acoger el término "daño a la persona", para señalar que consiste en un "(...) desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad", sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa. Precisó la providencia que un daño puede dar origen a múltiples consecuencias, algunas de ellas de carácter patrimonial o de linaje diverso que pueden repercutir en el equilibrio sentimental o quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto. El primero, hace referencia al daño emergente y lucro cesante. El segundo, se identifica con el perjuicio de carácter moral, que incide o se proyecta en el fuero interno de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, en su "actividad social no patrimonial". Posteriormente, en decisiones de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007 -rad. 2002-00004-01(AG) y 2001-00029-01(AG)- la Sección Tercera cambió su denominación y lo denominó "alteración grave a las condiciones de existencia", la cual se acredita respecto de las condiciones de existencia previas, con las características de ser graves, drásticas y extraordinarias: "[E]n esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política (...) El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones". Finalmente, las providencias de 14 de septiembre de 2011 – rad. 19.031 y 38.222, antes citadas, sistematizaron la tipología de los daños inmateriales, así: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), cuando se deriva de una lesión corporal y iii) daños a bienes constitucionales.

i) ***Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales****. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.*
ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen ***un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales****.*
iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.
iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de ***gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales****.*

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

(...)

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, ***también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia****.*

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán ***teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobar las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional****.*

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, ***en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.***

15.4.3. En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: ***(a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado****.*

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	***Tipo de medida***	***Modulación***
En caso de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.	*Medidas de reparación integral no pecuniarias*	*De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenará medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano.*

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	***Cuantía***	***Modulación***
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias.	*Hasta 100 SMLMV*	*En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.*

(...)" (Subraya y negrilla fuera del texto)[125].

Conforme a las pruebas allegadas al proceso y las conclusiones a las que ha arribado la Sala de su análisis, no cabe duda que en este caso se evidencia una afectación a derechos constitucional y convencionalmente protegidos, tales como el derecho a la prestación diligente del servicio de salud y el derecho a tener una vida digna.

---

[125] *CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación número: 05001232500019990106301(32988). Actor: Félix Antonio Zapata González y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia - Sentencia de Unificación).*

Del análisis en conjunto de las pruebas, infiere la Sala que a pesar el señor Jorge Eduardo Cala Martínez se encuentra bajo custodia del INPEC no ha recibido i) atención alguna respecto a la rehabilitación integral que requieren las personas que sufren de ceguera bilateral; ii) tratamiento para la depresión que padece; y iii) atención médica desde el año 2014.

En consecuencia, como medidas restaurativas la Sala le ordenará al INPEC la inclusión del señor Jorge Eduardo Cala Martínez en un programa de Rehabilitación Integral para Personas Ciegas, así como un tratamiento para la depresión que padece.

Adicionalmente, se exhortará a la entidad, para que mientras el señor Jorge Eduardo Cala Martínez se encuentre privado de su libertad, se le preste la atención médica de forma eficiente, oportuna y de acuerdo con las necesidades de la enfermedad que padece.

Y, comoquiera que, en el dictamen psicológico rendido por Natalia Humada Castillo, se indicó que su núcleo familiar se encuentra afectado emocionalmente, se ordenará al INPEC que les brinde tratamiento psicológico.

Igualmente, se ordenará que la presente sentencia sea publicada en las páginas web del INPEC, de la Superintendencia de Salud, del Ministerio de Justicia y del Derecho y en los medios de comunicación de los cuales dispone este Tribunal.

Finalmente que, con la aquiescencia de los acá demandantes, el INPEC en ceremonia privada o pública, conforme ellos lo autoricen, en sus instalaciones, con la presencia del Director de la entidad y de la parte demandante de este proceso, presente excusas por las deficiencias que en la atención a la salud se incurrió en el caso que da lugar a esta condena; ceremonia que, de ser autorizada por la parte demandante, se llevará a cabo a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Con las anteriores medidas restaurativas, considera la Sala que se satisfacen las condiciones de reparación integral.

5.9.5 De la forma de pago de la condena

Tal como fue precisado en el numeral "5.6. De la forma como se prestó el servicio de salud al señor Jorge Eduardo Cala Martínez", al INPEC le corresponderá el pago de la condena en un 80%, mientras que al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO el 20%, en atención a la intervención de cada una de estas entidades en la pérdida de oportunidad del señor Cala de recibir un tratamiento oportuno para evitar la ceguera bilateral. En efecto, examinado el material probatorio, al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO retardó las respuestas relacionadas con su competencia para determinar si los tratamientos estaban o no autorizados en el POS, por el contrario, el INPEC no gestionó las citas necesarias con los especialistas y práctica de los exámenes ordenados por los médicos tratantes, lo cual incidió, a juicio de esta Sala, gravemente en la pérdida de la oportunidad, tal como ha sido analizado.

No obstante, aclara la Sala que la obligación será solidaria, tal como lo dispone el artículo 1568 del Código Civil, que reza:

> *"En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse,* ***cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación solidaria o in solidum.***
>
> *La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley." (Resaltado fuera de texto original)*

En consecuencia, la obligación podrá perseguirse a una o ambas entidades condenadas. En el evento en que una asuma el pago total queda subrogada en la acción del acreedor con todos sus privilegios, pero limitada a la parte que tenga la entidad en la deuda, en los términos del artículo 1579 del Código Civil.

5.10 De la pretensión cuarta de la demanda

En la reforma de la demanda, se solicitó que la parte demandada cancele "los honorarios profesionales a favor del suscrito de la presente sentencia judicial (Sic), equivalente al 30% del valor a cancelar" (fl. 358).

Si bien, la redacción de la pretensión resulta imprecisa y con falta de técnica jurídica, en atención al mandato constitucional y legal que le exige a los

administradores de justicia interpretar la demanda con el objeto de facilitar la realización de los derechos sustanciales y la solución pacífica de los conflictos, se interpretará la misma para desentrañar el querer del accionante.

Encuentra la Sala que la pretensión no está ubicada en el numeral relacionado con la indemnización de los perjuicios morales y materiales (fl. 357 a 358), circunstancia que permite excluirla como una solicitud de reparación presentada a título de daño emergente, máxime cuando del material probatorio no se infiere que para obtener la atención médica por parte del INPEC y CAPRECOM, el demandante acudiera a los servicios profesionales de un abogado. A pesar que, para el efecto, Jorge Eduardo Cala tuvo que presentar varios derechos de petición, tutelas y desacatos, esta intervención ante la Rama Judicial no fue por conducto de un profesional del derecho, sino directamente.

La pretensión, debe interpretarse entonces, como aquella dirigida a obtener el reconocimiento de agencias en derecho en que se incurrió ***en este proceso por concepto de apoderamiento****. Sin embargo, este ítem forma parte de las costas. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-089 de 2002, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett expuso:*

> *"3.- Siguiendo planteamientos de la doctrina nacional, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que las costas, esto es, "aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"[126], están conformadas por dos rubros distintos:* ***las expensas y las agencias en derecho.*** *Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados. El artículo 393-2 del C.P.C. señala como expensas los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, y hace referencia genérica a todos los gastos surgidos en el curso de aquel.*
>
> ***Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho****. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel[127].*
>
> *(...)*
> *En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó[128], su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente*

---

[126] *Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 1999, fundamento jurídico No.9. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.*
[127] *Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 28 de junio de 1995, exp.4571 MP. Héctor Marín Naranjo.*
[128] *Ibídem, pág. 469*

> *dispuso que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación" (C.P.C., artículo 392-8)." (Resaltado fuera de texto original)*

En el mismo sentido, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, en el libro denominado Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I expresó que "Las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía razón, motivo por el que tuvo decisión favorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte ganancia sa efectuó y a la que deben ser reintegradas"[129].

Ahora bien, la cuantía de las agencias en derecho se fija i) atendiendo las reglas previstas en el Acuerdo Nº 1887 de 2003 "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho" de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; ii) la complejidad del asunto; y iii) la intervención del apoderado en el proceso.

En consecuencia, la Sala no puede atender la pretensión según la cual, se fijen en el equivalente al 30% de la condena, porque, insiste la Sala, ello depende de los factores indicados en precedencia.

5.11. De la condena en costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en ***sentencia de 7 de abril de 2016****, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:*

> *"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> ***a)*** *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*
> ***b)*** *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
> ***c)*** *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos*

[129] *Pág. 1059. Dupre Editores. Undécima Edición. 2012*

ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[130], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".*

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP, cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a ***pagar costas de ambas instancias****, siempre que se pruebe que se incurrió en estas (N° 8 ibídem).*

Tal como fue precisado en el acápite anterior, las costas están integradas por la totalidad de ***expensas y gastos*** *sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho (Art. 361 CGP).*

Para determinar el valor de las agencias en derecho, de forma reciente la Sección Segunda del Consejo de Estado ***en sentencia de 22 de febrero de 2018*** *con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, precisó:*

"a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.

b. Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c. ***Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada***

[130] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*

dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[131], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."[132] (Resaltado fuera de texto original).

En el presente caso, como consecuencia del recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, se revocará en su totalidad la sentencia de primera instancia, parte que, además, presentó mediante apoderado alegatos de conclusión en la segunda instancia (fls. 991 y s.s.) y, por lo tanto, se condenará en agencias en derecho a la parte vencida, quien deberá asumir las costas de primera y segunda instancia. Se precisa que en esta instancia no se demostraron gastos procesales.

Atendiendo lo expuesto, las agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en la primera instancia, tal como lo prevé el artículo 366 del CGP

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

***Revocar** la sentencia proferida el 31 de julio de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja en el proceso iniciado por Jorge Eduardo Cala Martínez, Flor Alba Martínez de Cala, Ana Isabel Cala Martínez,*

---

[131] *"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"*
[132] *Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17). Actor: JORGE Enrique Gamboa Salazar. Demandado: Fiscalía General De La Nación*

Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez y María Eugenia García Aguirre contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. En su lugar se dispone:

***PRIMERO. No prosperan** las excepciones de "INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" propuesta por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-.*

***SEGUNDO. No prosperan** las excepciones de "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL" y "FALTA DE APTITUD PROBATORIA" propuestas por CAPRECOM EICE en Liquidación.*

***TERCERO. Declarar** patrimonial y extracontractualmente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO por los daños ocasionados a Flor Alba Martínez Silva, Ana Isabel Cala Martínez, Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez, María Eugenia García Aguirre y Jorge Eduardo Cala Martínez con ocasión de la falta de prestación oportuna del servicio de salud.*

***CUARTO.** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR de forma solidaria** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, al pago de los montos que a continuación se describen:*

- *Por concepto de **perjuicios morales:***

BENEFICIARIOS PERJUICIOS MORALES	***VALOR PERJUICIOS MORALES***
Jorge Eduardo Cala Martínez	*40 SMLMV*
Flor Alba Martínez Silva	*40 SMLMV*
Ana Isabel Cala Martínez	*10 SMLMV*
Eulalia Cala Martínez	*10 SMLMV*
Julio Roberto Cala Martínez	*10 SMLMV*
María Eugenia García Aguirre	*10 SMLMV*

- *Por concepto de **daño a la salud** se reconocerá a favor de Jorge Eduardo Cala Martínez el valor equivalente a **50 SMLMV.***

***Parágrafo:** De conformidad con la parte motiva de esta sentencia, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, asumirá el ochenta por ciento (80%) de*

esta condena, mientras el que Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, el veinte por ciento (20%).

QUINTO. CONDENAR** de forma **solidaria** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, a pagar por concepto de **lucro cesante** a favor del señor Jorge Eduardo Cala Martínez la suma de **nueve millones novecientos veintiocho mil novecientos noventa y cuatro pesos con noventa y cuatro centavos ($9.928.994,94).

***Parágrafo:** De conformidad con la parte motiva de esta sentencia, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, asumirá el ochenta por ciento (80%) de esta condena, mientras el que Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, el veinte por ciento (20%).*

***SEXTO. CONDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- por la afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos de los demandantes. Como consecuencia, se ordenará la adopción de las siguientes medidas restaurativas no pecuniarias:*

- ***a.** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, deberá incluir a Jorge Eduardo Cala Martínez en un programa de **Rehabilitación Integral para Personas Ciegas.***
- ***b.** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-, deberá brindar **tratamiento psicológico** a Jorge Eduardo Cala Martínez, Flor Alba Martínez de Cala, Ana Isabel Cala Martínez, Eulalia Cala Martínez, Julio Roberto Cala Martínez y María Eugenia García Aguirre.*
- ***c. Exhortar** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- para que preste el servicio de salud a Jorge Eduardo Cala Martínez de forma eficiente, oportuna y de acuerdo con la enfermedad que padece, mientras se encuentre privado de la libertad.*
- *d. Ordenar que la presente sentencia **sea publicada** en las páginas web del INPEC, de la Superintendencia de Salud y del Ministerio de Justicia y del Derecho.*
- *e. Ordenar al INPEC que, **con la aquiescencia de los acá demandantes**, realice en ceremonia privada o pública, **conforme ellos lo autoricen**, en sus instalaciones, con la presencia del Director de la entidad y de la parte demandante de este proceso, presente excusas por las deficiencias que en la atención a la salud se incurrió en el caso del señor Jorge Eduardo Cala Martínez; ceremonia que, **de ser autorizada por la parte***

***demandante**, se llevará a cabo a más tardar dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.*

*f. Ordenar que la presente sentencia **sea publicada** en los medios de comunicación de los que dispone este Tribunal.*

***SÉPTIMO. Negar** las demás pretensiones de la demanda.*

***OCTAVO.** La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.*

***NOVENO.** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y al Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, asumirán la condena en costas tasadas en la primera instancia y se pagarán a favor del demandante.*

***DÉCIMO.** Condenar en costas en esta instancia por concepto de agencias en derecho a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO, y en favor de la parte demandante. Las agencias serán liquidadas por la primera instancia en los términos del artículo 366 del CGP.*

***DÉCIMO PRIMERO.** El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- y el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR CAPRECOM LIQUIDADO pagarán las costas de la primera instancia. Sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. liquídense de forma concentrada por el a-quo.*

***DÉCIMO SEGUNDO.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha. ***NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.***

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado