



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE PEREIRA

Diez (10) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Sentencia Primera Instancia
Radicado: 66001-33-33-002-2018-00043-00
Medio de control: Reparación directa
Demandantes: María Nidia Atehortúa Alzate y otros
Demandados: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- y otros.
Temas: Régimen de imputación subjetiva: Falla del Servicio Probada. / Insuficiencia probatoria. Pérdida de oportunidad.

Profiere el despacho en primera instancia, la sentencia que en derecho corresponde, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181, en concordancia con el 155, numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

I. LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

1.1. Se expresan como fundamentos fácticos:

- El señor Dairo de Jesús Atehortúa Alzate ingresó, en condiciones óptimas de salud, al establecimiento penitenciario de mediana seguridad de Aguadas, Caldas, “Las Mercedes”, el catorce (14) de julio de dos mil diez (2010), con ocasión a la boleta de detención 007 del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal.
- Desde la fecha de ingreso hasta el dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015), el ciudadano fue trasladado en varias ocasiones a la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas; particularmente, el treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014), indicándose la falta de mejoría en su afección de insuficiencia venosa crónica periférica. Diagnóstico que fue tratado únicamente con antibióticos.
- Posteriormente, para el dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015), fue remitido al mismo centro hospitalario por un dolor abdominal, el cual fue dictaminado como una “parasitosis intestinal”.
- El dieciséis (16) de marzo de ese mismo año, fue traslado para el complejo carcelario “La 40” de Pereira, Risaralda, donde seguía presentando quebrantos de salud.
- Para el diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), el recluso fue ingresado por urgencias a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por dolor abdominal;

del cual, pasado dos (02) días, es decir, el veintiuno (21) de las mismas calendas, le fue practicada cirugía por apendicitis.

- El veinticinco (25) de noviembre de ese año, presentó hemorragia gastrointestinal y sangrado digestivo, lo cual provocó otras patologías que condujeron al deceso el siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015).

1.2. Por lo anterior, los accionantes deprecaron la declaratoria de responsabilidad administrativa de las demandadas y, por ende, a la condena al pago:

1.2.1. Daño moral: en un total de trescientos diecisiete millones doscientos dieciocho mil trescientos diez pesos (\$317.218.310) moneda corriente, discriminados así:

1.2.1.1. María Nidia, Luz Marina y Heriberto de Jesús Atehortúa Alzate (hermanos) cincuenta (50) smlmv, por valor de treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta (\$36.885.850), cada uno.

1.2.1.2. Marta Elena Atehortúa, Diego Alejandro Villa Atehortúa, Nelson Enrique Villa Atehortúa, Sandra Milena Atehortúa, Luis Javier Atehortúa, Paula Andrea Atehortúa Valencia, Lina María Atehortúa Valencia y Carlos Mario Atehortúa Valencia (sobrinos) treinta y cinco (35) smlmv, correspondiente a veinticinco millones ochocientos veinte mil noventa y cinco pesos (\$25.820.095), cada uno.

1.2.2. Perjuicios por las condiciones indignas de reclusión: en un total de trescientos diecisiete millones doscientos dieciocho mil trescientos diez pesos (\$317.218.310) moneda corriente, discriminados así:

1.2.2.1. María Nidia, Luz Marina y Heriberto de Jesús Atehortúa Alzate (hermanos) cincuenta (50) smlmv, por valor de treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta (\$36.885.850), cada uno.

1.2.2.2. Marta Elena Atehortúa, Diego Alejandro Villa Atehortúa, Nelson Enrique Villa Atehortúa, Sandra Milena Atehortúa, Luis Javier Atehortúa, Paula Andrea Atehortúa Valencia, Lina María Atehortúa Valencia y Carlos Mario Atehortúa Valencia (sobrinos) treinta y cinco (35) smlmv, correspondiente a veinticinco millones ochocientos veinte mil noventa y cinco pesos (\$25.820.095), cada uno.

1.2.3. Daño a la familia: en un total de trescientos diecisiete millones doscientos dieciocho mil trescientos diez pesos (\$317.218.310) moneda corriente, discriminados así:

- 1.2.3.1. María Nidia, Luz Marina y Heriberto de Jesús Atehortúa Alzate (hermanos) cincuenta (50) smlmv, por valor de treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta (\$36.885.850), cada uno.
- 1.2.3.2.
- 1.2.3.3. Marta Elena Atehortúa, Diego Alejandro Villa Atehortúa, Nelson Enrique Villa Atehortúa, Sandra Milena Atehortúa, Luis Javier Atehortúa, Paula Andrea Atehortúa Valencia, Lina María Atehortúa Valencia y Carlos Mario Atehortúa Valencia (sobrinos) treinta y cinco (35) smlmv, correspondiente a veinticinco millones ochocientos veinte mil noventa y cinco pesos (\$25.820.095), cada uno.

II. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y DE LAS LLAMADAS EN GARANTÍA

2.1. La ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas¹ consideró que el medio de control radicado no es el idóneo para el caso, puesto que se debe acoger una nueva visión que ajuste la normatividad del sistema de seguridad social y la gestión del riesgo en salud de la población carcelaria, haciendo uso de las acciones contractuales como medio adecuado para la discusión de los hechos dañosos o los eventos que generen daños en la relación entre la EPS y el tomador. En tal sentido, la entidad prestadora de los servicios de salud no estaría llamada a responder, al estar excluida de la relación entre el tomador y el asegurado.

De igual manera, indicó la inexistencia del daño, en particular, porque el recluso presentó diferentes cuadros de afectaciones que se documentaron en la historia clínica, y por los cuales consultó en múltiples ocasiones, siendo atendidas de manera inmediata, integral diligente y eficiente. Destacó las diligencias realizadas, en particular, las citas de control, solicitud de paraclínicos y remisiones. En tal sentido, se cumplieron con los criterios de accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad de que trata el Decreto 1011 de 2006, quedando como hipótesis del fallecimiento un evento súbito e inesperado.

En suma, advierte que al no existir daño es imposible predicársele imputación al carecer de nexo causal. En otras palabras, no existen parámetros para determinar una falla en el servicio por mal diagnóstico.

2.2. La ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira² refirió que la demanda carece de fundamento fáctico y médico, puesto que al paciente le fue atendido de manera oportuna, eficiente y adecuada. No es cierto que haya sido diagnosticado con apendicitis, porque el día de ingreso se descartó con la laparotomía, concluyendo en una pancreatitis

¹ Visible de folio 212 al 240 del archivo 01, digitalizado.

² Visible de folio 69 al 78 del archivo 02, digitalizado.

necro-hemorrágica, con necrosis del 50% del páncreas, la cual fue tratada con el lavado respectivo.

Aclaró que, la colangiopancreatografía endoscópica retrógrada se realizó de manera exitosa el once (11) de noviembre de dos mil quince (2015), corrigiendo la colelitiasis al extraer los cálculos biliares. Posteriormente, debido a otras patologías, fue tratado con los procedimientos adecuados.

El paciente ingresó a unidad de cuidados intensivos -UCI- en cuatro (04) oportunidades, la última data del seis (06) de diciembre de dos mil quince (2015), debido a episodios de hematemesis abundante (vómito con sangre), siendo valorado por cirugía, pero la intervención no pudo llevarse a cabo debido a las malas condiciones e inestabilidad hemodinámica. Concluyó diciendo que en la atención brindada no existió falla, en especial, de diagnóstico, porque sí se identificó la patología y se trató de manera adecuada, siguiendo los protocolos.

2.3. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-³ manifestó que el recluso se encontraba bajo su custodia, con ocasión a la condena de trece (13) años, impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, Caldas, por el delito de Abuso sexual con menor de catorce (14) años; cumpliendo la pena en los establecimientos de Aguadas desde el dos mil diez (2010) hasta el dos mil quince (2015) y en Pereira a partir de marzo de ese último año hasta su deceso, en diciembre de dos mil quince (2015).

Indicó que en ambas cárceles se le respetaron los derechos, atendiendo sus solicitudes de servicios médicos a través de la EPS Caprecom, de lo que quedó consignado en la historia clínica; agregó que, no es cierto el trato denigrante o inhumano en contra del penado, porque en todo momento fue valorado por el profesional en salud del centro penitenciario, quien ordenaba las remisiones a las ESE para el tratamiento médico requerido. Aclaró que el usuario venía padeciendo de lesiones descamativas pruriginosas en los miembros inferiores antes de su ingresado como sentenciado, pero faltó a su cuidado.

Por otro lado, expresó que el dolor y la aflicción alegada por los demandantes no tienen sustento probatorio, ya que se encuentra ausente los reportes de visitas de estos durante el tiempo que estuvo recluido, así como tampoco se haya solicitudes ante ellos, la personería municipal o cualquier otra entidad, mediante la cual se exigiera el mejoramiento de la calidad de vida del interno.

2.4. La Previsora SA⁴ fue llamada en garantía por la codemandada ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, con base en la póliza de responsabilidad civil clínicas y

³ Visible de folio 127 al 145 del archivo 02, digitalizado.

⁴ Visible de folio 22 al 34 del archivo 03, digitalizado.

hospitales 1001836. Se opuso a las pretensiones, al considerar que a la llamante no le es atribuible el daño alegado, puesto que la prestación del servicio en salud lo realizó siguiendo los lineamientos que orientan la práctica médica.

De otro lado, en relación con el llamamiento adujo que, si bien para la época del deceso del señor Atehortúa Alzate estaba vigente la póliza, lo cierto es que la modalidad *claims made* delimita la cobertura para la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial de un tercero al asegurado; en este caso, para el trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018), fecha de la conciliación prejudicial.

2.5. Allianz Seguros SA⁵ fue convocada en garantía por la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en atención a la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales 022040279/0. Adujo que el tomador desplegó, agotó y empleó todos los recursos científicos multidisciplinarios a su alcance para salvaguardar la vida del usuario, pero debido a condiciones inherentes a la patología, fue inevitable el fallecimiento, lo que se traduce en una inexistencia de falla, acción u omisión de su parte.

En cuanto al llamamiento, condicionó su cobertura a la vigencia que fue del treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017) al treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018), por lo que se debe atender la fecha de la reclamación de los actores al asegurado y lo límites máximos.

2.6. Mapfre Seguros Generales de Colombia SA⁶ fue llamada en garantía por la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, en atención a las pólizas de responsabilidad civil profesional instituciones médicas 1601216000040, 1601215000067 y 1601217000036.

Coadyuvó la defensa del tomador, en el entendido de no existir daño antijurídico por falla del servicio imputable, puesto que la asistencia fue prestada en debida forma y de manera oportuna; máxime que la práctica médica es de medios y no de resultado, por lo que el lamentable deceso, tal como se dejó consignado en la historia clínica, se debió a las malas condiciones sobrevinientes con el tratamiento y que fue imprevisible.

Respecto del llamamiento, se refirió en iguales términos que las demás compañías de seguros, es decir, puso de presente la modalidad *claims made* y los límites asegurados, aclarando que la última póliza en mención solo tenía cobertura hasta el treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018) y su participación en lo asegurado corresponde al 30%; mientras que el 70% está en cabeza de Allianz Seguros.

⁵ Visible de folio 45 al 64 del archivo 03, digitalizado.

⁶ Visible de folio 124 al 145 del archivo 03, digitalizado.

III. EXCEPCIONES

3.1. La ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, formuló como excepciones de mérito, a parte de la genérica: i) acción judicial inadecuada para tramitar la reclamación de perjuicios e inepta demanda; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; y iii) hecho súbito e inesperado, imprevisto e imprevisible, además de irresistible.

3.2. La ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira propuso como excepción de fondo, adicional a la genérica, la inexistencia de nexo causal entre el acto médico y el daño.

3.3. El Inpec planteó como medio exceptivo, además de la genérica, la ausencia del nexo causal.

3.4. La Previsora SA Compañía de Seguros planteó frente a la demanda, a parte de la genérica, las excepciones: i) falta de legitimación en la causa por pasiva; y ii) inexistencia del nexo causal. Ahora, en relación con la llamada en garantía enunció la inoperancia del llamamiento en garantía realizado con apoyo en el seguro de responsabilidad civil 1001836, por la modalidad de *claims made*.

3.5. Allianz Seguros SA expuso como excepciones en relación con la demanda la genérica. En cuanto a la llamada en garantía planteó la exclusión de amparo.

3.6. Mapfre Seguros Generales de Colombia SA formuló la excepción de fondo de cara al medio de control la genérica. Respecto del llamamiento la modalidad de cobertura *claims made*.

Valga decir, considera el despacho, que las otras que no fueron enlistadas en los numerales anteriores, técnicamente no corresponden a la noción de medios exceptivos propiamente dichos, por cuanto no se dirigen a atacar las pretensiones mediante la formulación de un hecho nuevo que por sí solo tenga la virtud de destruir, aplazar o modificar sus efectos, sino que se limitan a negar o a desconocer la existencia de la obligación o uno de los elementos para que surja la responsabilidad, por lo que según la doctrina⁷ y la jurisprudencia⁸ no pueden tenerse como excepciones de fondo, sino como medios de defensa y, como tales, no ameritarán un pronunciamiento en la parte resolutive de esta providencia, empero, se realizarán las apreciaciones a que haya lugar en el análisis de fondo.

⁷ "(...) Excepciones de fondo y su declaración oficiosa. El código administrativo se refiere solamente a las excepciones que se oponen a la prosperidad de la pretensión (artículo 164, inciso segundo), o sea aquellas que implican una defensa de fondo, por medio de la cual el demandado ya no se limita a contradecir o negar los hechos constitutivos del derecho o al simple rechazo de la pretensión, sino a afirmar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo que tenga como consecuencia que la relación jurídica no produzca efecto legal. En sentido más estricto se puede afirmar que el fenómeno exceptivo viene a implicar un hecho que por sí mismo tiene el poder jurídico de enervar la pretensión del demandante (...)". Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Sexta edición 2.002. pág. 325.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del ocho (08) de julio de dos mil diez (2010). Expediente con radicado 11001-03-28-000-2010-00001-00, Consejera Ponente Susana Buitrago de Valencia.

IV. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

4.1. La parte demandante recalcó que con las pruebas documentales se probó la falla en el servicio de las demandadas por la demora en el traslado del penado a las entidades prestadoras de salud y, estas a la vez, en el error del diagnóstico y tardanza en el tratamiento⁹.

4.2. La ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira indicó que, del acervo probatorio, la parte actora no logró probar los elementos constitutivos de responsabilidad. De igual manera, insistió que el paciente fue atendido diligente y adecuadamente¹⁰.

4.3. La Previsora SA Compañía de Seguros reiteró la inexistencia de imputación de daño a las demandadas, por insuficiencia probatoria. Además, recordó los límites, deducibles y, en general, las condiciones de la póliza¹¹.

4.4. Allianz Seguros SA insistió en la ausencia de responsabilidad de su llamante, al haberse desplegado la atención médica requerida, acatando la *lex artis*. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo probado, el deceso se debió a una situación imprevista e imprevisible. Asimismo, reiteró las condiciones y exclusiones de la póliza¹².

4.5. Mapfre Seguros Generales de Colombia SA alegó la falta de probanza de la falla en el servicio por parte de la entidad de salud, todo lo contrario, las pruebas fueron contundentes en demostrar que el procedimiento implementado al paciente corresponde a la sintomatología con la cual ingresó al centro hospitalario. De otro lado, expresó que estuvo vinculada mediante la póliza hasta el treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018), mientras que la reclamación se formalizó con la notificación del auto admisorio del llamamiento en garantía, esto es, el ocho (08) de julio de dos mil diecinueve (2019), fecha para la que no existía seguro vigente¹³.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Legitimación en la causa.

No obstante que la legitimación en la causa atañe no propiamente a una cuestión procesal sino al fondo del asunto, es pertinente dejar establecida su concurrencia.

Por lo tanto, se tiene que:

⁹ Archivo 41.

¹⁰ Archivo 39.

¹¹ Archivo 40.

¹² Archivo 38.

¹³ Archivo 42.

5.1.1. Por activa: los actores acuden a la administración de justicia en calidad de familiares del occiso, para ello se aportaron los registros civiles de nacimiento, que dan fe de la consanguinidad como hermanos y sobrinos.

5.1.2. Por pasiva: el Inpec fue el ente encargado de custodiar la privación de la libertad por una condena. Por su parte, la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, fue el centro médico que prestó los servicios al recluso desde el diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015) hasta el día de su deceso.

Mientras que, la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, tuvo a su cargo la prestación del servicio de salud desde el año dos mil diez (2010) hasta febrero de dos mil quince (2015), periodo durante el cual se encontraba recluso en el centro carcelario de ese mismo municipio. Ahora, esta demandada alega una falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que en nada tuvo injerencia en el resultado fatal del condenado; sin embargo, no se comparte esta posición, porque, si bien la muerte se dio diez (10) meses después de su última valoración en ese centro hospitalario, lo cierto es que, según la demanda, el eventual error en el diagnóstico que se le atribuye se presentó a partir de la consulta por urgencias del dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015), al calificar el dolor abdominal como *parasitosis intestinal, sin otras especificaciones*.

Como consecuencia de ello, se declarará no probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva” que fue coadyuvada por La Previsora SA Compañía de Seguros.

5.2. Asunto a resolver.

Tal como se dejó consignado desde la audiencia inicial, la controversia se contrae a determinar si existe responsabilidad de las demandadas, según se invoca en la demanda, por los daños y perjuicios causados a los demandantes, mientras se encontraba recluso en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad de Pereira “La Cuarenta”, producto de la deficiente prestación de los servicios de salud y, como consecuencia, de las condiciones “degradantes e infrahumanas” a que fue sometido durante su reclusión; igualmente, establecer si, en el evento de proferirse una sentencia condenatoria, las llamadas en garantía estarían obligadas a concurrir al pago con sus llamantes por los perjuicios reclamados.

O si, por el contrario, se está frente a la ausencia de la falla en el servicio, como lo han manifestado en las contestaciones a la demanda.

Dichos interrogantes genéricos se resolverán al dar respuesta a las siguientes preguntas que concretan y delimitan el asunto:

- A) ¿Es predicable con mérito de prosperidad la imputación a los dos hospitales en atención a la probada falla en el servicio de salud dispensado?
- B) ¿Es predicable la imputación al Inpec a título de falla en el servicio, y en caso de tipificarse, la existencia de nexo causal entre el daño y las omisiones atribuibles?
- C) ¿Obran medios de prueba que demuestren la ruptura del nexo causal que configure la excepción propuesta por el Inpec?
- D) En caso de haber lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa ¿hay lugar, de acuerdo con el acervo probatorio, a una consecuente indemnización de perjuicios?
- E) De ser resuelta positivamente el anterior interrogante ¿hay lugar, en virtud de los contratos de seguros, a que las llamadas en garantía concurren al pago con sus llamantes?

5.3. Régimen de responsabilidad aplicable.

El inciso primero del artículo 90 superior señala la fuente primaria, general y directa de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, conforme al cual “*El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas***”; de manera que tiene la obligación constitucional de indemnizar todo daño que produzca, sea en forma lícita o ilícita, voluntaria o involuntaria, ya sea en la esfera contractual o extracontractual, pero ante todo que el afectado o la víctima no esté en el deber jurídico de soportar.

Como se observa, el régimen constitucional de responsabilidad prevé que el Estado únicamente asumirá los daños antijurídicos que hayan sido ocasionados por la acción u omisión de las autoridades, desprendiéndose que para que surja a cargo de una entidad pública la obligación de reparar, resulta indispensable que la lesión pueda imputársele jurídicamente.

Ahora bien, tratándose del despliegue de actividades constitucional y legalmente establecidas a cargo de las autoridades estatales, de antaño ha sido pacífica la remisión al régimen subjetivo de responsabilidad bajo el título de imputación de la *falla del servicio*, según lo ha expresado el Consejo de Estado:

(...) La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa

del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (...)¹⁴

No obstante, la misma corporación ha reconocido la variación de su jurisprudencia en relación con los tipos de fallas, *probada* y *presunta*, teniendo en cuenta las problemáticas en materia probatoria. Situación que fue clarificada, en especial, con la sentencia de unificación del año dos mil diecinueve (2019) y recordada en reciente pronunciamiento así:

(...) Mediante sentencia de unificación del 19 de abril de 2012, la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que el artículo 90 de la Constitución Política no privilegió ningún régimen de responsabilidad, por lo que es deber del juez encuadrar cuál es aplicable al caso concreto, de acuerdo con lo que encuentre probado en el proceso.

En este sentido, por regla general, el fundamento del deber de reparar aplicable cuando se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños ocasionados como consecuencia de actividades médico-sanitarias es el de falla del servicio.

De hecho, en los eventos en los que se analiza la responsabilidad del Estado por daños ocasionados en virtud de la atención médica defectuosa, se aplica, en principio, el régimen de responsabilidad de falla probada, pues se ha señalado que es necesario efectuar un análisis entre el contenido obligacional que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por la autoridad demandada. En efecto, sobre este particular se ha señalado que:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del siete (07) de marzo de dos mil doce (2012). Expediente 25000232600019960328201 (20042), con ponencia del consejero Hernán Andrade Rincón.

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. (...) "2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende. "La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como 'anormalmente deficiente"

Para endilgar responsabilidad por daños ocasionados como consecuencia de una falla en el servicio en las actividades médico-sanitarias, el demandante debe acreditar i) el daño, ii) la falla en el acto médico y iii) imputación. Así lo ha entendido esta Corporación, al señalar:

"(...) existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño"

En suma, por regla general la responsabilidad médica derivada de daños ocasionados como consecuencia de actividades médico-sanitarias debe analizarse en principio bajo el régimen de la falla probada del servicio, lo que impone al demandante la obligación de acreditar probatoriamente el daño, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y la consecuencia dañosa. (...) ¹⁵

Hasta este punto, es claro que, en relación con las ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas y Hospital Universitario San Jorge de Pereira, el régimen de imputación es el subjetivo, por *falla probada en el servicio*.

De igual manera, se encuentra que de antaño se habla de una responsabilidad por falla en el servicio cuando resulta vulnerado algún derecho de los reclusos por parte de la entidad encargada de su custodia, siempre y cuando el daño se encuentre fuera de la esfera de la obligación de protección y seguridad del recluso, porque de no ser así, recaería en una imputación objetiva a título de *daño especial*¹⁶; lo que claramente no acontece en este asunto, puesto que, como se indicará en líneas posteriores, se está ante circunstancias de

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), expediente 05001233300020150010301 (66974), con ponencia del consejero Nicolás Yepes Corrales.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del cuatro (04) de marzo de dos mil diecinueve (2019), expediente 68001233100020100059701(48110), con ponencia de la consejera María Adriana Marín (E).

salud que desencadenaron en la muerte del interno y desde la misma demanda la imputación al Inpec fue a título de falla en el servicio, título que se acompaña con la realidad procesal.

5.4. Análisis jurídico probatorio.

En este orden de ideas, resulta pertinente analizar el material probatorio, a fin de vislumbrar las circunstancias en que acaecieron los hechos relatados en la demanda, con el propósito de verificar la existencia del daño alegado y, en segundo lugar, establecer si resulta imputable o no a las entidades demandadas, teniendo en cuenta los títulos de imputación expuestos y los eximentes de responsabilidad planteados por la parte pasiva.

5.4.1. De la existencia del daño.

El daño, para efectos de que sea indemnizable, exige que se acrediten requisitos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal, y iii) debe ser personal y cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura; de allí que, ha dicho la jurisprudencia¹⁷, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, que no está en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no le impone esa carga.

Así pues, debe examinarse la acreditación del daño, el cual, según lo expresado en la demanda, correspondería a la muerte de Dairo de Jesús Atehortúa Alzate mientras se encontraba recluido en el Establecimiento Carcelario de Mediana Seguridad de Pereira. Situación que generó perjuicios inmateriales a los demandantes.

Este aspecto fundamental en la responsabilidad extrapatrimonial del Estado no tiene controversia alguna, porque, conforme fue advertido en el transcurso del litigio, se cuenta con sustento probatorio que acredita su existencia, esto es la historia clínica allegada por las partes y el informe de necropsia realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015)¹⁸.

Una vez determinado el daño así descrito, se procederá entonces a estudiar si resulta atribuible o no a las entidades accionadas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del primero (1°) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicado 66001233100020090017101 (40943), con ponencia del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸ Visible como archivo 28.

5.4.2. De la imputación del daño a las demandadas.

5.4.3.1. De la falla probada en el servicio de las ESE.

Basta destacar que el evento del cual derivan los perjuicios que originan el reclamo judicial se presentó en el ejercicio o desarrollo de una potestad constitucional y legal de la administración pública, como lo es la prestación de servicios médicos, de manera particular a un recluso. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo alegado por la parte actora se centró en: i) el error en el diagnóstico y ii) el retardo en la prestación del servicio de salud.

Según la demanda, la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, diagnosticó erróneamente el dolor abdominal desde febrero de dos mil quince (2015), sin que se dispusiera de las herramientas necesarias para precisar la enfermedad que estaba padeciendo.

Por su parte, de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Risaralda, se adujo que la demora en el tratamiento de la enfermedad condujo al deceso, puesto que solo pasados alrededor de quince (15) días después de su ingreso por urgencias, fue intervenido, cuando ya no había nada más para hacer.

Son estos dos (02) hechos generadores en los que se establece la imputación del daño a las entidades de salud, pero de las pruebas practicadas no se desprende esa falla tan discutida, afirmación que se funda en:

.- Primero, de la historia clínica del occiso se desprende cada una de las actuaciones desarrolladas por las entidades prestadoras de salud, donde claramente se verificó las múltiples atenciones que tuvo el penado desde el dos mil diez (2010) hasta la fecha de su fallecimiento. Es más, el supuesto yerro en el diagnóstico por parte de la primera entidad no fue comprobado, porque la parte actora solo lo dedujo luego del hallazgo en la intervención realizada en el segundo centro hospitalario, sin que se aportara elemento alguno que diera fuerza a su alegato o que en la misma historia clínica se expusiera que con los síntomas del mes de febrero de dos mil quince (2015) hicieran sospechar la enfermedad que terminó con la vida, o un peritazgo que llevara al convencimiento que, de acuerdo con el cuadro clínico era ineludible arribar a la conclusión de la parte actora, la cual se quedó en el plano de las conjeturas.

El testimonio del médico Francisco Javier López Arroyave, quien atendió la urgencia en Aguadas, Caldas, dejó claro que el tratamiento dado en esa oportunidad funcionó; en sus palabras: *“(...) consultó una vez por dolor abdominal el 17-02-2015 y le fue recetado albendazol y omeprazol, la evolución fue buena, pues dicho dolor no volvió a presentarse, se sospechó en su momento un cuadro de parasitismo, no presentaba estado grave (...)”*.

Obsérvese como en la historia clínica del centro asistencial del citado municipio, se consignaron las entradas por urgencias del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), dieciséis (16) de febrero y nueve (09) de junio de dos mil once (2011), diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012), veintinueve (29) de octubre de dos mil trece (2013), treinta (30) de abril, veintinueve (29) de julio y siete (07) de noviembre de dos mil catorce (2014), en las cuales los profesionales de la salud que atendieron fueron consistentes en encontrar el abdomen en condiciones normales, dejando consignado que se encontraba *“blando, depresible, sin dolor a la palpación, sin masas o visceromegalias, normal”*.

Sólo fue hasta el dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015) que presentó un cuadro clínico que comprometía la zona abdominal – intestinal, dejándose anotado: *“Cuadro de cinco horas de evolución con dolor abdominal tipo cólico. Abdomen normal. Abdomen sin signos de irritación peritoneal”*. Situación que claramente no tenía antecedente para presuponer un diagnóstico complejo como el resultante; por tal circunstancia y ante la evolución positiva al momento de aplicar el tratamiento para el dictamen inicial (parasitosis), fue dado de alta por cirugía general, lo que quiere decir que el médico no concluyó que se estuviera ante un abdomen quirúrgico.

Ningún medio de convicción lleva a la certeza de que existe el mentado error en el diagnóstico, construido a partir de los signos y síntomas del paciente (y en general frente a la historia clínica) y la vulneración de algún protocolo médico o la *lex artis*. O dejar totalmente claro cómo con el apoyo de algún medio diagnóstico se hubiera, en ese momento de la evolución del cuadro clínico, podido detectar la enfermedad para luego acometer el tratamiento y que dicho medio era el pertinente, necesario, y aconsejable según los protocolos y la práctica médica.

.- Segundo, del compendio documental de la atención médica por parte de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Risaralda, se extrae que el servicio se enmarcó dentro de los parámetros y protocolos trazados, puesto que se realizaron las actividades correspondientes a su estado de salud al momento de ser hospitalizado el diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), practicándole la laparotomía exploratoria que arrojó como resultado *pancreatitis aguda necro-hemorrágica*. Así fue narrado por los galenos Víctor Hugo Mendoza y Álvaro Augusto Lerma Velásquez en la audiencia.

El primero de los profesionales dijo: *“(…) Paciente que ingresa con abdomen agudo quirúrgico, con sospecha de apendicitis aguda, abdomen en tabla con signos de irritación peritoneal y se procede a laparotomía exploratoria, se confirma cuadro de pancreatitis aguda necrotizante que es un cuadro grave (...)”*. Por su parte, el segundo, siendo el cirujano general, aclaró: *“(…) Exactamente a este paciente se le hizo todo el manejo con la rigidez que requería con la lex artis aplicando todos los conocimientos y todos los*

protocolos que existen para el manejo de este tipo de paciente con cuadro de pancreatitis severa con una gran respuesta inflamatoria con una disfunción múltiple de todos los órganos porque esto en ultimas termina afectando los riñones, el corazón los pulmones, el intestino, el estómago (...)”

Conclusiones que fueron apoyadas con el testimonio del otro médico Carlos Alberto Marulanda al indicar que: “(...) *Paciente con abdomen agudo, llevado a cirugía con necrosis pancreática, se llevó a cuidados intensivos, se reanima y reacciona bien, al punto que pudo ser egresado de la unidad en esa primera oportunidad, luego, evoluciona tórpidamente dada la pancreatitis tan severa y fallece prácticamente por el shock hemorrágico que presentó. Aclara que el abdomen agudo es un diagnóstico amplio, pues es difícil identificar su causa, por ello es común proceder con intervención quirúrgica para abrir y confirmar, el hallazgo (...)*”.

.-Y tercero, de todas las declaraciones de los profesionales en salud queda claro la inexistencia de una falla en el acto médico, lo que quiere decir que, tal como lo establece la jurisprudencia (véase acápite 5.3.), no se acreditó la *falla probada en el servicio*, porque la parte demandante no cumplió con su deber en punto de traer los medios de prueba que respaldaran su teoría, máxime cuando por las circunstancias del caso y su traslado de centro de reclusión no es posible atribuir responsabilidad por el acto médico de ninguna de las dos ESE que en momentos cronológicos diferentes y con solución de continuidad prestaron los servicios asistenciales.

Así las cosas, se absuelve negativamente el **primer interrogante** planteado.

5.4.3.2. De la falla en el servicio del INPEC.

Ahora, de todos los elementos adosados se demostró que dicha entidad tenía bajo su custodia a Dairo de Jesús Atehortúa Alzate desde el catorce (14) de julio de dos mil diez (2010) en razón a la condena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Aguadas, Caldas. Lo que quiere decir que, las obligaciones para la protección y respeto de los derechos e integridad sicofísica estaba en manos de la institución, en los términos legales y jurisprudenciales.

Por lo anterior, no se comparte el planteamiento de su defensa, porque, si bien no tiene bajo sus funciones la prestación de servicios médicos, lo cierto es que sí está en el deber de proporcionar las condiciones óptimas para garantizar el bienestar y la integridad física y mental de los internos. Obligaciones en virtud de la relación de especial sujeción al Estado, a través del instituto, debe materializar las prerrogativas de que trata la Ley 65 de 1993, en especial, los artículos 5, 104 y 105, los últimos modificados por la Ley 1709 de 2014; en los cuales, se regula el acceso de la población privada de la libertad a todos los

servicios del sistema general de salud, garantizando la prevención, diagnóstico temprano y tratamiento adecuado de todas las patologías físicas o mentales. En todo caso, el tratamiento médico o la intervención quirúrgica deberán realizarse garantizando el respeto a la dignidad humana.

De igual manera, la normativa dispuso que la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) será la responsable de la adecuación de la infraestructura de las Unidades de Atención Primaria y de Atención Inicial de Urgencias en cada uno de los establecimientos Penitenciarios y Carcelarios en los cuales se prestará la atención intramural. Adicionalmente, la creación de un Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, en el que el Estado tenga más del 90% del capital, a través, de la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, quien suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil. A pesar de ello, la norma deja en manos del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, entre otras, el velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo, en particular, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales.

El mencionado consejo se encuentra integrado por: i) El Ministro de Justicia y del Derecho o el Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa, quien lo presidirá; ii) El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; iii) El Ministro de Salud y Protección Social o su delegado; iv) El Director de la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, entidad que ejercerá la Secretaría Técnica del Consejo Directivo; v) El Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec); y vi) El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.

Es así como surge la exigencia legal a la demandada para garantizar la prestación del servicio de salud, aunque no de manera directa, puesto que la Ley 1122 de 2007, en el artículo 14 indicó *“(...) aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. (...)”*. Y en el literal m) dejó claro que la afiliación de la población reclusa será al Sistema General de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, reglamentando su trámite mediante los Decretos 1141 de 2009 y 2777 de 2010.

Luego, con el Decreto Ley 4150 de 2011 se creó Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPC, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, quien tiene como objeto gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de los servicios, la infraestructura y brindar el apoyo logístico y administrativo requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios

penitenciarios y carcelarios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario¹⁹. Lo que quiere decir, que a pesar de la escisión de las funciones administrativas del Inpec, lo cierto es que sus obligaciones legales para con la integridad sicofísica de los internos no desaparecen.

Esto último, porque el Decreto – Ley 4151 de 2011 contempla, las diferentes dependencias del Inpec, el cabal cumplimiento de las funciones de *“prestar los servicios de atención integral, rehabilitación y tratamiento penitenciario a la población privada de la libertad”* (artículo 2, numeral 12), *“supervisar la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad”* (artículo 18, numeral 10) y *“auditar a las instituciones prestadoras de servicios de salud que hacen parte de la red de prestadores de salud del régimen subsidiado del orden nacional, que prestan sus servicios a la población privada de la libertad”* (artículo 19, numeral 7).

Funciones que además fueron objeto de reglamentación mediante el Decreto 1069 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”*, especialmente, en el artículo 2.2.1.11.3.3., correspondiente a las competencias asignadas al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en relación con la prestación de los servicios de salud de la población privada de la libertad, entre las cuales, el numeral 3 determina *“garantizar las condiciones y medios para el traslado de personas privadas de la libertad a la prestación de servicios de salud, tanto al interior de los establecimientos de reclusión como cuando se requiera atención extramural, de conformidad con los artículos 2.2.1.11.4.2.3 y 2.2.1.11.4.2.4 del presente capítulo, y realizar las acciones para garantizar la efectiva referencia y contrarreferencia.”*

En el plenario se encuentra acreditado, como se ha indicado a lo largo de esta providencia, que el ciudadano tuvo ingresos a urgencias y consultas externas durante el tiempo que estuvo recluido en los dos (02) centros penitenciarios. De las cuales se destaca las consultas intramurales llevadas a cabo en la cárcel “La Cuarenta”: i) la visita a UCIMED el trece (13) de abril de dos mil quince (2015)²⁰, con ocasión al dolor abdominal; ii) resultado negativo del cultivo de *esputo (prueba que busca bacterias y otros gérmenes que pueden causar una infección en los pulmones o las vías respiratorias*²¹) del catorce (14) de mayo del mismo año²²; iii) evolución del paciente ante UCIMED del veintiséis (26) de junio de dos

¹⁹ En respuesta al oficio 123 expresó: *“(…) todos los servicios de salud que se incluían en el Plan de Beneficios en Salud – PBS, antiguo Plan Obligatorio de Salud – POS, eran cubiertos y garantizados por CAPRECOM EPS-S, por mandato legal definido en la Ley 1122 de 2007, reglamentada en materia de servicios de salud a la PPL, por el Decreto 1141 de 2009, estableciendo a la PPL a cargo del INPEC, como objeto de aseguramiento a cargo de CAPRECOM EPS, sin necesidad de mediar un contrato entre la EPS mencionada y el INPEC o la USPEC, siendo necesario precisar, además, que la USPEC fue creada a finales de 2011 mediante el Decreto 4150 del 3 de noviembre de 2011.*

Así las cosas, una vez expedido el Decreto 2519 de 2015, mediante el cual se liquidó a CAPRECOM EPS, se dio paso a la entrada del Fondo Nacional de Salud, conforme lo normado en la Ley 1709 de 2014, reglamentado y entrado en operación desde el Decreto 2245 de 2015. (...)

²⁰ Visible a folios 175 y 176 del archivo 02, digitalizado.

²¹ Información extraída de <https://medlineplus.gov/spanish/pruebas-de-laboratorio/cultivo-de-esputo/>.

²² Visible a folios 177 y 178 del archivo 02, digitalizado.

mil quince (2015)²³; iv) evolución ante APRECOM del trece (13) de julio de esa anualidad, continuando con el dolor abdominal²⁴; v) anotaciones de ingreso del dieciséis (16) de agosto y trece (13) de octubre de dos mil quince (2015), por el mismo síntoma²⁵; y vi) la remisión a urgencias de la ESE Salud Pereira del dieciocho (18) octubre de ese mismo año²⁶.

Documentos que dan claridad de la existencia de la atención médica que requería el penado, pero de la que se desprende la ausencia de las herramientas y gestiones idóneas y oportunas para mantener el estado de salud, en especial la evolución del veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015) donde el funcionario de la IPS UCIMED consignó: “(...) *paciente que presenta enrojecimiento, rubor, calor y edema en pierna izquierda desde hace 10 días y por la problemática que se viene presentando por la falta de médico no ha sido posible su valoración (...)*” (subrayado por fuera del texto original).

En otras palabras, aunque al Inpec no se le endilga fallas en la prestación del servicio de salud, ya que estaba a cargo de la EPS a la cual se encontraba afiliado el interno desde su reclusión, la demandada desconoció sus obligaciones legales al no disponer de todos los medios para conservar su salud, atendiendo el criterio de sujeción en el que se encontraba el penado y conforme la normatividad aducida en párrafos anteriores. Por consiguiente, tal como fue narrado por la parte actora²⁷, el instituto penitenciario fue negligente al prestarle atención a su condición de salud, dejando pasar períodos prolongados de tiempo sin una revisión y/o valoración médica (de dos (02) hasta cinco (05) meses para la reacción de la entidad), puesto que, en vista de la ausencia de médico dentro del plantel, debió gestionarse el traslado a un centro asistencial para garantizar el derecho a la salud del penado.

Así las cosas, se absuelve positivamente el **segundo interrogante** asociado.

5.4.3.3. Del nexo causal.

Se estima pertinente, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, profundizar en el tema del nexo causal y la teoría bajo la cual se abordará su estudio:

(...) El elemento de responsabilidad “nexo causal” se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el

²³ Visible a folio 179 del archivo 02, digitalizado.

²⁴ Visible a folio 182 del archivo 02, digitalizado.

²⁵ Visible de folio 184 al 186 del archivo 02, digitalizado.

²⁶ Visible a folio 187 del archivo 02, digitalizado.

²⁷ En especial los hechos, décimo y décimo primero.

punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito. (...)”²⁸

Así las cosas, el daño antijurídico, a la luz de la teoría de la causalidad adecuada, tiene como hecho originador el incumplimiento de las obligaciones legales y constitucionales por parte del Inpec, ante las fallas en el servicio de salud cometidas por la EPS dentro de las instalaciones de la cárcel de Pereira, al no hacer uso de sus funciones o competencias de supervisión, vigilancia, auditoría y garantía de la prestación del servicio de salud intramural y/o extramural²⁹, pero de la prueba no existe la certeza que de haber cumplido el Inpec sus obligaciones en los términos legales y oportunidades inexorablemente el resultado se habría podido evitar.

Entonces, atendiendo el daño antijurídico, hay que estudiar el nexo causal entre la pérdida de oportunidad y las actividades desplegadas por las demandadas, según la jurisprudencia y las pruebas practicadas, es claro que el daño es la pérdida de oportunidad de sanarse o mantener una condición de vida digna, en otros términos, haber tenido la asistencia médica oportuna y permanente; en el entendido de reconocerse como daño autónomo. El Consejo de Estado se ha pronunciado:

(...) Para predicar la existencia de ese daño autónomo imputable al Estado³⁰ es preciso demostrar sus elementos configurativos, esto es: i) la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad y, en relación con esta, iii)

²⁸ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia proferida el día veinticinco (25) de julio de dos mil dos (2002), expediente 13.680, citada en la Sentencia del ocho (08) de junio de dos mil diecisiete (2017) de la misma corporación y sección, bajo el expediente 41926.

²⁹ Caso distinto se predica de las ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas y Hospital Universitario San Jorge de Pereira, porque se demostró que en su actuar no se configuró falla alguna.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017), expediente 25706, consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero. “la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño autónomo, que, si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, 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”.

certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima. (...) ³¹

Debe decirse que, como se adujo en el apartado de la falla imputada al Inpec, las entradas a sanidad de la cárcel de Pereira fueron especialmente por el dolor abdominal desde abril de dos mil quince (2015), pero tan solo transcurridos ocho (08) meses después se dispuso la remisión a un centro asistencial; periodo durante el cual no se garantizó la atención integral, oportuna y adecuada, tal como fue puesto de presente y consignado en las anotaciones por los funcionarios de la IPS que cumplía sus funciones dentro del plantel. Si bien los síntomas acaecidos desde la última consulta en la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, encuadraban con *parasitosis intestinal*, la persistencia en el cuadro clínico sin mejoría, debieron alertar a los funcionarios de salud de sanidad en el establecimiento penitenciario “La Cuarenta”, en aras de disponer lo pertinente para un diagnóstico temprano y tratamiento adecuado.

Circunstancia que fue manifestada por el cirujano general Álvaro Augusto Lerma Velásquez: “(...) *el diagnóstico de pancreatitis se hace casi que en un 5 o un 10% de los casos de la laparotomía el otro 90 o 95% de los casos se realiza por medios clínicos e inicialmente no es quirúrgico solamente en muy contados casos por una pancreatitis se lleva al paciente a cirugía la mayoría de los casos se maneja medicamente. (...)*”. Se infiere entonces que, con la sintomatología del paciente desde el mes de febrero de dos mil quince (2015), de haberse prestado atención continua a su condición física, se hubiese podido diagnosticar a tiempo, aunque no con ello se descartara el resultado. Continuó diciendo el testigo: “(...) *Con los hallazgos que se tuvieron en la cirugía no hubiera para nada cambiado el diagnóstico porque es una enfermedad que ya estaba instaurada y que evoluciona a través del tiempo y no en horas ni minutos (...)*”, lo que quiere decir que, como se ha especulado, la enfermedad confirmada con la laparotomía exploratoria llevaba tiempo gestándose, máxime cuando el resultado de la misma indicó que ya había muerte del 50% del páncreas y al momento de la necropsia ya llevaba el 80%.

El informe de necropsia dejó consignado: “(...) *Esta persona con el secuestro de sangre, asociado a sepsis abdominal, no respondió a ningún tratamiento de alta complejidad por lo grave de su estado, la pancreatitis necro-hemorrágica³² puede darse por obstrucción (cálculo biliar) o de manera espontánea, mas frecuente en personas alcohólicas, obesas y fumadora, en este caso no nos aportan esos antecedentes, pero hay que descartar proceso*

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del primero (1°) de diciembre dos mil veintitrés (2023), expediente 25000232600020090088001 (65235), con ponencia de la consejera María Adriana Marín.

³² Se consulta la revista web de la Universidad de Valencia, Gac. int. cienc. forense ISSN 2174-9019 No. 15. Abril-Junio de 2015, https://www.uv.es/gicf/5C2_DeLuis_GICF_15.pdf. Aclara las características de la enfermedad: “(...) *Atendiendo a la severidad del cuadro clínico la pancreatitis puede ser leve o severa. Se han descrito dos formas anatomopatológicas, de pancreatitis aguda, la forma edematosa y la necrótico-hemorrágica. La pancreatitis leve es generalmente edematosa y corresponde al 80-90% de los casos, mientras que la pancreatitis severa es causada por necrosis pancreática y se presenta en el 10-20% restante. Su mortalidad oscila entre el 40 y el 70% y está relacionada con la etiología y la edad, siendo superior en mayores de 50 años. El 5% de los pacientes con una pancreatitis aguda mueren por shock durante la primera semana de la enfermedad (...)*”

*tumoral por la pérdida de peso aparente que presenta, además son diagnósticos diferenciales. (...)*³³.

Sin experticia médica e indagando un poco más sobre el tema abordado por los galenos en sus declaraciones, se consulta la revista médica La Paz³⁴, en la que se puede vislumbrar que el cuadro clínico de la enfermedad contempla: i) dolor abdominal; ii) Vómitos y estado nauseoso; y iii) La distensión abdominal, el íleo parálítico, la ictericia y el colapso cardiocirculatorio. Que si bien, no son exclusivos de esta enfermedad, lo cierto es que de la historia clínica se desprende la persistencia en manifestarlos durante un tiempo considerable (alrededor de ocho (08) meses), ante lo cual se debieron practicar paraclínicos que dieran luces de lo que realmente le sucedía al interno; como, por ejemplo, citando la misma revista, determinaciones enzimáticas, hemograma, bilirrubinemia y calcemia, hiperglucemia y glucosuria, incremento de la urea y la creatinina plasmáticas, marcadores de necrosis, examen del líquido peritoneal, coagulograma, entre otros. De igual manera, se hubiese optado por exámenes de imagenología como rayos x de abdomen, ecografía abdominal, tomografía axial computarizada, etc.

Además, en dicho documento científico se aclara: “(...) *El diagnóstico de la pancreatitis aguda se basa en el cuadro clínico, hiperamilasemia y evidencia morfológica de inflamación pancreática. Esta última puede ser demostrada mediante métodos por imágenes (ecografía y/o TAC), cirugía o anatomía patológica. (...)*”. Enunciado coherente con lo expresado por los médicos que testificaron y que fueron los que atendieron al occiso, cuando la enfermedad ya era severa, quedando en sus manos el único medio el exploratorio.

Con todo lo expuesto, es probable que, de haberse dispuesto de los medios de diagnóstico de manera oportuna, con ocasión a las múltiples consultas por dolor abdominal y la falta de mejoría con el tratamiento inicial, el condenado tenía probabilidades de mejora y tratamiento, aunque persistiera el porcentaje de muerte dentro de la ecuación partiendo de un 40%, porque la edad que tenía para el año de fallecimiento era de cuarenta y ocho (48).

A título de contraargumento, frente al **rompimiento del nexo causal**, sea indicar que no le asiste razón a la codemandada, porque la causa extraña alegada, “*enfermedad preexistente que fue descuidada por parte de la víctima fatal*”, no tiene sustento probatorio ni conexión directa para con el motivo de la muerte, porque, el padecimiento que venía presentando antes de ser condenado y retenido, según la historia clínica, era la de insuficiencia venosa crónica en ambos miembros inferiores, mientras que la causa de muerte fue la de pancreatitis necro-hemorrágica.

³³ Archivo 28.

³⁴ Versión On-line ISSN 1726-8958, Rev. Méd. La Paz v.17 n.1 La Paz 2011
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582011000100009.

En suma, no hay ruptura del nexo causal, porque la muerte no es exterior al Inpec en la medida en que el recluso adquirió en prisión la patología abdominal (pancreatitis necro-hemorrágica), y era previsible, y no irresistible, que si no se prestaba la atención médica continua e integral se le restaba la oportunidad de afrontar su enfermedad bajo el debido tratamiento³⁵, tal como fue expuesto en consideraciones anteriores.

Entonces, se resuelve positivamente el **tercer interrogante** asociado, en relación con la codemandada Inpec.

Corolario a lo hasta aquí argüido, se accederá a la declaratoria de responsabilidad administrativa, únicamente, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- del daño antijurídico causado el siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015). Por lo anterior, se procede al estudio de la respectiva condena indemnizatoria y, posteriormente, se resolverá lo atinente a los llamamientos en garantía.

5.4.4. De la reparación integral del daño antijurídico.

5.4.4.1. Daño moral: es de aclarar que, no se habla de daño moral propiamente dicho, sino del daño a la pérdida de oportunidad o chance, del cual no se tiene una unificación por parte del Consejo de Estado³⁶, por lo que se establecerá con fundamento en el *arbitrio juris*, en caso de ser procedente su condena, conforme a las pruebas recaudadas.

Sin embargo, se tendrá en cuenta los topes y los estándares probatorios que fueron recopilados en los casos de muerte en sentencia de unificación³⁷, donde se diseñó cinco (05) niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia

³⁵ En estos términos se trae a colación la cita realizada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del siete (7) de marzo de dos mil doce (2012), con ponencia del consejero Hernán Andrade Rincón: "En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo - pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados - . Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, (...) En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia. (...) Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia". (...) a efectos de que operen las citadas eximentes de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder - activo u omisivo - de la víctima tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño."

³⁶ Sentencia del primero (1º) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), líneas arriba citada. Se expresó para la liquidación de este tipo de daño que: "(...) Es importante señalar que tratándose de daños derivados de la pérdida de oportunidad, la Sala no tiene un criterio unificado en relación con la tipología de indemnizaciones que le corresponden. Así, por ejemplo, en algunas ocasiones se ha considerado que debe reconocerse únicamente la pérdida de oportunidad como categoría individual de daño indemnizable pero, en otras providencias, se ha considerado que no existe incompatibilidad alguna "entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad -que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa"(...)"

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), radicado 66001233100020010073101 (26251), con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

(...) Así las cosas, para los niveles 1 (conyugal y paterno filial) y 2 (2° de consanguinidad o civil) se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 (3° de consanguinidad o civil) y 4 (4° de consanguinidad o civil), además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 (terceros damnificados) deberá ser probada la relación afectiva. (...)

Obran en el plenario los documentos que advierten el lazo de consanguinidad que aluden los actores³⁸ y, a pesar de las manifestaciones de la demandada en desvirtuar la presunción de aflicción, fueron solo apreciaciones carentes de sustento probatorio, al menos, en relación con los hermanos que gozan de dicha presunción.

No pasa lo mismo con los sobrinos, porque como lo advirtió el máximo órgano de lo contencioso administrativo, para la procedencia de la indemnización por daño moral de aquellos con relación de consanguinidad de tercer grado, se requiere prueba del estado civil y de la relación afectiva. Este último elemento se encuentra ausente, puesto que con los testimonios de Jaime de Jesús Villa y Santiago Rodríguez Villa solo se acreditó una colaboración económica, lo que no se traduce o infiere la cercanía ni los lazos de afecto.

En conclusión y teniendo en cuenta probado y atendiendo la relación de sujeción de la víctima directa con el Inpec, las declaraciones de los médicos, el tiempo transcurrido entre la primera consulta intramural en la cárcel La Cuarenta y el traslado al Hospital Universitario San Jorge de Pereira³⁹, se condenará así:

- María Nidia Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.
- Luz Marina Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.
- Heriberto de Jesús Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.

5.4.4.2. Daño inmaterial distinto a daño moral: se entiende que los demás perjuicios solicitados en la demanda corresponden a lo ahora conocido como afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, por lo que se está a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes citada⁴⁰, en el entendido que debe acreditarse su vulneración. En tal sentido se encuentra ausente las pruebas que

³⁸ Registros Civiles de Nacimientos de los hermanos y los sobrinos visibles desde el folio 14 al 33 del archivo 01, digitalizado.
³⁹ Además, lo indicado en el apartado final del numeral 5.4.3., en relación a la persistencia del porcentaje muerte.

⁴⁰ Ídem, "(...) De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza". (...) En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. (...)"

concreten la procedencia para su reconocimiento, puesto que las condiciones indignas y degradantes, vulneradoras de los derechos humanos, alegadas como sufridas durante el tiempo de reclusión sólo quedaron en meras apreciaciones.

En síntesis, se resuelve positivamente el **cuarto interrogante** asociado, en el sentido de condenar al pago únicamente por daño moral como se indicó en el numeral 5.4.4.1. Por consiguiente, se negarán las demás pretensiones.

5.4.5. Sobre las llamadas en garantía.

Tal como quedó enunciado en los numerales 2.4. al 2.6., en esta causa fueron llamadas en garantía las compañías La Previsora SA, Allianz Seguros SA y Mapfre Seguros Generales de Colombia SA. No obstante, no hay lugar a estudiar las pólizas de seguro de responsabilidad civil, porque las llamantes no serán declaradas administrativamente responsables y, por ende, no se condenarán al pago de perjuicios de ninguna índole.

Se resuelve así negativamente el **quinto cuestionamiento**.

5.5. Costas.

Al observar la ausencia en el expediente de un acervo que dé cuenta de erogaciones o expensas, se considera que no se encuentra un sustento preciso o concreto, que dé lugar a fijar tal condena en cabeza de la entidad demandada; criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

5.6. De la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. Declarar no probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* formulada por la ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, y que fue coadyuvada por La Previsora SA Compañía de Seguros.

Segundo. Declarar no probadas las excepciones: i) hecho súbito e inesperado, imprevisto e imprevisible, además de irresistible y ii) inexistencia de nexo causal entre el acto médico y el daño, formuladas por los centros hospitalarios y coadyuvadas por las llamadas en garantía.

Tercero. No declarar administrativa y patrimonialmente responsables a las ESE Hospital San José de Aguadas, Caldas, y Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Risaralda.

Cuarto. Declarar infundada la excepción de inexistencia de los elementos de responsabilidad (ausencia del nexo causal), planteada por el Inpec.

Quinto. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- del daño antijurídico causado al núcleo familiar, por la pérdida de oportunidad de sobrevivida, de Dairo de Jesús Atehortúa Alzate.

Sexto. Como consecuencia de la anterior declaración, condenarlo al pago de daños o perjuicios morales por la pérdida de oportunidad o chance así:

1. María Nidia Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.
2. Luz Marina Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.
3. Heriberto de Jesús Atehortúa Alzate treinta (30) smlmv.

Séptimo. Negar las demás pretensiones de la demanda.

Octavo. Sin condena en costas.

Noveno. De conformidad con lo establecido en los artículos 192 y 203, inciso final de la Ley 1437 de 2011, por Secretaría se enviará copia de esta providencia a las entidades demandadas condenadas, para lo de su competencia.

Décimo. Por Secretaría expídanse a costa de la parte interesada las copias correspondientes, con observancia de lo estipulado en el artículo 114 del CGP.

Undécimo. Por Secretaría procédase con las anotaciones en los sistemas de información y, una vez en firme, con el archivo del expediente.

Notifíquese y cúmplase,

Edier Enrique Arias Montoya
Juez

«Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <https://samairj.consejodeestado.gov.co>»