

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
BUENAVENTURA D.E. - VALLE DEL CAUCA¹

SENTENCIA No. 50

Buenaventura D.E., abril ocho (8) de dos mil veinticuatro (2024)

RADICADO	76109-33-33-003-2016-00018-00
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES	-EDUARDO BERRIO AGUIAR -LUZ ELENA CASTAÑEDA SALDARRIAGA actuando en nombre propio y en representacion de su hijo menor de edad EMMANUEL BERRIO CASTAÑEDA -FABIAN ANDRES BERRIO CASTAÑEDA actuando en nombre propio y en representacion de su hija menor de edad KAROLL VIVIANA BERRIO ABAD -KAROLAYM DAMYANA BERRIO CASTAÑEDA -JOSE HUMBERTO BERRIO LONDOÑO
DEMANDADOS	-NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC -EPS CAPRECOM CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES
VINCULADA	CLÍNICA SANTA SOFIA

I. ASUNTO

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, es procedente proferir sentencia.

II. ANTECEDENTES:

2.1. LA DEMANDA:

Pretensiones²:

Primera. Que se declare a la Nación- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC y a la EPS Caprecom-Caja de Previsión Social de Comunicación la responsabilidad patrimonial, administrativa y solidaria de los perjuicios morales, metariales (lucro cesante) y alteración grave a las condiciones de existencia o daño

¹ Antes **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA D.E** de conformidad con el artículo 3° de la Resolución **UDAER24-7 DE ENERO 11 DE 2024**.

² Índice 003, cuaderno principal, ítem **5PROCESOABONAD_003DEMANDAPDF**, páginas 2 a 4 del expediente digital SAMAI.

a la vida en relación sufridos por los demandantes, con ocasión del accidente laboral padecido por el Eduardo Berrio Aguiar, en el taller de ebanistería de la cárcel de Buenaventura.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes como indemnización los siguientes perjuicios:

Perjuicios morales:

Eduardo Berrio Aguiar: 100 S.M.L.M.V
 Luz Elena Castañeda Saldarriaga: 100 S.M.L.M.V
 Karolayin Damhana Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 Fabián Andrés Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 Emmanuel Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 José Humberto Berrio Londoño: 100 S.M.L.M.V
 Karol Viviana Berrio Abad: 50 S.M.L.M.V

Tercera. Daño a la vida en relación

Eduardo Berrio Aguiar: 100 S.M.L.M.V
 Luz Elena Castañeda Saldarriaga: 100 S.M.L.M.V
 Karolayin Damhana Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 Fabián Andrés Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 Emmanuel Berrio Castañeda: 100 S.M.L.M.V
 José Humberto Berrio Londoño: 100 S.M.L.M.V
 Karol Viviana Berrio Abad: 50 S.M.L.M.V

Cuarta. Por los perjuicios materiales:

Por el daño emergente- lucro cesante: la suma de \$13.504.369.52, por motivo de la incapacidad e invalidez parical para laboral, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

- a. El salario mínimo mensual legal vigente para el 20 de diciembre de 2013, fecha en que sufrió las lesiones que afectan al señor Eduardo Berrio Aguiar.
- b. La edad que tenía el señor Eduardo Berrio Aguiar a la fecha de la ocurrencia de la lesión.
- c. La vida probable de Eduardo Berrio Aguiar según las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria.
- d. La incapacidad e invalidez que padece y padecerá el señor Eduardo Berrio Aguiar, como secuelas de la lesión sufridas.
- e. Actualizada la condena según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 20 de diciembre de 2013 y el que exista cuando se produzca la calificación o fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios morales.
- f. La fórmula de matemática financiera aceptada por el Consejo Estado..."

Quinta. Las sumas así causadas devengarán los intereses previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo), y se ejecutará en los términos establecidos en el artículo antes mencionado.

Sexta. Qué se ordene al pago de costas y agencias en derecho.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones se narraron en síntesis:

Hechos³:

La parte actora señaló que el señor Eduardo Berrio y la señora Luz Elena Castañeda Saldarriaga conviven hace más de 25 años, y producto de esa unión procrearon a sus hijos Emmanuel, Karolaym Dahyana y Fabian Andrés Berrio Castañeda (padre de la menor Karoll Viviana Berrio Abad).

Refirió que, el señor Eduardo Berrio se encontraba recluido en la Cárcel del Circuito de Buenaventura, toda vez que, fue condenado a ochenta y cuatro (84) meses de prisión, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. En ese lugar, empezó a trabajar en el área de Ebanistería, con el fin de obtener el descuento en su condena, empero, no tuvo ningún tipo de inducción o charla (manual de seguridad) sobre las medidas de seguridad para el manejo de las herramientas.

El 20 de diciembre de 2013, el señor Eduardo Berrio Aguiar se hallaba manipulando una maquina planeadora de madera y producto de esa actividad sufrió un accidente en el falange distal tercero, el cual fue amputado por la inadecuada atención médica, al no intentar su reconstrucción, generándole como consecuencia inconvenientes en su salud.

Indicó que después de que el demandante fue sometido a cirugía presentó dolores y supuración con olor desagradable en el extremo de su dedo imputado, sin que sea llevado a citas de control y al médico especialista en traumatología, por lo que a través de la tutela se buscó el amparo del derecho fundamental de salud.

El 19 de agosto de 2014, en consulta con el traumatólogo se diagnosticó que debe realizarse amputación traumática, esto es, remodelación de muñon, y pese a que la sentencia de tutela ordenaba el tratamiento necesario para la recuperación el dedo de la mano izquierda, el actor tuvo que esperar más de 8 meses para ser llevado a cirugía, trámite que no fue tramitado ni ordenado por el Instituto Penitenciario y Carcelario del- Inpec.

Por motivos de seguridad, el señor Eduardo Berrio Aguiar fue trasladado a la ciudad de Cartago - Valle, donde permaneció seis (06) meses sin tratamiento para la recuperación de su tercer dedo de la mano izquierda, y el 20 de diciembre de 2015, el actor recobró su libertad sin haberle practicado la cirugía de remodelación de muñon, negándole la oportunidad de recobrar la salud en el dedo afectado.

Los demandantes señalaron que el accidente presentado por el señor Eduardo Berrio Aguiar se generó por la falta de medidas de seguridad y capacitación que

³ Índice 003, cuaderno principal, ítem 5PROCESOABONAD_003DEMANDAPDF, páginas 4 a 7 del expediente digital SAMAI.

debió haber implementado el Centro Carcelario para los reclusos que realizan labores en el taller de Ebanistería.

Por último, el 30 de noviembre de 2015, al señor Eduardo Berrio Aguiar se le dictaminó la pérdida de la capacidad laboral del 8.5%, sin que hasta la fecha las accionadas hubieran reconocido la indemnización por los daños causados.

Fundamentos Jurídicos.

La parte actora, fundamentó el petitum en las normas que se relacionan a continuación:

- Constitucionales: artículos 2, 6, 90, 286 y 314 de la Constitución Política.
- Legales: artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos 2 a 6, 44, 47, 55 y 143 de la Ley 65 de 1993.
- Jurisprudenciales: Conciliación judicial. Radicado 22662 del 20 de mayo de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque- Sentencia No. 1010 (13760). C.P. María Elena Giraldo- sentencia del 11 de diciembre de 2000 C.P. Alíer Eduardo Hernández.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.2.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC

No contestó la demanda.

2.2.2. Caprecom⁴

Mediante apoderada judicial, la entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que, la entidad autorizó cada uno de los requerimientos del interno, brindándole el acceso al servicio médico. Añadió que el 26 de mayo de 2014, la consulta se hizo por dolor en el brazo derecho, más no por la amputación de su dedo izquierdo.

Sostuvo que le asiste al Inpec realizar todo el trámite administrativo interno relacionado con el traslado a centros hospitalarios, reclamar resultados de exámenes, solicitar citas médicas, remisiones a especialistas y todo lo relativo al acceso al servicio de salud.

Expuso que la entidad demandada únicamente se encarga de la promoción y prevención de la salud de sus afiliados y no ejerce la labor de servicio médico como las EPS, ni tampoco se encarga de las actividades que realizan los internos en los talleres dentro del Centro Penitenciario y Carcelario.

Como excepciones formuló:

(i) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*. Se debe tener en cuenta que dada la liquidación de Caprecom, las legitimadas son la Fiduciaria la Previsora S.A. y Caprecom Liquidado.

⁴ Índice 003, cuaderno principal, ítem 19PROCESOABONAD_017CONTESTACIONCAPRE del expediente digital SAMAI.

(ii) *“Falta de integrar al contradictorio (Clínica Santa Sofía)”*. Sustentada en que para atender al paciente se realizó la remisión a la Clínica Santa Sofía, entidad que lo atendió y debe comparecer al presente asunto.

(iii) *“Inexistencia de la relación de causa a efecto”*. No existe relación entre la actividad de carácter insitucional realizada por Caprecom y los hechos alegados por el demandante, ya que no prestó los servicios médicos de manera directa.

(iv) *“Falta de derecho para accionar”*. Fundamentada en que no existe responsabilidad sobre la entidad accionada, así se observa de la historia clínica aportada.

(v) *“Inexistencia de la obligación por falta de culpa”*. El resultado de perder el dedo de la mano izquierda obedece a una situación fortuita, y no a la supuesta negligencia del personal médico.

(vi) *“Ausencia de responsabilidad del hecho dañoso por cumplimiento de la obligación como entidad promotora de salud”*. Se evidenció el actuar y despliegue de los profesionales en la salud en el servicio brindado al actor.

2.2.3. Clínica Santa Sofía⁵

El 12 de septiembre de 2017, a través de apoderado judicial, la entidad demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

Adujo que, en el caso en particular los presupuestos de responsabilidad del Estado no se cumplen, toda vez que, al paciente Eduardo Berrio Aguiar le fueron garantizados todos los recursos necesarios para salvaguardar su salud. Igualmente, en lo que atañe a los hechos narrados en la demanda, la entidad señaló que la parte restante del dedo amputado no estuvo sujeto a un protocolo adecuado para intentar su respectiva reconstrucción.

De lo anterior, se opuso al reconocimiento y pago de los perjuicios de orden moral y de daño en la vida en relación, ya que no se encuentran probados y se consieran excesivos en comparación con lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación. Igualmente, en lo que tiene que ver con los perjuicios materiales indicó que no obra prueba que los demuestre, por lo que deben ser negados.

También planteó como excepciones las siguientes:

(i) *“Inexistencia de litis consorcio necesario”*. En el sentido en que la Clínica no reúne referida condición, ya que no resulta indispensable su presencia en el litigio y se puede fallar de fondo con los otros demandados.

(ii) *“Inexistencia de responsabilidad contractual por ausencia de sus elementos estructurales en el caso concreto”*. No hay prueba de la existencia de los presupuestos para la configuración de la responsabilidad civil extra- contractual.

(iii) *“Inexistencia de responsabilidad por ausencia de culpa de la Clínica Santa Sofía”*. Al demandante le incumbe probar la relación de causalidad entre los hechos de la

⁵ Índice 003, cuaderno principal, ítem 20PROCESOABONAD_018CONTESTACIONSSANTA del expediente digital SAMAI.

demanda y la actividad de la entidad médica. De igual manera, la Clínica no generó ningún riesgo, por lo que no incurrió en ninguna conducta culposa.

(iv) *“Inexistencia de los presupuestos que configuran responsabilidad médica”*. No existe prueba del actuar culposo, negligente, descuidado e imprudente de la Clínica Santa Sofía.

(v) *“Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos médicos y el resultado manifestado por la parte actora”*. Insistió en que se debe probar el nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido.

(vi) *“Inexistencia de resposanbilidad patrimonial de la Clínica Santa Sofía, por ausencia del daño indemnizable pretendido por el actor”*. No se demostró los perjuicios cuya reparación pretende.

(vii) *“Solicitud exagerada de pretensiones”*. Los rubros solicitados en la demanda no corresponde a los criterios jurisprudenciales sobre su reconocimiento.

(viii) *“Carga de la prueba a cargo del actor”*.

2.2.4. Llamada en garantía

La Previsora Compañía de Seguros⁶

La Compañía de Seguros se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en razón a que no existe prueba que permita endilgar responsabilidad de la Clínica Santa Sofía. Adicionalmente, conforme al servicio médico brindado, los demandantes optaron por no demandar a referida Clínica, sino que fue el juzgado quien decidió vincularla.

Afirmó que, en el remoto caso de que se condenare a la entidad demandada, la indemnización de perjuicios esta sujeta a lo probado en el proceso y sin que se exceda a los lienamientos previstos en el Consejo de Estado, como es el caso de los perjuicios morales y el daño a la salud que solo procede en este último caso a la víctima directa. En lo que corresponde a los perjuicios materiales no se especificó la modalidad ni mucho menos el sustento de dicho monto.

Planteó como excepciones las siguientes: *“Excepciones planteadas por quien efectuó el llamamiento en garantía”, “Ausencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad médica a cargo de la Clínica Santa Sofía del Pacífico”, “Ausencia de pruebas que demuestren la supuesta falla en el servicio que se pretende atribuir a la Clínica Santa Sofía”, “Ausencia del nexo causal en la conducta realizada por la Clínica Santa Sofía y el daño”, “La prestación del servicio de salud es una obligación de medio y no de resultado de conformidad a la Ley y la jurisprudencia aplicable al caso”, “Carencia de la prueba del supuesto perjuicio”, y la de “Enriquecimiento sin causa”*.

En lo que tiene que ver con el contrato de seguro, este se circunscribe a la cobertura otorgada y opera bajo la modalidad Claims made, la cual otorgó un periodo de retroactividad a partir del 30 de mayo de 2011.

⁶ Índice 005, cuaderno llamamiento en garantía, ítem 71PROCESOABONAD_004CONTESTACIONLLAMA del expediente digital SAMAI.

También formuló las excepciones de: *“Inexistencia de cobertura y consecuentemente, de obligación a cargo de mi representada respecto de la póliza 1026897”, “Inexistencia de la obligación indemnizatoria”, “Marco de los amparos otorgados, límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y en general, alcance contractual de las obligaciones del asegurador” y “Las exclusiones de amparo”.*

III. DEL TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de febrero de 2016⁷ y correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito, despacho judicial que la admitió en auto Interlocutorio No.027 del 10 de marzo de 2016⁸. Así mismo, ordenó la notificación al Instituto Penitenciario y Carcelario- INPEC, al Ministerio público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹.

El 25 de enero de 2017¹⁰, el despacho judicial aclaró el auto que admitió la demanda, en el sentido en que debió tenerse también como demandada a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones- Caprecom, y el 30 de enero de 2017, el mismo despacho aclaró el anterior auto, ya que por error involuntario los datos allí consignados no corresponden al medio de Reparación Directa.

Posteriormente, el 7 de julio de 2017, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito vinculó como litis consortes necesarios a la Clínica Santa Sofía del Pacífico Ltda y a la Fiduciaria La Previsora, y admitió la adición de la demanda, en la cual complementó el dictamen pericial aportado en el libelo introductorio, conforme con el artículo 173 del CPACA.

Durante el término previsto para la contestación de la demana, hicieron uso de este derecho Caprecom¹¹, la Clínica Santa Sofia¹², y la Compañía de Seguros la Previsora¹³.

Una vez se programó la audiencia inicial, el 30 de agosto de 2018¹⁴, el referido despacho saneo el proceso, decidió las excepciones y fijó el litigio relativo a que si las entidades demandadas y vinculadas son administrativamente responsables de los daños causados al señor Eduardo Berrio Aguiar, por los hechos ocurridos dentro del establecimiento carcelario de Buenaventura, el 20 de diciembre de 2013, y como consecuencia de ello, si hay lugar a la indemnización de los perjuicios que se están reclamando dentro del proceso. Finalmente fijó fecha para la practica de pruebas.

Después de que las partes solicitaran aplazamiento de la audiencia, el 11 de abril de 2019, el despacho incorporó la prueba documental allegada, relacionada con la certificación de la disponibilidad del valor asegurado de la Póliza No. 1026897, y el Manual de Seguridad sobre el manejo y cuidado de la maquinaria utilizada en los

⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem 6PROCESOABONAD_004AUTOADMOSORIOPDF, página 1 del expediente digital SAMAI.

⁸ Índice 003, cuaderno principal, ítem 6PROCESOABONAD_004AUTOADMOSORIOPDF, páginas 2 a 4 del expediente digital SAMAI.

⁹ Índice 003, cuaderno principal, ítem 9PROCESOABONAD_007NOTIFICACIONDEMAN, del expediente digital SAMAI.

¹⁰ Índice 003, cuaderno principal, ítem 12PROCESOABONAD_010AUTOACLARATORIOPD del expediente digital SAMAI.

¹¹ Índice 003, cuaderno principal, ítem 19PROCESOABONAD_017CONTESTACIONCAPRE del expediente digital SAMAI.

¹² Índice 003, cuaderno principal, ítem 20PROCESOABONAD_018CONTESTACIONSSANTA del expediente digital SAMAI.

¹³ Índice 005, cuaderno llamamiento en garantía, ítem 71PROCESOABONAD_004CONTESTACIONLLAMA del expediente digital SAMAI.

¹⁴ Índice 003, cuaderno principal, ítem 24PROCESOABONAD_022AUTOFIJAUDIENCIA expediente digital SAMAI.

talleres de carpintería. Así mismo, conforme lo manifestado por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Buenaventura, en cuanto el señor Eduardo Berrio Aguiar se hallaba cumpliendo la pena en la ciudad de Cartago, el despacho judicial redireccionó la prueba de la historia Clínica a ese establecimiento.

En lo que tiene que ver con la recepción de testimonios, el Despacho comisionó a los Juzgados Administrativos del Circuito de Cali para que se reciba la declaración de los médicos Traumatólogos Álvaro José Caicedo y Jhonny Andres Gómez Arevalo, y a los Juzgados Administrativos en la ciudad de Armenia, para que la médica María Cortez Isaza explique las conclusiones del dictamen por ella aportado. Finalmente, recibió dos (2) de testimonios de los tres (3) pedidos en la demanda, y el interrogatorio de parte del señor Eduardo Berrio Aguiar.

El 17 de julio de 2019, mediante despacho Comisorio, el Juzgado Veintiuno (21) Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali recibió declaración al médico Traumatólogo Jhonny Andrés Gómez Arevalo, y aceptó el desistimiento del médico Alvaro José Caicedo¹⁵.

Mediante auto de sustanciación No. 355 del 20 de septiembre de 2019, este Despacho agregó al expediente el despacho comisorio proveniente del Juzgado Veintiuno (21) Contencioso Administrativo Oral del Circuito de Cali y la copia de la historia clínica allegada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartago – Valle. Igualmente, aceptó el desistimiento del testimonio de la médica María Cristina Cortez Isaza pedida por la Fiduciaria la Previsora S.A. (Como sucesor procesal de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones), y programó nueva fecha para continuar con la audiencia, para el 29 de octubre de 2019¹⁶. En la fecha indicada, se puso en conocimiento las pruebas allegadas y al encontrarse recaudado el material probatorio se cerró el debate y se otorgó un término de diez (10) días a las partes para que presenten alegatos de conclusión¹⁷.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante¹⁸. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y añadió que el hecho de haberse causado un accidente laboral en los talleres del establecimiento Penitenciario y Carcelario, con secuelas de carácter permanente y una pérdida de capacidad laboral del 8.5% compromete la responsabilidad administrativa y patrimonial de la demandada, por cuanto las mismas surgen del desarrollo de la actividad de esa demandada, en la cual no se atendió las medidas de seguridad, es decir, que existió omisión de custodia y vigilancia en virtud de la Ley 65 de 1993.

En ese orden, la obligación en este caso es de resultado, más no de medios, y bajo esa circunstancia, el recluso debió salir en las mismas condiciones físicas en las que ingresó.

2. Parte demandada.

¹⁵ Índice 003, cuaderno principal, ítem 40PROCESOABONAD_038DESPACHOCOMISORIO, páginas 122 a 124 del expediente digital SAMAI.

¹⁶ Índice 003, cuaderno principal, ítem 46PROCESOABONAD_044AUTOACEPTADESISTI del expediente digital SAMAI.

¹⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem 48PROCESOABONAD_046ACTAAUDIENCIAPRUE del expediente digital SAMAI.

¹⁸ Índice 003, cuaderno principal, ítem 50PROCESOABONAD_048ALEGATOSCONCLUSIO, páginas 13 a 22 del expediente digital SAMAI.

Fiduciaria La Previsora S.A¹⁹. Insistió en que se debe negar las pretensiones de la demanda, ya que la atención médica brindadas al interno se hizo acorde con lo prescrito a la ciencia médica. De otro lado, el actor no acreditó el daño a la salud que reclama, por cuanto referida entidad no generó el daño de la amputación, tampoco se presentó una relación laboral y el vínculo que tiene él con la entidad es únicamente de afiliado.

Sostuvo que, el dictamen pericial aportado con la adición de la demanda resulta ser ventajoso con respecto a las entidades demandadas, ya que fue elaborado por un médico particular pagado por la parte actora, y no se halla acorde con lo regulado por el Ministerio de Trabajo. Además, conforme a los medios de prueba se advierte que el actor no tuvo una secuela, dado que actualmente continúa laborando como conductor.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)²⁰. Señaló que, conforme a las pruebas allegadas, el actor accionó la maquina planeadora con el fin de realizar un trabajo propio, es decir, para su beneficio económico, por lo cual asumió su propio riesgo, sin percatarse del estado de la máquina, por lo que su actuar fue imprudente, generándose como consecuencia culpa exclusiva de la víctima.

Clínica Santa Sofía²¹. La demanda no tiene ningún reproche respecto de la atención brindada por la Clínica, por el contrario, los hechos van encaminados a que se demuestre que el daño se ocasionó por el manejo de la máquina, la cual produjo la amputación del dedo del actor, sin que se diera ningún tipo de inducción para el manejo de la misma por parte del INPEC. Igualmente, no se dio el manejo adecuado en el transporte de la extremidad amputada.

Sostuvo que, los demandantes también le imputaron a Caprecom la no autorización de las citas de control y tratamientos necesarios para la recuperación del paciente. Sin embargo, a su juicio, no se encuentra prueba que así lo demuestre.

Por último, reiteró que no en el presente caso la Clínica Santa Sofía no reúne la condición de litis consorcio necesario, ya que su presencia no es indispensable en el litigio.

Previsora Compañía de Seguros²². La Clínica Santa Sofía no tuvo intervención en la conservación de la extremidad amputada, solo se limitó a la atención en urgencia, tampoco existen elementos materiales probatorios que demuestren la falla en el servicio y la pérdida de oportunidad.

La prueba documental allegada con la demanda (Dictamen pericial) no resulta idónea para acreditar el estado de invalidez, por lo que no puede ser indicador para la cuantificación de perjuicios y de responsabilidad.

Ministerio Público. No emitió concepto.

¹⁹ Índice 003, cuaderno principal, ítem 50PROCESOABONAD_048ALEGATOSCONCLUSIO, páginas 1 a 7 del expediente digital SAMAI.

²⁰ Índice 003, cuaderno principal, ítem 50PROCESOABONAD_048ALEGATOSCONCLUSIO, páginas 9 a 12 del expediente digital SAMAI.

²¹ Índice 003, cuaderno principal, ítem 50PROCESOABONAD_048ALEGATOSCONCLUSIO, páginas 23 a 28 del expediente digital SAMAI.

²² Índice 003, cuaderno principal, ítem 50PROCESOABONAD_048ALEGATOSCONCLUSIO, páginas 30 a 55 del expediente digital SAMAI.

V. CONSIDERACIONES

1.1. Presupuestos procesales.

El presente proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda. Adicionalmente, este juzgado es competente para conocer del presente asunto en virtud del territorio, la cuantía y la naturaleza de las pretensiones.

De otra parte, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el mismo, particularmente permitiéndoles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

1.2. De las excepciones.

En atención a las excepciones propuestas por las entidades accionadas y vinculadas, el despacho indica que los medios exceptivos propuestos, en la medida que su objeto es enervar las pretensiones de la demanda, no se emitirá pronunciamiento previo, por lo que su suerte quedará supeditada al análisis de fondo que se haga del asunto.

Respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por Caprecom S.A., el despacho considera necesario recordar que referido fenómeno es concebido como la facultad o titularidad que le asiste a una determinada persona para exigir de otra el derecho o la cosa controvertida, por ser justamente quien debe responderle, ya que se trata de una cuestión propia del derecho sustancial, cuya ausencia deriva en un fallo adverso a lo perseguido²³. En ese orden, referida excepción dado su alcance²⁴ y naturaleza se analizará conjuntamente con el material probatorio allegado por las partes.

En lo que concierne a las formuladas contra el llamamiento de garantía serán analizadas en el evento en que salga condenada la convocante.

²³Definición legitimación- Consejo de Estado 768001-23-33-000-2013-00145-01- Sección Tercera Subsección A.

²⁴ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso administrativo-Sección Tercera-C.P. José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 76001-23-31-000-2004-02703-01(53730). La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y material. "... A su vez, la legitimación material alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda y es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. (...) Es del caso resaltar que comoquiera que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante y demandado, esta se traduce en la facultad de los sujetos procesales para intervenir en el trámite, ejercer el derecho de defensa y contradicción. Por su parte, la legitimación material, implica una conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ya sea porque sufrieron un daño o dieron lugar al mismo. De esta manera, es probable que un sujeto esté legitimado en la causa de hecho, pero carece de legitimación en la causa material, situación que se presentaría cuando a pesar de ser parte dentro del proceso, de él no se predique relación jurídica sustancial por no haber acreditado la titularidad del derecho cuya indemnización se reclama o ser una persona diferente a la que debería responder por la atribución hecha por el demandante" (Subrayas fuera de texto)

1.3. Ejercicio oportuno de la acción.

El artículo 164-2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que el medio de control de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho lesivo.

En el presente asunto se acreditó conforme la historia clínica²⁵ aportada por las partes, que el 20 de diciembre de 2013, el señor Eduardo Berrio Aguiar sufrió un accidente en su tercer dedo de la mano izquierda, por lo que el término para interponer la demanda so pena de operar la caducidad vencía el 21 de diciembre de 2015.

La solicitud de conciliación extrajudicial se impetró el 9 de diciembre de 2015 (Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 89 a 96 del expediente digital SAMAI) suspendiéndose el término por 8 días para que operara la caducidad; diligencia que se declaró fallida, expidiéndose constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el 2 de febrero de 2016, fecha a partir de la cual se reanudó el término, el cual correría hasta el 12 del mismo mes y año, y como la demanda fue presentada el 8 de febrero de 2016²⁶, se concluye que fue en tiempo.

1.4. La legitimación en la causa

Por Activa. El Despacho observa que se ha demostrado debidamente la legitimación de la parte demandante, mediante los registros civiles de origen notarial²⁷, en los cuales se indica claramente que Karolayn Dahyana, Emmanuel y Fabial Andrés Berrio Castañeda son hijos de los señores Luz Elena Castañeda Saldarriaga y Eduardo Berrio Aguiar. Así mismo, que Karoll Viviana Berrio Abad es la hija del señor Fabián Andrés Berrio Castañeda, quedado demostrada la calidad de padre y abuelo del señor Eduardo Berrrio Aguiar.

De los testimonios de las señoras Nicole Ximena Rodríguez Castañeda y María Catalina Bolivar Bolivar²⁸ se corrobora que los señores Luz Elena Castañeda Saldarriaga y Eduardo Berrio Aguiar conviven más de 22 años, y que entre tales personas existían fuertes vínculos de cariño y afecto, los cuales incluso, procrearon tres hijos (referidos en el párrafo precedente). En ese orden, pese que no obra prueba sobre el vínculo afectivo en virtud del Decreto 1260 de 1970²⁹, de referidas declaraciones sí se exhibe la titularidad de la situación jurídica en que se fundamenta lo pretendido en la demanda.

²⁵ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 40 a 88 del expediente digital SAMAI.

²⁶ Índice 003, cuaderno principal, ítem 6PROCESOABONAD_004AUTOADMOSORIOPDF, página 1 del expediente digital SAMAI.

²⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 2 a 6 del expediente digital SAMAI

²⁸ Índice 003, cuaderno principal, ítem 37PROCESOABONAD_035ACTAAUDIENCIAPRUE, páginas 5 a 6 del expediente digital SAMAI

²⁹ El artículo 105 del Decreto Ley 1260 de 1970, prevé: “Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1933, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos”

Para determinar la condición de padre del señor Eduardo Berrio Aguiar, obra en el expediente un certificado emitido por el Comandante de Policía de San Pedro – Putumayo³⁰, en el cual advierte que el mencionado señor es hijo del señor José Humberto Berrio. Así mismo, si bien la testigo Nicole Ximena Rodríguez Castañeda mencionó el vínculo familiar, para el despacho no fue del todo claro el tipo de relación- afectiva entre las partes, y respecto, de la segunda testigo, la señora María Catalina Bolívar en lo que corresponde a quien conforma el grupo familiar no hizo alusión al padre del referido interno.

Advierte el despacho que el registro civil de nacimiento, matrimonio o defunción es el único documento que posee la idoneidad legal para demostrar esos hechos, según lo establecido en el citado Decreto 1260 de 1970. En sentencia del 22 de enero de 2008 de la Sala Plena del Consejo de Estado se consideró que cuando el estado civil- parentesco de las personas se invoca como fuente de derechos y obligaciones, el Decreto en mención contiene el régimen probatorio al que se debe acudir³¹:

“(…) En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento³².

En ese orden, de conformidad con lo expuesto, la única prueba con la idoneidad legal para demostrar el parentesco es el correspondiente al registro, por tanto, se considera que el señor José Humberto Berrio no logró probar su calidad de padre del señor Eduardo Berrio Aguiar.

Por Pasiva. Las entidades accionadas y vincualdas se encuentran legitimadas de hecho en la causa por pasiva, en primer lugar, porque el señor Eduardo Berrio Aguiar se hallaba bajo la custodia de la privación de su libertad en el Centro Penitenciario y Carcelario -INPEC-, y en segundo lugar, toda vez que, la EPS y la IPS le prestaron el servicio de salud después de ocurrido el accidente en referido Centro Penitenciario.

1.5.Problema Jurídico.

En el presente asunto se debe resolver los siguientes interrogantes jurídicos:

¿El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, es responsable por la presunta falta de capacitación, inducción y entrega de elementos de protección, para el manejo de la maquina industrial del taller de “Ebanisteria”, que ocasionó el

³⁰ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, página1 del expediente digital SAMAI.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de enero de 2008 (expediente 2007-00163-00).

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009 (expediente 16.694), sentencia del 9 de febrero de 2011 (expediente 19.352), sentencia del 6 de julio de 2020 (expediente 58454).

accidente en el que resultó lesionado el interno Eduardo Berrio Aguiar, en el tercer dedo de la mano izquierda?

¿Existió también una falla en el servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC respecto de de que no se realizó un embalaje y cuidado de la parte que le fue amputada al interno Eduardo Berrio Aguiar, mientras se trasladaba a la Clínica prestadora del servicio de salud? ¿Se omitió algún trámite administrativo para la atención médica requerida?

¿En el presente caso el INPEC es extracontractualmente responsable de la lesión padecida por el recluso Eduardo Berrio Aguiar bajo el título de régimen objetivo?

¿Caprecom S.A., y la Clínica Santa Sofía son responsables de la demora en el trámite administrativo en la consecución de citas y la inadecuada atención médica brindada al interno Eduardo Berrio Aguiar, respectivamente?

¿Se presentó culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC?

En caso de resultar afirmativos las anteriores cuestionamientos ¿El resultado dañoso se le puede atribuir a la lesión o a la pérdida de oportunidad?

Para resolver los problemas jurídicos referenciados, considera el Despacho que se debe precisar el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, para luego, atendiendo la valoración de los elementos de convicción obrantes en el plenario resolver el fondo de la controversia.

1.6. Régimen de responsabilidad aplicable

Los procesos de responsabilidad son de creación pretoriana que se resuelven no únicamente con fundamento en normas legales sino en principios generales, en cuyo caso, por aplicación del principio *iura novit curia*³³, al juez se le dan los hechos y él aplica el derecho que al caso corresponda, con prescindencia de los argumentos jurídicos que en el libelo y en las posteriores actuaciones de los sujetos procesales intervinientes se hubieran expresado, distinto a lo que sucede en otras acciones como la de la nulidad y restablecimiento del derecho, donde el juez se desenvuelve dentro del marco normativo y el concepto de violación que señala la parte.

Por tal motivo, cuando se reclama la reparación de un daño por medio de una indemnización, es tarea del juez interpretar la demanda, y si es del caso, con base en los supuestos fácticos consignados en el libelo, determinar cuál es verdaderamente el derecho que se ha de aplicar para encontrar la solución que más apropiada resulte atendiendo al concepto de la lógica del caso concreto -cada caso -. Por demás decir que en desarrollo de esa labor puede incluso modificar o hasta apartarse de los fundamentos jurídicos expresados en la demanda y resolver la contienda con criterios jurídicos que ni siquiera las partes hubieren debatido, cosa que con frecuencia ocurre en relación concretamente con el régimen de imputación, invocado por la parte actora para solucionar el asunto propuesto, ocurriendo que la

³³ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección C-Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).Radicación número:50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

parte puede haber invocado uno específicamente, y el juez, frente a los hechos alegados y probados, tiene el deber de definir el régimen de responsabilidad que resulte aplicable al caso.

La anterior digresión se hace, como quiera que el demandante realiza una serie de imputaciones que no son concretas a un responsabilidad aplicable al caso.

Pues bien, recuérdese que el régimen de responsabilidad del Estado tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar.

En el caso en partiular, se reclama por parte de los demandantes, la responsabilidad patrimonial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC , y de la EPS Caprecom (hoy Par Caprecom –Liquidado), con fundamento, en la falla del servicio (inadecuada prestación del servicio médico- trámite), y por riesgo excepcional, por cuanto en su criterio, se configuraron los elementos del daño soportado en la integridad personal con la amputación del tercer dedo de la mano izquierda, y que atribuye la parte actora no solo a la falta de capacitación e inducción para manejar la maquina que ocasionó el accidente laboral, sino a la negligencia médica que se le brindó, no solo por no realizar la custodia y embalaje del dedo amputado, sino por que la atención en la Clínica Santa Sofía fue inadecuada, lo que conlleva en su sentir, a que el interno debió garantizarle la salud, y por ende, retornar a su libertad en las mismas condiciones en que ingresó al Centro Carcelario.

En atención a los daños ocasionados a personas privadas de su libertad en razón de condena penal impuesta en su contra, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica y reiterativa en sostener que en principio deben ser estudiados con **base en el régimen objetivo de responsabilidad**, dada su especial relación de sujeción con el Estado con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

Sobre el asunto se resalta el siguiente aparte jurisprudencial:

“(…) Ha explicado que ello se debe a que esas personas deben soportar la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros de las que pueden ser víctimas dentro del establecimiento carcelario, razón por la cual el Estado debe asumir los riesgos que lleguen a presentarse; se trata de una subordinación del recluso frente al Estado que lo pone en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta de manera que su seguridad se encuentra en manos de este. Las personas detenidas preventivamente o en cumplimiento de una condena debidamente ejecutoriada deben soportar dicha medida de restricción del derecho de libertad pero, no la vulneración de otros derechos como la vida o la integridad física, frente a estas personas el Estado por mandato constitucional y desarrollo legal asume una clara y expresa posición de garante puesto que si bien la persona afectada con la medida se encuentra en la obligación legal de acatarla, el Estado asume un deber especial de custodia y seguridad del recluso. Lo anterior sin perjuicio de que se encuentre configurada una falla del servicio y siempre que no se acredite una causa extraña como eximente de responsabilidad, la cual debe estar plenamente probada. (Resalta la Sala)

En relación al título de imputación de falla en el servicio, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la manera como se resalta a continuación:

“...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...*³⁴

De lo expuesto, el Despacho considera que en el presente caso tal como se hallan formuladas las pretensiones de la demanda, como **primera medida** se debe aplicar el régimen de responsabilidad bajo la teoría de la falla del servicio, toda vez que, los talleres que funcionan al interior de los Centros Penitenciarios y Carcelarios para procurar trabajo a los internos y darles la posibilidad de redimir pena requieren de una infraestructura adecuada, segura y vigilada, no sin olvidar que el manejo de máquinas industriales requieren suficiente preparación teórico-práctica y asesoría de quienes las van a operar. Y por otra parte, la asistencia médica también requiere de unos protocolos y eficiente aplicación de la *lex artix*, que será preciso si es el caso verificar para conocer el grado de responsabilidad de las entidades demandadas, en el daño reclamado por el demandante.

La anterior consideración encuentra consonancia con lo manifestado por el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, de los cuales se resalta la sentencia del 18 de mayo de 2017, con ponencia del Consejero: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado al Nro. 68001-23-31-000-2003-00450-01 (37497)³⁵, Veamos:

“...La jurisprudencia de la Corporación ha modificado paulatinamente el título de imputación bajo el cual se gobiernan los casos en que resulte herido o muerto un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente, para el cumplimiento de la condena penal que se haya impuesto o la medida de aseguramiento que se haya determinado para garantizar el curso normal del proceso penal correspondiente. Bajo esta perspectiva, en un principio se aplicó la falla presunta del servicio en atención a que:

“(...) [E]n casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido (...).”

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia del siete (7) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042).

³⁵ Ver acción de tutela- Consejo de Estado-Consejero ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 11001-03-15-000-2021-03594-00(AC)

*Posteriormente surgió un cambio respecto a la forma como las autoridades carcelarias cumplen los cometidos obligacionales en cuanto a la protección y seguridad que deben brindar a los internos de los centros penitenciarios y carcelarios; **es por ello que se aplicó en diversas decisiones la falla probada en el servicio como criterio de imputación, considerando, en términos generales, que tales autoridades tiene a su cargo dos obligaciones concretas: i) la custodia y ii) la vigilancia y en el evento en que ocurra una lesión o se cause la muerte de un recluso o un detenido, el Estado es responsable de tal daño por cuanto quebranta por omisión los deberes que le han sido impuestos.***

Ahora bien, en diferentes ocasiones esta Corporación ha enmarcado la responsabilidad del Estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción.

De acuerdo con lo anterior y en atención con los precedentes de la Sala que hoy atienden la responsabilidad del Estado conforme al régimen objetivo, la misma se sustenta en la tesis de “condiciones especiales de sujeción”, en el entendido que:

“(…) [E]l hecho de que una persona se encuentre internada en un centro carcelario implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el recluso se encuentre en una “condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta”, de la que se hace desprender una relación jurídica especial que se sustenta en la tensión entre la restricción, limitación o modulación y el respeto de los derechos del recluso, con especial énfasis por la tutela del derecho a la vida y a la integridad personal, los cuales no se limitan o suspenden por la propia condición o situación jurídica del recluso (…).”

Sin embargo, para la Sala no es del todo descartable que los daños sufridos por reclusos o detenidos puedan ser imputados con fundamento en el régimen de falla probada en la prestación del servicio, pues en muchos casos logra probarse el incumplimiento de los deberes de protección que se encuentran radicados en cabeza del Estado.

En ese sentido, la prueba recaudada debe permitir demostrar que la entidad demandada omitió poner en funcionamiento los mecanismos necesarios para evitar la ocurrencia de los daños a la persona privada de la libertad, concretándose en una negligencia en el cumplimiento de sus deberes legales...” (Negrilla y subrayas fuera de texto original)

En segundo orden, y dado que los supuestos previstos en este título de imputación (Falla en el servicio) no se hallen probados, el despacho continuará el estudio bajo el régimen objetivo de responsabilidad, en virtud de la cual el Estado en este tipo de situaciones por mandato constitucional y desarrollo legal asume una clara y expresa posición de garante frente a la persona afectada con la medida de seguridad.

1.7. Acervo probatorio allegado a la actuación

Documentales. El despacho atendiendo las precisiones señaladas en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2013 del Consejo de Estado³⁶, en la medida en que no fueron objeto de tacha, valorará las documentales aportadas por las partes con la demanda, su contestación y dentro del traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, pues, se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

Al proceso, fueron allegadas las que se resaltan a continuación:

³⁶ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Sala Plena, C. P: Enrique Gil Botero, Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)

-Copia de la sentencia de tutela No. 089 del 11 de agosto de 2014, emitida por Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Buenaventura³⁷, en la cual amparó al derecho fundamental de salud del señor Eduardo Berrio Aguiar, y ordenó al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad, para que realice todas las gestiones administrativas tendiente a que el actor reciba la atención médico especialista en el dedo medio de la mano izquierda.

-El 17 de junio de 2013, el actor elevó derecho de petición al Centro Penitenciario y Carcelario de Buenaventura, con el fin de que se le asigne una cita médica con la especialidad de traumatología³⁸.

-Historial médico abierto en la Clínica Santa Sofía del 20 de diciembre de 2013, perteneciente al interno Eduardo Berrio Aguiar (Índice 003, cuaderno principal, ítem *4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF*, páginas 45 a 88 del expediente digital SAMAI).

-Copia de la certificación de la disponibilidad del valor asegurado de la Póliza 1026897, con vigencia del 30 de mayo de 2017 al 30 de mayo de 2018³⁹.

-Copia del protocolo de seguridad del Centro Penitenciario y Carcelario de Buenaventura para el taller de carpintería⁴⁰.

-Póliza de responsabilidad civil No. 1026897 del 20 de mayo de 2013, para la vigencia del 20 de mayo de 2013 al 30 de mayo de 2014 (Índice 005, cuaderno llamamiento en garantía, ítem *68PROCESOABONAD_001LLAMADOGARANTIAPD*, páginas 6 a 14 del expediente digital SAMAI.)

Testimoniales.

En audiencia de pruebas celebrada el 11 de abril de 2019⁴¹, el Juzgado recibió la declaración de las señoras Nicole Ximena Rodríguez Castañeda y María Catalina Bolívar Bolívar, testigos que narraron todo lo relativo a la convivencia familiar antes y después del accidente padecido por el señor Eduardo Berrio Aguiar. Prueba solicitada por la parte actora.

En despacho comisorio del 17 de julio de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Veintiuno (21) Contencioso Administrativo del Circuito recibió al médico Traumatólogo- Ortopedista Jhonny Andres Gómez Arevalo. Testimonio pedido por la Clínica Santa Sofía⁴².

En lo que respecta a la primer testigo, dado el vinculo familiar (sobrina) con la señora Luz Elena Saldarriaga esposa del señor Eduardo Berrio, el apoderado de la Llamada en garantía formuló tacha de testigo, asunto que el despacho no pasará por alto y lo valorará junto con los demás medios de prueba allegados. En lo que

³⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem *4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF*, páginas 25 a 34 del expediente digital SAMAI.

³⁸ Índice 003, cuaderno principal, ítem *4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF*, páginas 35 a 36 del expediente digital SAMAI.

³⁹ Índice 003, cuaderno principal, ítem *30PROCESOABONAD_028RESPUESTAPREVISOR*, páginas 2 a 3 del expediente digital SAMAI.

⁴⁰ Índice 006, cuaderno principal, ítem *30PROCESOABONAD_028RESPUESTAPREVISOR*, páginas 5 a 14 del expediente digital SAMAI.

⁴¹ Índice 003, cuaderno principal, ítem *37PROCESOABONAD_035ACTAAUDIENCIAPRUE*, páginas 5 a 6 del expediente digital SAMAI.

⁴² Índice 003, cuaderno principal, ítem *40PROCESOABONAD_038DESPACHOCOMISORIO*, páginas 123 a 124 del expediente digital SAMAI.

tiene que ver con la segunda y tercera declaración, las mismas serán valoradas y se precisarán las circunstancias relevantes para la solución del caso concreto.

Interrogatorio de Parte

El 11 de abril de 2019⁴³, se practicó por oficio del despacho el interrogatorio de parte del señor Eduardo Berrio Aguiar.

Dictamen Pericial.

Obra en el expediente documento privado relativo al dictamen pericial presentado por la médica de salud ocupacional María Cristina Cortes Isaza, en el cual realizó la evaluación de la pérdida de capacidad laboral del señor Eduardo Berrio Aguiar⁴⁴. Documento aportado en la demanda y con la adición de la misma⁴⁵.

Al respecto, la parte contraria no estuvo de acuerdo con el contenido del dictamen, dado que no se observó las reglas contenidas por el Ministerio de Trabajo, evento que se tendrá en cuenta cuando se exámine el caso concreto.

1.8. Fondo de la controversia

1.8.1. La prueba del daño⁴⁶

En el sub lite, la parte actora lo hace consistir en la lesión corporal sufrida por el interno Eduardo Berrio Aguiar, producida con una maquina industrial mientras efectuaba labores de ebanistería al interior de los talleres del Centro Penitenciario y Carcelario del municipio de Buenaventura, el 20 de diciembre de 2013.

En efecto, obra en el expediente la historia clínica del actor, abierta en la Clínica Santa Sofía, el 20 de diciembre de 2013⁴⁷, las autorizaciones de remisión de internos a las citas médicas⁴⁸, y las declaraciones de las señoras Nicole Ximena Rodríguez Castañeda y Maria Bolivar Bolivar⁴⁹, de los cuales se advierte que el señor Berrio Aguiar padeció una herida de relativa gravedad que derivó en la pérdida del tercer dedo de la mano izquierda, corte que lo produjo la maquina, como una de las herramientas existentes dentro de los talleres del penal donde el actor se hallaba recluso.

⁴³ Índice 003, cuaderno principal, ítem 37PROCESOABONAD_035ACTAAUDIENCIAPRUE, página 7 del expediente digital SAMAI.

⁴⁴ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 7 a 19 del expediente digital SAMAI.

⁴⁵ Índice 003, cuaderno principal, ítem 15PROCESOABONAD_013ADICIONDEMANDAPDF, del expediente digital SAMAI.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de marzo de 2012. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884). – Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera–Subsección B -C. P. Ramiro Pazos Guerrero veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014)- Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882).

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, dentro del proceso con Radicación N°. 52001-23-31-000-1998-00182-01(30385), en providencia del 1 de julio de 2015, y con ponencia del C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa “expresó que el daño está referido al menoscabo que sufre una persona que no está en el deber u obligación de soportarlo, el cual se caracteriza por ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que sea un evento jurídicamente amparado, el cual es atribuido a la entidad bien sea por acción o por omisión”.

⁴⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 40 a 88 del expediente digital SAMAI.

⁴⁸ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 44 y 84 del expediente digital SAMAI.

⁴⁹ Índice 003, cuaderno principal, ítem 37PROCESOABONAD_035ACTAAUDIENCIAPRUE, páginas 6 a 7 del expediente digital SAMAI.

En ese orden, quedó debidamente demostrado el daño alegado en la demanda, en razón a que se probó la amputación del tercer dedo de la mano izquierda del interno Eduardo Berrio Aguiar, por lo que se hace imperativo establecer si en el caso concreto el mismo tiene el carácter de **antijurídico** y si le puede ser atribuido como consecuencia directa de la actividad de las accionadas y vinculadas. Lo anterior, atendiendo la atribución de responsabilidad que hizo la parte actora a cada una de las entidades, por lo que se tratará por separado (Inpec- Caprecom y Clínica Santa Sofía).

1.8.2. Imputación de responsabilidad falla en el servicio

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC

Básicamente, el reproche que la parte actora formula contra esta entidad, es que el accidente que sufrió el señor Eduardo Berrio Aguiar se ocasionó por la falta de capacitación y manejo de la máquina que manipulaba, como consecuencia de los trabajos que realizaba mientras se hallaba privado de la libertad. Igualmente, indicó que no se realizó el cuidado necesario de la parte amputada antes de remitirlo a la Clínica Santa Sofía, y, finalmente, esta entidad omitió los trámites necesarios para que el interno sea atendido en el servicio médico (Remodelación de muñón 14 meses después accidente), pretermitiéndole la oportunidad de recobrar la salud del tercer dedo de su mano izquierda y así evitarle las dolencias que lo aquejan.

De esta manera, para la parte actora, la entidad desatendió las obligaciones a ella encomendadas, siendo a su juicio la causa inmediata y eficiente para que se lesionara su dedo de la mano izquierda y perdiera la oportunidad de ser atendido correctamente. Para corroborar tal aserto, los demandantes allegaron la Historia Clínica del interno, un dictamen pericial rendido por la médica ocupacional María Cristina Cortes Isaza y dos testimonios. Sin embargo, los referidos medios de prueba si bien admiten que el señor Eduardo Berrio Aguiar tuvo un accidente y que este evento repercutió en su salud, no se advierte claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en como sucedieron los hechos al interior del Centro Carcelario, es decir que, no puede establecerse una falla del servicio de la entidad demandada.

Adicionalmente, tengase en cuenta que de la valoración probatoria, incluida la historia Clínica, las autorizaciones y remisiones a citas médicas y el interrogatorio de parte del señor Eduardo Berrio Aguiar, se puede observar que el actor se hallaba recluido desde marzo de 2012, y como dijo el mismo actor, a los pocos días de haberse internado, la entidad lo tuvo en cuenta para iniciar labores en el taller de ebanistería, lo que quiere decir que, hasta la época del accidente (diciembre de 2013), el actor llevaba un tiempo prudencial en la manipulación de las mismas, evento que necesariamente dejan un margen de duda sobre lo sucedido en este asunto.

En este punto, se resalta lo manifestado por el interrogado- prueba decretada de oficio por el Juzgado (Minuto 1:15:00 al Minuto 1:32:50):

*“(...) **Preguntado:** ¿Puede indicarle al despacho la forma como sucedieron los hechos, en que usted sufrió la lesión cuyos perjuicios reclama en este proceso? **Contestó:** Si, a los pocos días de haber ingreso al INPEC, solicite para descontar en el INPEC para ganar tiempo, pero, pedí la solicitud para estudio o bisutería o telares que nos ofrecían a nosotros cuando estábamos sindicados, a los pocos días me llamaron a las rejas que para salir a descontar y me enviaron a los talleres, cosa de que se me hizo raro, porque supuestamente era para personas ya condenadas, cuando llegué a talleres la maquinaria no era apta..., no tenía ni idea de lo que estaba haciendo, porque la verdad yo nunca había trabajado en eso, nada de herramientas... Ahí no hay quien le den instrucciones a uno, nadie lo orientaba a*

uno para nada, a uno lo dejaban en la reja, uno entraba a talleres y no había ni guardianes ni nada, pendiente de lo que uno estaba haciendo. La maquinaria del INPEC en este tiempo estaba poco deteriorada, mal estado, los mismos presos que estábamos ahí se encargaban de hacer el mantenimiento. El 20 de diciembre de 2012, a las 9:00 a.m. estaba haciendo unos trabajitos de unos cofres y fui a una maquina a cepillar un palo, resulta que habían movido la cuchilla estaba muy alta, desnivelada, y en una parte estaba muy alta, a lo que metí el palo, lo que me cogio fue la mano, el dedo, afortunadamente fue solo un dedo, porque pudo haber sido peor...**Preguntado:** En cuanto a la atención brindada en el momento de la amputación del dedo puede hacer un resumen al despacho de como fue, si fue integral, si se llevaron a cabo las cirugías **Contestó:** en el momento del accidente cuando llegó el guarda y abrir la reja que siempre transcurrió bastante tiempo me trasladaron a la enfermería del INPEC donde me tuvieron mucho tiempo en una camilla y ya muy tarde me llevaron para la clínica Santa Sofía donde me revisaron y muy tarde a comienzos de la noche me atendió el cirujano... **Preguntado:** Usted en su respuesta anterior refiere que la cuchilla se encontraba desnivelada ¿Usted se percató de dicha situación antes de ponerse a operar dicha maquina? **Contestó:** como le dije nosotros no teníamos instructores de esas maquinas, cuando yo pasé la maquina, es una maquina una plana, ancha, pase el palo por un lado, no agarró, la mandé del otro lado, resulta que ya me mandó el palo lejos, en ese momento uno no siente nada, ahí fue que un compañero me dijo éste man se mató, me mire la mano...**Preguntado:** ...¿Por qué razón usted ejecutó la operación de la maquinaria en que resultó lesionado si no tenía conocimientos previos como lo dice respecto al manejo de la misma? **Contestó:** si, cuando yo empecé a trabajar lo hacía por descontar tiempo y también como para ayudar a mi familia, mi esposa y mis hijos, como hacía eso, haciendo trabajos como cofres, para darle a ella en el tiempo de visitas, para que los vendieran y obtener recursos para los gastos de ellos, operé la maquina porque no había otros recursos, tocaba obligatoriamente utilizar esas máquinas para uno terminar las obras que empezaba...**Preguntado:** ¿Infórmele al despacho de si la obra que usted estaba ejecutando al momento en que sufrió el accidente en la maquina que estaba operando era un trabajo impuesto por las directivas del Centro Penitenciario en la cual se encontraba recluido, o por el contrario era una obra de su propiedad? **Contestó:** uno solicitaba los materiales por medio del INPEC a (Ilegible) y yo tenía conocimiento de lo que estaba haciendo- Obvio...uno terminaba las labores, los trabajos y en las visitas, mi esposa la que me visitaba constantemente las sacaba y las vendía para el sustento de ella. Esas obras las hacíamos porque teníamos que descontar de alguna manera y teníamos que demostrar al INPEC en las horas de la tarde que si habíamos estado trabajando...**Preguntado:** el despacho le insta para que responda de la manera como se le está planteando ¿El trabajo que usted estaba desempeñando, el resultado, la obra que estaba ejecutando era suya o pertenecía al INPEC? **Contestó:** Esas obras las hacíamos para descontar, esas obras se recogía los trabajos, los trabajos, y el INPEC tenía conocimiento de las obras, así fuera para uno o para el INPEC ...**Preguntado:** El despacho de nuevo le insta para que conste, era suyo o del Inpec **Contestó:** Las obras eran para gastos de uno... **Preguntado:** ¿Cuántas capacitaciones recibió usted para el manejo y uso de las herramientas que eran del INPEC? **Contestó:** nunca recibimos asesoría...**Preguntado:** ¿Las herramientas que ustedes utilizaban pertenecían al INPEC o era de los presos? **Contestó:** pertenecían al INPEC...**Preguntado:** ... ¿Puede hacer un resumen usted al despacho de la tención brindada si fue integral, se llevaron a cabo las cirugías? **contestó:** en el momento del accidente mientras llegó el guarda y abrió la reja que se demoró mucho tiempo me trasladaron a la enfermería del INPEC, donde me tuvieron mucho tiempo en la camilla y muy tarde me llevaron a la Clínica Santa Sofía... y muy tarde me atendió el médico cirujano...**Preguntado:** Posterior a la cirugía se ordenó algún otro tratamiento por parte del médico Traumatólogo, cirujano que lo atendió? ¿Se llevo a cabo o no? **Contestó:** se hicieron varias solicitudes a Caprecom sobre una cirugía pendiente y la secretaria de Caprecom decía que había que esperar... la cirugía no se realizó y jamás me llamaron...**Preguntado:** ...el INPEC le facilita el taller de Ebanistería, pero, los elementos son entregados por el mismo INPEC, o por su familia **Contestó:** Esos instrumentos son del INPEC, a uno no le permiten traer herramientas, es prohibido...**Preguntado:** y los materiales que usted laboraba eran suministrados por el INPEC o eran allegados por su familia... **Contestó:** el INPEC no le provee materiales a uno...**Preguntado:** ¿Quién le dijo a usted que debía hacerse una nueva cirugía? ¿El médico le dio autorización, por escrito le formuló, le prescribió? ¿Cómo sabía usted que debían realizarle otra cirugía? **Contestó:** A los días de haber salido de la clínica Santa Sofía sentí demasiadas molestias en el dedo y pedí cita con el puesto de enfermería, y debido a la molestia me ordenaron unos exámenes y que los iban a solicitar a la Clínica para realizármelos..., me hicieron los exámenes, y me dijeron que necesitaba una nueva cirugía...**Preguntado:** en los hechos de la demanda

estaba programada una cita para el 2 de enero ¿Por qué no asistió? Contestó: no recuerdo bien..." (Resalta la Sala)

En suma, la entidad demandada- INPEC- ha emitido desde que ingresó el señor Eduardo Berrio Aguiar al establecimiento carcelario las remisiones y autorizaciones para la atención médica requerida, inclusive si bien el accidente se presentó el 20 de diciembre de 2013, alrededor de las 9:00 a.m., tal como lo sostuvo el actor en el interrogatorio de parte, en el historial médico de la Clínica Santa Sofía se hizo el registro de ingreso a esas instalaciones a las 9:49 del mismo día, es decir, que no transcurrió más de 1 hora para su traslado, contrario a lo indicado por el actor en cuanto aseguró que en horas de la tarde lo atendieron.

De otro lado, conforme lo manifestado por el médico Traumatólogo Jhonny Andrés Gómez Arévalo⁵⁰, la lesión del actor fue bastante traumática, irregular y compleja, donde la reconstrucción resultaba difícil, y para que se conserve la extremidad debía tener un corte neto, limpio, con características especiales, esto es, que se puedan preservar las estructuras anatómicas para que sean reimplantadas, situaciones que tampoco son claras en el asunto a tratar, pues, más allá de las afirmaciones de la demanda, se desconoce con otro medio de prueba de lo que sucedió con la parte amputada, la posibilidad de preservarla y que sobreviniera necesariamente el reimplante.

Finalmente, en el proceso brilla por su ausencia, algún testimonio diferente al actor, documento alguno o manifestación verbal, mediante la cual los internos que laboran en el taller de ebanistería de la cárcel de Buenaventura hubiesen informado o puesto en conocimiento de las autoridades carcelarias el deficiente estado en que se hallaba la máquina, pues, como lo afirma el demandante en su interrogatorio la máquina estaba en mal estado y deteriorada (no tenía mantenimiento), situación que conforme a la experiencia de la sana crítica debió ser conocida por los superiores para que tomen los correctivos del caso o abstenerse de utilizarla hasta tanto sea reparada.

Así las cosas, el despacho infiere que no logró establecerse la existencia de falla en el servicio, pues no se probó conducta activa o pasiva por parte del INPEC que inexorablemente sea consecuencia directa del daño padecido al actor, lo que significa, que se analizará en un acápite posterior la responsabilidad bajo el título de imputación de daño especial.

EPS Caprecom (hoy Par Caprecom –Liquidado)⁵¹ y Clínica Santa Sofía

La imputación que hace la parte actora a estas entidades, parte del supuesto de que una vez accidentado el señor Eduardo Berrio Aguiar, el trámite y la atención en salud fue deficiente e inadecuada, que condujo necesariamente a que pierda la posibilidad de recuperar su salud en el tercer dedo de la mano izquierda.

⁵⁰ Índice 003, cuaderno principal, ítem 40PROCESOABONAD_038DESPACHOCOMISORIO, páginas 123 a 124 del expediente digital SAMAI.

⁵¹ Se liquidó a definitivamente la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, en virtud del Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, a través del cual el Gobierno Nacional dispuso su supresión y liquidación, razón por la cual se debe dar aplicación al inciso 2° del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil. En el sub judice, la sucesión procesal de la extinta CAPRECOM radica en la sociedad fiduciaria La Previsora S.A. como administradora de su patrimonio autónomo de remanentes, designación que fue establecida en el artículo 2° del Decreto 2192 de 2016, cuando el presente asunto estaba en curso, por lo que resulta necesario reconocer a la sociedad fiduciaria La Previsora S.A. (administradora del patrimonio autónomo de remanentes -PAR) como sucesora procesal de CAPRECOM liquidado.

Sobre la responsabilidad por falla médica⁵² y la prueba de la relación causal entre el daño y la falla, el Consejo de Estado ha manifestado⁵³:

“(...) Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria. Prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. ... la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes. ... En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...)” (Subrayas fuera de texto)

En lo que atañe a la pérdida de oportunidad, la alta Corporación Administrativa ha indicado que se constituye como un daño autónomo en *“aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial”*⁵⁴

En tales condiciones, para que se configure la pérdida de una oportunidad deberán concurrir los siguientes requisitos:

*i) 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; iii) **certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.***⁵⁵ (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas y con fundamento en el precedente jurisprudencial enunciado, la responsabilidad atribuida a la EPS e IPS, por el daño antijurídico que reclama el actor, se debe estudiar bajo el régimen de falla probada en el servicio, teniendo en cuenta que la parte demandante debe acreditar los elementos estructurales de la misma. No obstante, de las pruebas vistas anteriormente, el Despacho advierte que

⁵² *“(...) El problema de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial fue resuelto durante mucho tiempo, con apoyo en la teoría de la falla del servicio probada, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de medios y no de resultados. Esta postura, sin embargo, comenzó a cuestionarse en algunos fallos, hasta llegar a la unificación de criterios en torno al tema, con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, donde se adoptó la tesis de la falla del servicio presunta.”*

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 30 de octubre de 2013. Expediente con radicación 66000-23-31-000-1998-00181-01 (24985). C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourt.

Ver también la sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-C.P. María Adriana Marín, sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00364-01(46258)

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, providencia del ocho (08) de agosto del dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138)).

⁵⁵ *Ibídem.*

la parte actora no asumió la carga probatoria que le correspondía, por el contrario, se demostró que las entidades acusadas no incurrieron en falla, en razón a que, la amputación realizada al tercer dedo de la mano izquierda no fue la causa de la negligencia o falta de atención al paciente, como tampoco del supuesto de hecho de perder la oportunidad de recobrar su salud en referido miembro.

De acuerdo con el servicio médico brindado al actor, el Despacho retrotrae las siguientes anotaciones⁵⁶:

*(...) **FECHA DE INGRESO:** 20/12/2013 09:49:47 **FECHA DE EGRESO:** 23/12/2013... 12:54... ESPECIALIDAD: TRAUMATOLOGO- ORTOPEDISTA
DIANÓSTICO CLÍNICO: AMPUTACIÓN DEL TERCER DEDO DE LA MANO IZQ.
PLAN: REMODELACIÓN MUÑON
ANÁLISIS (JUSTIFICACIÓN):
PACIENTE QUE CON UNA SIERRA SE AMPUTO ACCIDENTALMENTE EL TERCER DEDO DE LA MANO IZQUIERDA.
HALLAZGO OBJETIVO:
AMPUTACIÓN DEL DEDO A NIVEL DE LA FALANGE MEDIA
HALLAZGO SUBJETIVO:
PACIENTE CON DOLOR
12:57 ESPECIALIDAD: MEDICO GENERAL
DIAGNOSTICO CLÍNICO: AMPUTACIÓN DE FALANGE DISTAL DE 3ER DEDO MANO IZQUIERDA...
10:01 ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE ACUDE A PRESENTANDO HERIDA CON AMPUTACIÓN DISTAL POSTERIOR ACCIDENTE EN UN TALLER MIENTAS REALIZABA LAVORES, DE CARPINTERIA, CUADRO CLÍNICO DE UNA HORA DE EVOLUCIÓN...
09:54 AM RADIOGRAFIA DE DEDOS EN MANO...
2013-12-20 21:00
Quirófano 2... REMODELACIÓN (REVISIÓN) (RECONSTRUCCIÓN) DEL MUÑÓN AMPUTACIÓN DE MANO..." (Sic)*

De las notas de enfermería se destaca:

(...) 13:28 PACIENTE DE 46 AÑOS DE EDAD QUE INGRESO A OBSERVACIÓN CONCIENTE, ORINTADO POR SUS PROPIOS MEDIOS, LUEGO DE INGRESAR POR EL SERVIVIO DE URGENCIAS POR CUADRO CLÍNICO DE UNA HORA DE EVOLUCIÓN DE AMPUTACIÓN DISTAL POSTERIOR, MEINTRAS REALIZABA LABORES DE CARPINTERIA OR ORDEN MEDICA SE LE ADMINISTRO TTO MEDICO, SE LE TOMA PARACLÍNICOS ORDENADOS. FUE VALORADO POR EL MEDICO ORTOPEDISTA DE TURNO, DOCYOR BELTRANN, QUIEN ORDENO PROGRAMAR PARA CIRUGÍA DE AMPUTACIÓN DE TERCER DEDO DE MANO IZQUIERDA...

18:00 INGRESA PACIENTE AL SERVICIO DE CIRUGÍA CONCIENTE Y ORIENTADO EN SUS TRES ESFERAS TIEMPO LUGAR Y PERSONA PROCEDENTE DE URGENCIAS EN SILLA DE RUEDAS EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR Y AUXILIAR, CONSETIMIENTOS DILIGENCIADOS CANALIZADO CON YELCO No. 18 y LEV PERMEABLES SE PASA A SALA AMBULATORIO VESTIDO CON ROPA QX Y QUEDA EN ESPERA DE SU PROCEDIMEINTO QUIRURGICO...

20:01 INGRESA PACIENTE A SALA No. 2 CONCIENTE ORIENTADO...SE UBICA EN LA MESA OPERATORIA SE COLOCA MONITORIA BASICA CON RESULTADO T/A 135/97...PROCEDIMIENTO QUE TRANSCURRE SIN COMPLICACIONES, SE CIERRA HERIDA QUIRURGICA SE CUBRE CIN APOSITOS LIMPIOS, SE PASA A SALA DE RECUPERACIÓN...

20:49 PACIENTE DADO DE ALTA CON FORMULAS MEDIAS Y RECOMENDACIONES SALE CAMINANDO POR SUS PROPIOS MEDIOS EN COMPAÑÍA DE FAMILIAR..."

Posteriormente, el 2 de enero de 2014, el interno consultó de nuevo a la Clínica Santa Sofía y en aquella oportunidad se describió que el paciente se encontraba a

⁵⁶ Índice 003, cuaderno principal, ítem 20PROCESOABONAD_018CONTESTACIONSSANTA, páginas 41 a 46 del expediente digital SAMAI.

13 días de la amputación de la falange distal mano izquierda, sin que se observe infección alguna, luego, el 27 de marzo de 2014 se le realizaron exámenes clínicos de control, y el 26 de mayo de ese mismo año re-consultó por dolor en el brazo derecho con 3 días de evolución. Finalmente, el 19 de agosto de 2014, en control de la cirugía se diagnosticó “*amputación de trauma de otro dedo único*”. Atenciones que se hallan acompañadas de las respectivas autorizaciones de servicio emitidas por la Entidad Prestadora del Servicio de Salud.

Así pues, tal como se dijo en párrafos precedentes nótese que desde ocurrió el accidente y la primera atención ni si quiera transcurrió 1 hora; además, en oportunidades posteriores asistió a la Clínica para realizar el control posquirúrgico de su cirugía y ser atendido por otras dolencias que aquejaban al interno, eventos que permiten afirmar que no existió negligencia ni dilación injustificada en la atención al paciente que requería precisamente el 20 de diciembre de 2013.

De otro lado, si bien a los 8 meses de ocurrido el accidente, el actor acudió a la Clínica Santa Sofía, el procedimiento a intervenir no resulta claro, dado que la historia clínica y demás documentos allegados no se evidencia la urgencia y necesidad de una cirugía posterior, tampoco guarda relación con la reconstrucción de la falange amputada del 20 de diciembre de 2013, tal como lo señala la parte actora en su demanda, pues, hasta ese momento ya había transcurrido bastante tiempo para establecer las causas de la nueva patología.

Sobre la atención del 20 de diciembre de 2013, resulta creíble la versión dada por el médico Traumatólogo- Ortopedista **Jhonny Andrés Gómez Arevalo**⁵⁷, en cuanto señaló que el tratamiento brindado por la Clínica en relación con la lesión sufrida fue acorde con la *lex artis*, y que para reconstruir la falange perdida debe considerarse una serie condiciones especiales, las cuales en el presente asunto no se generaron (Minuto: 08:24 al minuto 17:00). En relación con su declaración se destaca:

*(...)Preguntado: ¿Por qué se enteró de esta situación en particular? ¿Cómo llegó a su conocimiento este caso? Contestó: porque fui...se me pidió la participación como testigo en relación al caso Preguntado: pero, respecto del accidente que dice el señor Eduardo Berrio sufrió ¿Fue testigo del accidente o del tratamiento? Contestó: no tuve ningún contacto directo de la atención ni con el tratamiento del paciente...(el propósito de su declaración ¿Es para que abogada de la Clínica?, quien respondió que puede responder de acuerdo a su conocimiento y revisión Hc) Preguntó: ¿Cuándo revisó la historia clínica? Contestó: ellos me la dieron a mi hace algunos meses cuando se hizo la primera citación en un Juzgado de Buenaventura y en ese momento tuve conocimiento de la documentación y la historia clínica Preguntado: De lo que pudo constatar en la Historia Clínica ¿Cuál es su concepto sobre el tratamiento que se le brindó al demandante? Contestó: yo creo que se hizo el tratamiento que se debe hacer en este tipo de casos en particular, el señor tuvo una lesión traumática con una sierra, lo cual produce lesiones de tipo irregulares, avulsivas, bastante complejas, donde se hace que el manejo de reconstrucción de reimplante sea absolutamente difícil... Preguntado: ¿En qué tiempo se puede hacer ese tipo de injerto después de ocurrido el evento? Contestó: **tiene haber unas condiciones. No.1 La conservación de la extremidad perdida, No.2 que sea un tipo de corte neto, limpio que permita la reconstrucción y que las estructuras anatómicas lesionadas de esta manera estén indemnes y permitan una conexión por decirlo de esa manera adecuada y conserve la viabilidad de esa extremidad reimplantada, y otro a tener en cuenta es el estado de conservación, debe venir embalado con algunas características especiales, en conservación en frío, para que esa parte amputada mantenga la viabilidad hasta***

⁵⁷ Índice 003, cuaderno principal, ítem 41PROCESOABONAD_039VIDEODESPACHOCOMI(.mp4), del expediente digital SAMAI.

el tiempo que se pueda realizar el reimplante...Preguntado: ¿Cuál es el término máximo aún conservándose en las condiciones que usted señala? **Contestó:** en la literatura médica se habla aproximadamente de 12 horas **Preguntado:** ¿Cuánto se demoró en llegar el paciente a la Clínica, según la Hv **Contestó:** el tiempo no recuerdo, pero, según lo que leí en la Historia no traía la extremidad amputada que estuviera embalada, ni que la trajeran con el paciente **Preguntado:** es decir ¿El paciente llegó sin la extremidad amputada? **Contestó:** **exacto, llegó el muñón amputado...** **Preguntado:** en esos eventos cuando llega en esas condiciones el paciente que es lo que hay que hacer **Contestó:** una remodelación del muñón **Preguntado:** y qué fue lo que se hizo? **Contestó:** **Si señor, consiste en simplemente limpiar, hacer un derivamiento adecuado y hacer un cierre del muñón, y cuando hablamos de 12 horas es que llegue a un sitio de microcirugía con las condiciones adecuadas...** **Preguntado:** de acuerdo con la especialidad y experiencia ¿En que o tipos de imputación se puede considerar la posibilidad de reimplante de una extreminadad como el en caso que nos ocupa de la falange dista y media del tercer dedo de la mano izquierda del señor Eduardo Berrio? **Contestó:** ...condiciones de embalaje adecuados, que el mecanismo del trauma sea cortante, con bordes netos, corte preciso a nivel de la articulación y que se puedan conservar las estructuras anatómicas para ser reimplantadas, que se encuentre con un servicio de microcirugía, que tenga los elementos y los recursos y la experiencia...las condiciones del paciente..., comorbiliades..." (Resalta la Sala)

Hasta aquí, el despacho colige que la parte demandante se conformó con afirmar categóricamente que la pérdida de una parte de su mano (falange del tercer dedo mano izquierda), y la oportunidad de restablecer su salud, tuvo relación con la inadecuada atención no solo de Caprecom S.A., sino también de la Clínica Santa Sofía, empero, la parte actora no se esforzó por allegar alguna prueba, salvo lo consignado en la historia clínica, de la cual, precisamente, se infiere todo lo contrario, quedando entonces su imputación en el campo de meras especulaciones.

Y es que, en el presente caso, la parte demandante corría con la carga probatoria si quería sacar adelante su tesis, esto es, que la pérdida de una parte de su mano (Tercer dedo de la mano izquierda) y la oportunidad de recuperación se debió a una atención inadecuada, de conformidad con el artículo 177 del C. P. C., según el cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."*

Finalmente, resulta necesario precisar que, en virtud de la enfermedad del paciente, la cirugía y sus propios riesgos, tampoco se logró comprobar que el señor Eduardo Berrio Aguiar tuviera una expectativa legítima de recuperar su dedo, mucho menos recobrar salud en el mismo (movilidad), dadas las condiciones en que se encontraba cuando fue intervenido quirúrgicamente.

Por último, se declarará probada la excepción propuesta por Caprecom S.A., relacionada con la falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.8.3. Imputación de responsabilidad régimen objetivo

Recuérdese conforme el acápite precedente que se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a quien se encuentra recluido en establecimiento carcelario o centro de reclusión, aunque no exista en el caso concreto una falla del servicio o un incumplimiento de las obligaciones de respeto y protección a cargo de las autoridades penitenciarias. En estos eventos, la responsabilidad surge de la relación de especial de sujeción entre el Estado y el preso, pues se parte de la premisa de que las afectaciones a la vida o a la integridad personal de los reclusos, sin que medie el incumplimiento de una obligación

administrativa, no puede considerarse un efecto esperado de la detención, es decir, una carga que deban soportar quienes se encuentran privados de la libertad⁵⁸.

No obstante, la Administración puede liberarse de algún tipo de responsabilidad a través de la comprobación de una causa extraña como sería la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero⁵⁹, empero, de no encontrarse probada algún eximente, se concluye que el daño es jurídicamente imputable a la administración, pues, en todo caso, el Estado tenía la obligación de garantizar la seguridad del recluso y de protegerlo contra actos que pudieran poner en riesgo su vida o su integridad personal.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que la lesión del señor Eduardo Berrio Aguiar ocurrió mientras se encontraba bajo la custodia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, por tanto, le corresponde a esta entidad indemnizar los daños ocasionados al recluso, en virtud de su obligación de preservar la vida e integridad de los internos. En consecuencia, al encontrarse acreditada la causación del daño antijurídico y la posibilidad de su imputación a la parte demandada, es indudable la configuración de su responsabilidad patrimonial y extracontractual, razón por la cual se procederá a pronunciarse en relación con el reconocimiento y liquidación de los perjuicios derivados de dicho daño a favor de la parte demandante.

Respecto de la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima, propuesta por la entidad accionada-INPEC en los alegatos de conclusión (no contestó demanda), el despacho señala que, aunque no es la oportunidad procesal para interponer el referido eximente, en gracia de discusión, una vez revisado el plenario, la misma no se encuentra probada, como quiera que el hecho de realizar trabajos para su familia, no implica per se una participación en el daño, es más, conforme la naturaleza del trabajo penitenciario, el interno puede destinar dichos ahorros para atender, además de sus necesidades en la prisión, las de su familia, los gastos de su nueva vida al ser puesto en libertad y, cuando sea el caso, el pago de la multa o de la indemnización a la víctima producto del incidente de reparación integral⁶⁰.

1.8.4. Indemnización de perjuicios

Sobre el daño moral y su reparación.

No hay duda que el señor Eduardo Berrio Aguiar sufrió un accidente en el Centro Carcelario y Penitenciario, lo cual le generó de manera indiscutible un daño moral, que se presume para la víctima directa y para las víctimas indirectas (primer y segundo grado). No obstante, atendiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación⁶¹ respecto de los criterios de indemnización de perjuicios morales por hechos que originen lesiones personales, se trazaron unos parámetros de guía para la tasación del daño moral de acuerdo a factores como el **porcentaje de incapacidad laboral que dejó la lesión** y el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010. Exp. 19.849, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁹ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección C, CP.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del veinticinco (25) de julio del dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03560-01(33868)

⁶⁰ Sentencia T-756/15, expediente T-5.078.210

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 28 de agosto de 2014 dictada dentro del radicado N°. 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) con ponencia de la Dra. Olga Melida Valle de la Hoz.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, los derroteros quedaron consignados en el siguiente cuadro:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD EN LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva 4º de consanguinidad o civil	Relación afectivas no familiares-terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3.5	2.5	1.5

De la relación afectiva y grado de parentesco que tiene que el señor Eduardo Berrio Aguiar (Víctima directa) con sus familiares se advierte conforme a los registros civiles de nacimiento aportados⁶², que son sus hijos Fabial Andrés, Karolayn Dahyana, y Emmanuel Berrio Castañeda, lo que significa que se encuentran dentro del primer grado de consanguinidad. Asimismo, de las declaraciones vertidas en la audiencia de pruebas de las señoras Nicole Ximena Rodríguez Castañeda y María Catalina Bolívar Bolívar⁶³ se tiene que la señora Luz Elena Castañeda Saladriaga es la compañera sentimental por más de veintidos (22) años del señor Eduardo Berrio Aguiar. Finalmente, en relación con la menor Karoll Viviana Berrio Abad, del material probatorio obrante⁶⁴ en el plenario se tiene por probado el grado de parentesco con la víctima directa (Segundo grado) y, además, para el 20 de diciembre de 2013, momento en que su abuelo, señor Eduardo Berrio Aguiar sufrió el accidente, la menor tenía 9 meses de vida, puesto que había nacido el 04 de febrero de 2013.

En efecto, de la manifestación dada por las testigos, el despacho destaca que las relaciones familiares entre los padres e hijos se caracterizaron por ser alegres, unidos y de profundo respeto, pero, que con ocasión del accidente del señor Eduardo Berrio Aguiar cambió su forma de ser y comportamiento, hecho le atribuye al incidente y que influyo en las relaciones familiares. En este punto se resalta:

Nicole Ximena Rodríguez Castañeda (Minuto 00:36:07 al Minuto 00: 54:30)

- La testigo afirmó que el señor Eduardo Berrio Aguiar antes de ingresar a la Cárcel de Buenaventura se desempeñaba como conductor y en el año 2012 en ese establecimiento, mentado señor se cortó un dedo porque trabajaba en un taller de Carpintería, adujo que su tía (Esposa del señor Eduardo Berrio), se encontra muy triste por ese suceso, ya que encontraban pasando necesidades.

⁶² Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, páginas 2 a 5 del expediente digital SAMAI.

⁶³ Índice 003, cuaderno principal, ítem 37PROCESOABONAD_035ACTAAUDIENCIAPRUE, páginas 5 a 6 del expediente digital SAMAI.

⁶⁴ Índice 003, cuaderno principal, ítem 4PROCESOABONAD_002ANEXOSDEMANDAPDF, página 6 del expediente digital SAMAI.

- Recordó que debían hacerle una cirugía, pero, la misma quedó incompleta, y después de eso la familia se desunió y se les notó la tristeza, situación que conoce porque comparte mucho con ellos.
- Mencionó que los demandantes a excepción de la menor Karoll Viviana Berrio Abad (quien vive en la costa) residen en la ciudad de Tulúa desde hace 30 años.
- En relación con el aspecto físico del señor Eduardo Berrio Aguiar antes de entrar a la cárcel indicó la declarante dijo que este era muy alegre, aspecto que cambió por cuanto perdió su dedo. Sin embargo, en la actualidad continúa realizando turnos de conductor.

En atención a este relato, el apoderado de la Llamada garantía formuló tacha de testigo al ser familiar de los demandantes, y por ende, a su juicio carece de veracidad.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, consagra la tacha de testimonio en los siguientes términos:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Al respecto, el Consejo de Estado⁶⁵ ha sostenido:

“...La Sección Primera de esta Corporación ha dicho lo siguiente sobre los testigos sospechosos: (...)

*“Respecto del tema de “testigo sospecho”, dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y **no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano.** El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso.”⁶⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, resalta la Sala que los testigos sospechosos pueden declarar ante el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del C.P.C. y su declaración no puede ser rechazada de plano sino que debe ser evaluada con los demás elementos probatorios arrojados al proceso.

En vista de lo anterior, el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser, pero no puede, de forma anticipada, negar la misma...”

⁶⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del dos (2) de septiembre de dos mil diez (2010). Radicación número 11001-03-24-000-2007-00191-00. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

⁶⁶ Expediente Rad. núm. 2003-01445, Actor: Carlos Campos Martínez, Consejero ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO, Sección Primera, Consejo de Estado.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, debe decirse inicialmente que, al ser apreciada su declaración en conjunto con los demás medios de prueba, no se advierte un interés en favorecer de manera deliberada a la parte accionante, es precisamente la cercanía con la familia lo que habilita a la declarante para ofrecer su visión sobre los hechos, sin que pueda rechazarse de plano su testimonio. En consecuencia, el citado testimonio será valorado en su integridad.

Por su parte, la señora **María Catalina Bolívar Bolívar** corroboró lo descrito por la anterior declarante en los siguientes terminos (Minuto 00: 57:24 al Minuto 01:10:30)

- Sostuvo que conoce a los demandantes aproximadamente veintidos (22) años, con quien entabló una amistad y realizaron varios negocios juntos en la venta de comidas. Indicó que en el año 2006, la pareja se casó por una iglesia Cristiana, y con el paso del tiempo el actor ingresó a la Cárcel donde sufrió un accidente.
- Señaló que antes del accidente la familia vivía muy bien, alegres y carismáticos, circunstancias que fueron cambiando cuando perdió el dedo de la mano izquierda, ya que se queja mucho sobre el dedo amputado, y tampoco trabaja igual antes de ingresar al Centro Penitenciario y Carcelario.
- Dijo que la nieta del señor Eduardo Berrio Aguiar no reside en la ciudad de Tulúa, ya que vive con su madre en la costa.

En lo que atañe a la condición de padre del señor Eduardo Berrio Aguiar no milita en el expediente prueba idónea para demostrar el parentesco, por tanto, al no probar tal calidad, ni la de tercero damnificado, ya que de los testimonios no se indica si quiera la existencia del señor como parte del núcleo familiar, se negarán las pretensiones de la demanda frente a este.

Ahora bien, una vez determinado el grado de parentesco de los demandantes, para que se configure la indemnización en atención a la jurisprudencia de unificación, debe precisarse a ciencia cierta, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral determinada **por autoridad competente**⁶⁷. No obstante, el dictamen allegado no resulta pertinente y adecuado para demostrar las lesiones sufridas por el actor, lo que significa que, no hay elementos de juicio para establecer el monto de la indemnización de conformidad con el resultado de la pérdida en comento, motivo por el cual no es posible determinar el daño irrogado al actor y sus familiares.

Respecto del dictamen pericial, resulta menester señalar que de acuerdo a la sentencia C-16 de 23 de febrero de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, las juntas de invalidez son la única autoridad científica calificadora de la pérdida de la capacidad laboral, su creación es de estirpe constitucional, los honorarios de

⁶⁷ Las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez son organismos del Sistema de la Seguridad Social Integral del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio del Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio. Se rigen por el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, Decreto 1072 de 2015, Título 5, Capítulo 1, En el proceso de calificación las Juntas Regionales califican en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinan su origen y la Junta de Calificación Nacional le compete la resolución de las controversias que presentan las entidades de seguridad social, trabajadores y empleadores sobre el origen y la pérdida de la capacidad laboral en caso de accidentes y enfermedades de origen común o profesional y determinan si un trabajador es pensionado por invalidez o no es pensionado. <https://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/riesgos-laborales/perfil-del-director/juntas-de-calificacion-de-invalidez>

dichas juntas son cancelados por las entidades de seguridad social y su reglamentación se encuentra sujeta al Ministerio de Trabajo⁶⁸.

Por lo tanto, al no existir en el proceso elementos de juicio necesarios para determinar el valor de dicha condena, deberá acudirse a la **condena en abstracto**, de acuerdo con los parámetros indicados en el artículo 193 del C.P.A.C.A.⁶⁹, para que por medio de incidente de regulación de perjuicios se determine el valor de la indemnización por el perjuicio moral causado, previa calificación de la pérdida de la capacidad laboral del demandante realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, la cual debe allegarse (en original o copia auténtica del acta de la Junta competente) junto con el incidente.

Así las cosas, en aras de dar claridad sobre la condena en abstracto y hacer efectivos los principios de reparación integral y equidad, dicha condena en el trámite incidental deberá observar las siguientes reglas:

- En el marco de lo estipulado en el artículo 193 del CPACA, se ordenará a la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca, que emita un dictamen que determine la pérdida de capacidad laboral del señor Eduardo Berrio Aguiar, por la pérdida del tercer dedo de la mano izquierda, para lo cual podrá acudir a todos los elementos de juicio obrantes en el plenario que permitan determinar este perjuicio.
- El dictamen en mención, deberá contemplar otros aspectos que influyeron en la gravedad de la lesión, tales como la edad de la víctima al momento de sufrir el daño y la afectación estética que tuvo en su humanidad.
- Con base en el dictamen que establezca el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor Eduardo Berrio Aguiar, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión, se dará aplicación a la sentencia de unificación (tabla -perjuicios morales) para el reconocimiento de los perjuicios reconocidos según los niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes reclaman perjuicios, esto es, su esposa, hijos y nieta, según lo indicado en precedencia.

Daño a la salud

En relación con el perjuicio inmaterial cuyo reconocimiento fue solicitado en la demanda bajo la denominación de daño a la vida de relación, el despacho recuerda que, después de una evolución jurisprudencial en la que fue cambiando de denominación y objeto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación⁷⁰, precisó que, el daño a la salud comprende la afectación a la órbita psicofísica del sujeto (integridad corporal, psicológica, sexual, estética) y por tanto desplaza por completo otro tipo de denominaciones.

Frente a la liquidación del daño a la salud, la jurisprudencia unificada tuvo en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –los siguientes parámetros:

⁶⁸ Consejo de Estado-Sección Segunda - Subsección A.C.P.: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) -Radicación: 11001-03-25-000-2011-00660-00 (2552-2011)

⁶⁹ Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil.

<Inciso modificado por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. (Subrayas fuera de texto)

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31170.

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima
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

En efecto, del acervo probatorio se desprende que, pese a que los familiares cercanos al lesionado en comento pudieron sufrir una afectación, lo que se desarrolla dentro del comportamiento normal de una persona, la referida situación no sobrepasa el espectro de la aflicción comprendida dentro del daño moral para considerarse propiamente como daño a la salud, por lo que, se negará tal pedimento.

En el caso del señor Eduardo Berrio Aguiar se tiene que perdió el tercer dedo de la mano izquierda, lo que necesariamente le impide desarrollar actividades habituales de forma permanente que requieran el uso del miembro amputado. En ese orden, se hace necesario condenar en abstracto, para que el monto se concrete en la etapa incidental ordenada en precedencia para la liquidación del daño moral, esto es, a través de la emisión de un dictamen por parte de la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca, que determine la pérdida de capacidad laboral del señor Eduardo Berrio Aguiar, con la precisión que los perjuicios ocasionados por daño a la salud, se liquidarán únicamente en su favor.

Perjuicios Materiales⁷¹

La parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente la suma de trece millones quinientos cuatro mil trescientos sesenta y nueve pesos, con cincuenta y dos centavos (\$13.504.369.52), sin discriminar que valores fueron empleados por la parte actora como consecuencia de la lesión ocasionada al señor Eduardo Berrio Aguiar, como tampoco allegó los medios de prueba que acrediten esa consideración, por lo que no resulta posible acceder a los perjuicios bajo la denominación de daño emergente.

De los perjuicios materiales- modalidad lucro cesante, el despacho condenará en abstracto al INPEC a pagar al señor Eduardo Berrio Aguiar, por la pérdida de su capacidad laboral al no contar con la productividad de su tercer dedo de la mano izquierda, suma que se determinará previo concepto de la Junta Regional de Invalidez

⁷¹ El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. Estos perjuicios se traducen en las pérdidas económicas que se causan con ocasión de una acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada. En concordancia con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solo pueden indemnizarse a título de daño emergente **las sumas que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.** Por su parte, se ha entendido el lucro cesante como la ganancia o provecho que deja de reportarse por no haberse cumplido la obligación, por haberse cumplido imperfectamente, o por haberse retardado su cumplimiento, lo que se traduce en la privación de activos que eran percibidos por el afectado. Subraya fuera de texto- Consejo de Estado-Sección Tercera-C.P: Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 19001-23-31-000-2012-00159-01(62075)

del Valle del Cauca sobre el porcentaje de dicha pérdida, en el trámite de la etapa incidental decretada en precedencia, para lo cual, se tendrá en cuenta las siguientes pautas:

i) Como base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente⁷², ya que no obra en el proceso prueba del monto de los ingresos que devengaba la víctima por su oficio, pero sí se demostró que desempeñaba una actividad productiva, ii) la fecha en que resultó lesionado, iii) vida probable del lesionado y iv) la fecha en que salió de la Institución Penitenciaria, momento en el cual se presume podía seguir ejerciendo la actividad de conductor, circunstancia que no se puede determinar con certeza en el presente asunto, por cuanto no obra dentro del acervo probatorio certificación proferida por la institución de detención. En vista de esto, el INPEC certificara las fechas en las cuales el lesionado estuvo recluso y salió en libertad.

La indemnización a que tiene derecho el actor, comprende un periodo, futuro o anticipado, que corre desde la fecha en que salió en libertad hasta su expectativa de vida, según certifique la autoridad nacional competente.

Para tal efecto, se utilizará la siguiente fórmula:

Indemnización futura o anticipada:

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

S	=	Suma a obtener
Ra	=	Renta actualizada
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal
N	=	Número de meses transcurridos desde que quedó en libertad hasta la vida probable del demandante.
1	=	Es una constante

VI. COSTAS

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa establece que para proveer sobre la condena en costas se debe acudir al criterio objetivo valorativo, es decir que en cada caso al juez le corresponde examinar la actuación procesal de las partes para establecer la condena en costas a la parte vencida y es por ello que el despacho ha acogido dicha posición jurisprudencial, en tanto la materia objeto de estudio se rige por el precedente dispuesto en la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En efecto, las reglas antes mencionadas e interpretadas sistemáticamente, y conforme a lo indicado en las más recientes providencias del Consejo de Estado, establecen que la condena en costas sin perder su naturaleza objetiva debe ser tasada y liquidada con criterios objetivos y verificables, máxime que el artículo 366 del C.G.P. refiriéndose a la liquidación, consagra que el valor de los honorarios y demás gastos del proceso se incluirán siempre que aparezcan comprobados, esto en consonancia con el numeral 8 del artículo 365 ibídem, esto es, que puede darse el caso de que las expensas y gastos procesales si no se comprueban y verifican

⁷² Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera -Subsección B, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00325-01(45962) APLICACIÓN DE PRESUNCIÓN DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL-LUCRO CESANTE.

no se ordene su reconocimiento, más aún, las costas están integradas por las agencias en derecho las cuales están condicionadas a otros lineamientos con elementos objetivos y verificables al sujetarse a la normatividad establecida por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, norma vigente al momento de la demanda, en consecuencia al no encontrar probadas las expensas y gastos procesales, considera este operador judicial que no es dable la condena en costas.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA**⁷³, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación de causa por pasiva propuesta por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (Administradora del patrimonio autónomo de remanentes-PAR)** como sucesora procesal de **CAPRECOM LIQUIDADO**.

SEGUNDO: DECLÁRAR patrimonialmente responsable al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC**, por la lesión padecida por el señor Eduardo Berrio Aguiar el 20 de diciembre de 2013.

TERCERO: como consecuencia de la anterior declaración **CONDENAR en abstracto** al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO- INPEC** y **ORDENAR** restablecer el quantum de las obligaciones a través de un incidente de liquidación de perjuicios que la parte actora realizará en cumplimiento de las reglas señaladas en esta providencia (Artículo 193 CPACA), una vez se determinen las bases probatorias para la liquidación, por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad daño moral y daño a la salud, así como perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, lo anterior en favor del señor Eduardo Berrio Aguiar y su grupo familiar, según la modalidad de perjuicio que corresponda.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente digital, previas las anotaciones en la plataforma Samai.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALBERTO SAA VALENCIA
JUEZ

⁷³ *Antes JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA D.E de conformidad con el artículo 3° de la Resolución UDAER24-7 DE ENERO 11 DE 2024.*