

**PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Valoración probatoria /
PRUEBA TRASLADADA - Reglas aplicables frente a su mérito probatorio /
TRASLADO PROCESO PENAL - Valor probatorio. Valoración probatoria**

Debe señalarse que en la demanda se solicitó el traslado en copia auténtica de todas las diligencias adelantadas por la Fiscalía 43 Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santafé de Bogotá por la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera necesario reiterar lo expresado en anteriores oportunidades respecto de las reglas aplicables frente al traslado de pruebas y su mérito probatorio. En tal sentido, el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo dispone que “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. En relación con el traslado de pruebas, debe aplicarse, entonces, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de la prueba trasladada, consultar sentencia de 4 de febrero de 2010, exp. 18109; sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 32651; sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 18078 y sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 21894

PRUEBA TRASLADADA - Testimonios / TESTIMONIOS PRACTICADOS EN OTRO PROCESO - Requisitos para su traslado y valoración

Los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando hayan sido trasladados en copia auténtica y siempre que se hubieren practicado con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, han sido ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente. (...) en el presente caso se tiene que los testimonios que reposan dentro de las diligencias preliminares 313210 realizadas por la Fiscalía Cuarenta y Tres Seccional no fueron practicados con audiencia de la parte contra la cual hoy se aducen, ni tampoco se ratificaron dentro del presente proceso, contrariando de tal forma las previsiones del artículo 229 del C de P. C.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229

PRUEBA TRASLADADA - Indagatoria / INDAGATORIA PRACTICADA EN OTRO PROCESO - No puede ser valorada

En relación con la indagatoria practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede valorarse como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

PRUEBA TRASLADADA - Documentos públicos o privados auténticos / DOCUMENTOS PUBLICOS O PRIVADOS AUTENTICOS TRASLADOS TRASLADADOS DE OTRO PROCESO - Valor probatorio. Valoración probatoria

En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, se tiene claro que podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba y la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica. Para el específico caso de la prueba documental, la Sala ha señalado que la omisión del referido traslado no configura vicio de nulidad alguno a la luz del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo de dicho artículo, según el cual las irregularidades no constitutivas de nulidad procesal “se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece”.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 289 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140

PRUEBA TRASLADADA - Solicitada por las partes / PRUEBA TRASLADADA SOLICITADA POR LAS PARTES - Valor probatorio. Valoración probatoria

Ha dicho la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, aún cuando hubieran sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. De acuerdo con el anterior marco legal y jurisprudencial, es claro que las pruebas practicadas en un proceso distinto al contencioso administrativo no pueden ser valoradas para adoptar la decisión que corresponda dentro del mismo, salvo que, siendo procedente su traslado, éste se efectúe dando cumplimiento a los requisitos antes referidos o se halle en la eventualidad excepcional indicada con anterioridad. (...) si bien esta Sala ha entendido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, en el asunto que ocupa la atención de la Sala no ocurrió, toda vez que la entidad demandada no las solicitó como prueba.

DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte de recluso por choque séptico secundario a pie diabético con sobreinfección / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración

Encuentra la Sala debidamente acreditado en el proceso que el señor JHON JAIRO AMAYA ROJAS falleció el día 8 de mayo de 1997 como consecuencia de un “CHOQUE SEPTICO”, según consta en la copia auténtica del registro civil de defunción obrante a folio 3 del cuaderno pruebas, aspecto concordante con las

conclusiones consignadas en la copia del protocolo de necropsia que obra a folio 213 del cuaderno de pruebas, en donde se señaló: "CADAVER DE UN HOMBRE ADULTO CON OBESIDAD (sic) MORBIDA QUIEN FALLECE EN CHOQUE SEPTICO SECUNDARIO A PIE DIABETICO CON SOBRE INFECCION" (Se destaca) Por tanto, demostrado como está el daño, esto es la muerte de JHON JAIRO AMAYA ROJAS, pasa la Sala a estudiar si el mismo es imputable jurídicamente a la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Daños causados a quienes se encuentran privados de la libertad / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Imputación del daño antijurídico / DAÑOS CAUSADOS A RECLUSOS - Título jurídico de imputación. Régimen objetivo / DAÑOS CAUSADOS A RECLUSOS DERIVADOS DE LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Régimen de responsabilidad aplicable. Falla del servicio

Para determinar la imputabilidad al Estado de los perjuicios que se lleguen a causar a quienes se encuentran privados de la libertad por orden de autoridad competente, la jurisprudencia de la Sección ha sostenido que el título de imputación aplicable es de naturaleza objetiva. Sin embargo, hay que advertir que en casos como el presente en donde lo que se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio, toda vez que tal servicio debe "prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Inpec / INPEC - Muerte de recluso por choque séptico secundario a pie diabético con sobreinfección / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Omisión de realizar controles médicos y seguimiento adecuado al delicado estado de salud del paciente

Observa la Sala que el caso del señor Amaya Rojas requería un manejo especial por parte del personal médico de la entidad demandada, pues como se desprende del informe del Grupo de Patología Forense Regional de Bogotá que viene de verse, por tratarse de un paciente diabético "tenía un alto grado de riesgo de infección" como consecuencia de la quemadura sufrida. En ese sentido y si bien es cierto que el 6 de marzo de 1997 el Hospital San Juan de Dios le dio de alta por "mejoría", no lo es menos que de conformidad con la historia clínica se ordenó "control por consulta externa", dada la gravedad de la diabetes, circunstancia que de manera innegable obligaba a la entidad demandada a supervisar y controlar con suma diligencia el estado de salud del occiso. Sobre ese aspecto, no obra prueba alguna en el expediente que permita inferir, al menos sumariamente que con posterioridad al 6 de marzo de 1997, fecha en que el señor Amaya Rojas salió del Hospital San Juan de Dios, se le realizaran los controles ordenados por el médico del Hospital, sin embargo, sí se encuentra demostrado que el 19 de abril de ese mismo año, debido al avanzado estado de la infección que se desencadenó como consecuencia de la quemadura de segundo grado que sufrió en su pie izquierdo, debió amputársele el "quinto artejo izquierdo". Ahora bien, pese al grave cuadro clínico que hasta ese momento había presentado el señor Amaya Rojas, el cual ameritó varias entradas al Hospital San Juan de Dios e incluso que se amputara una parte de su extremidad inferior izquierda, el 24 de abril de 1997 debió ingresar nuevamente al centro médico por presentar "pies

diabéticos sobreinfectados”, circunstancia ésta que permite inferir razonablemente, porque no obra prueba en contrario, que la entidad demandada no realizó un control y seguimiento adecuado al delicado estado de salud del paciente y, además, que pese a tener conocimiento del desarrollo infortunado de la infección que se le desencadenó por cuenta de la quemadura que sufrió en sus pies, así como de la enfermedad que padecía (Diabetes) y que lo ponía en alto riesgo de infectarse, lo remitió tardíamente al centro hospitalario en donde se le podía brindar un tratamiento médico apropiado

PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN RECUPERAR LA SALUD - Muerte de recluso por choque séptico secundario a pie diabético con sobreinfección / PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN RECUPERAR LA SALUD - Configuración

Resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar un alto grado de infección y necesitar una atención inmediata, el recluso no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, en consecuencia, la pérdida también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente. Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada “pérdida de oportunidad” (...) aunque en el presente asunto no puede concluirse con certeza que la omisión del INPEC en efectuar seguimiento y control al interno y disponer el traslado oportuno del hoy occiso a un centro médico asistencial, pudiera erigirse en la causa determinante de su deceso, lo cierto es que la entidad demandada lo remitió tardíamente al Centro Hospitalario en un estado de infección muy avanzado, circunstancia que sin duda alguna excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar para dispensar una eficaz prestación del servicio de salud al recluso. En efecto, si bien no existe certeza, acerca de si se hubiese remitido oportunamente al centro hospitalario el señor Amaya Rojas habría recuperado su salud, lo cierto es que si hubiere obrado de esa manera, esto es con la pericia y el cuidado necesario, no le habría hecho perder el chance u oportunidad de recuperarse

NOTA DE RELATORIA: Sobre pérdida de oportunidad en recuperar la salud, consultar sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18714

INDEMNIZACION DEL PERJUICIO MORAL - Pérdida de oportunidad en recuperar la salud / INDEMNIZACION PERJUICIO MORAL - Se hace a título de satisfacción no de reparación / MAGNITUD DEL DOLOR - Admite cualquier medio de prueba

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de reconocer perjuicios morales por pérdida de oportunidad, consultar sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 19718. En relación con la prueba para demostrar la magnitud del daño moral, consultar sentencia de 2 de junio de 2004, exp. 14950

DAÑO MORAL - Condición personal. Damnificado no heredero. Demostrado a través del proceso / DAMNIFICADO Y HEREDERO - Diferencias

Se ha definido en diversos pronunciamientos que la condición personal de la que pende la demostración del daño es la de “damnificado”, puesto que: “tanto el parentesco dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición y por consiguiente la legitimación”. Se ha explicado igualmente que “en el proceso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso”

NOTA DE RELATORIA: En relación con las diferencias entre damnificado y heredero, consultar sentencia de 1 de noviembre de 1991, exp. 6469 y sentencia de 24 de mayo de 2001, exp. 12819. Sobre la condición y legitimación para reclamar perjuicios morales, consultar sentencia de 26 de octubre de 1993, exp. 7793 y sentencia de 1 de octubre de 1993, exp. 6657

LEGITIMACION DE HECHO POR ACTIVA - Derecho de acción / LEGITIMACION MATERIAL POR ACTIVA - Demostración de la condición que se alega

En providencia proferida el día 17 de mayo de 2001 se explicó que la ley -artículo 86 del Código Contencioso Administrativo-, en materia de la acción de reparación directa, otorga el derecho de acción a la persona interesada -legitimación de hecho, por activa-, y no condiciona su ejercicio a la demostración, con la demanda, de la condición que se alega en ésta, precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio - legitimación material por activa-. De esta manera se precisó que no se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del parentesco para deducir, judicialmente, que una persona se halle legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil -contenida en el registro o en la copia de éste-, su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco -relación jurídica civil- y, por tanto, no se puede inferir el dolor, debe demostrar la existencia de éste para probar su estado de damnificado y con ello su legitimación material en la causa - situación jurídica de hecho-. Puede concluirse de lo que se deja visto que con la demostración del estado civil se infiere el daño -presunción de damnificado-, y probando el daño, se demuestra el estado de damnificado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86

INDEMNIZACION DEL PERJUICIO POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Reconocimiento de un valor genérico

Toda vez que el perjuicio derivado por este concepto no deviene estrictamente de la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciará sobre los perjuicios materiales solicitados en el

libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenará al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de hijos del fallecido. Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, en su calidad de hijos, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00479-01(22943)

Actor: SILVIA INES MORALES ROJAS Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 9 de abril de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

La señora SILVIA INES MORALES ROJAS, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, por conducto de apoderado, interpuso demanda de reparación directa en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC–, para solicitar que se le declare administrativamente responsable por la muerte de JHON JAIRO AMAYA ROJAS ocurrida el 8 de mayo de 1997¹.

Consecuencialmente pidieron que se condene a pagar indemnización a su favor por concepto de los perjuicios materiales y morales que les fueron irrogados.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones expusieron los que la Sala se permite transcribir a continuación:

¹ La demanda fue presentada el 15 de febrero de 199. (Folios 1 al 50, cuaderno 1.)

“4.1. JOHN (o´ JHON) JAIRO AMAYA fue retenido en octubre de 1996 y recluido en la cárcel Nacional Modelo de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.
4.1.2. Como sufría de diabetes (sic) e hipertensión arterial, en la cárcel era atendido en SANIDAD (HISTORIA CLINICA 282348), pero allí no le proporcionaban la medicina HUMULIN que era la que requería y que estaba tomando cuando ingresó al penal, por lo que vivía muy enfermo y frecuentemente era hospitalizado en la misma sección de SANIDAD y en el Hospital San Juan de Dios de la misma ciudad, donde le abrieron la Historia Clínica Número 1137544.
4.1.3. La falta de la droga mencionada le produjo a JOHN o (o´JHON) JAIRO AMAYA ROJAS descompensación de su diabetes (sic).
4.1.4. A JOHN o (o´JHON) JAIRO AMAYA ROJAS también presentaba una complicación de la diabetes llamada NEUROPATIA PERIFERICA lo que le disminuyó la sensibilidad en el recorrido del nervio afectado.
4.1.5. En una de esas oportunidades en que ingresó al Hospital San Juan de Dios, una enfermera le llevó un recipiente con agua caliente y, al JOHN o (o´JHON) JAIRO AMAYA ROJAS introducir los pies en ella, y debido a la ausencia de dolor por la neuropatía periférica, sufrió quemaduras de segundo grado en el quinto dedo del pie izquierdo para lo cual recibió tratamiento con antibióticos, lavados y desbridamiento.
4.1.6. No obstante lo anterior, primero fué (sic) necesario amputarle el dedo afectado y después la extremidad izquierda, pero JOHN o (o´JHON) JAIRO AMAYA ROJAS continuó presentado descompensación de su diabetes (sic); no se recupera de una manera definitiva y, al parecer, entra en un coma diabético y fallece el 8 de mayo de 1997.
4.1.7. Sin embargo, la muerte de JOHN o (o´JHON) JAIRO AMAYA ROJAS pudo provenir más de una infección que de un coma diabético, ya que la diabetes (sic) había venido siendo tratada y controlada con glucopage (sic) y su estado clínico se vino a agravar a raíz de la quemadura con agua caliente”(Subrayas fuera de texto).

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante Auto de 11 de marzo de 1999². Tal providencia fue notificada a la entidad demandada el 26 de abril de la misma anualidad y al Ministerio Público el 18 del mismo mes y año³.

La demandada dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones. Como fundamento de ello manifestó, en síntesis, que no era posible endilgarle responsabilidad a la entidad demandada, toda vez que el personal médico del centro carcelario actuó de manera diligente y oportuna “frente a la avanzada e incurable enfermedad que padecía desde su ingreso al penal el interno JHON JAIRO AMAYA”.

Señaló que inmediatamente el recluso ingresó a la Cárcel Modelo fue valorado por el personal médico y remitido al médico diabetólogo quien le prescribió tratamiento con insulina y asistencia a controles.

Igualmente, propuso las excepciones que denominó “Inexistencia de la falla en el servicio”, “Ilegitimidad por activa en la causa” y “excepción innominada”⁴.

² Folio 52 del Cuaderno 1

³ Anverso del folio 52 del Cuaderno 1

⁴ Folios 56 a 62 del Cuaderno 1

Concluida la etapa probatoria iniciada por auto de 8 de julio de 1999⁵, y fracasada la audiencia de conciliación judicial⁶ se dio traslado a las partes para alegar de conclusión por auto de 10 de octubre de 2001⁷, oportunidad procesal en la que se hicieron los siguientes pronunciamientos:

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–⁸, ratificó las razones de defensa planteadas en la contestación de la demanda y adicionalmente expresó que el fallecimiento del señor Amaya Rojas no le era imputable a la entidad demandada, toda vez que el Instituto Carcelario le brindó la asistencia médica de manera oportuna y adecuada.

El Ministerio Público⁹, luego de hacer un recuento procesal y analizar las pruebas que obran dentro del proceso, conceptuó que la muerte no se produjo por falta de atención médica, ya que de conformidad con las historias clínicas allegadas está debidamente probado que la atención brindada al señor Amaya Rojas tanto en el Departamento de Sanidad de la Cárcel Modelo como en el Hospital San Juan de Dios fue adecuada y eficiente.

La parte demandante guardó silencio.

I.I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la sentencia de 9 de abril de 2002, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa respecto a la señora Silvia Inés Morales Rojas, al considerar que no se demostró que la citada señora conviviera con el occiso antes de su reclusión en el centro carcelario.

De otra parte, sostuvo que en el presente asunto la entidad demandada cumplió con el deber de custodia y cuidado que tiene el Estado frente al recluso, pues según se desprende del material probatorio obrante en el proceso, el señor Amaya Rojas fue sometido a controles periódicos en el Departamento de Sanidad de la cárcel Modelo y una vez necesitó de atención especializada fue remitido de manera inmediata al Hospital San Juan de Dios, por lo que no era posible imputarle responsabilidad a la entidad demandada por su muerte, toda vez que de las pruebas recaudadas se infiere que la prestación del servicio brindado por el personal de Sanidad del INPEC fue oportuna y adecuada.

I.III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su petición adujo que si bien es cierto el señor AMAYA ROJAS sufría diabetes, dicha enfermedad se encontraba controlada con el medicamento llamado “HUMULIN”, droga que no le fue suministrada en el Centro Carcelario, lo que dio origen a una serie de hechos que culminaron con la muerte del recluso.

⁵ Folios 72 y 73 del Cuaderno 1

⁶ Folio 105 del Cuaderno 1

⁷ Folio 107 del Cuaderno 1

⁸ Folios 108 a 111 del Cuaderno 1

⁹ Folios 117 a 126 del Cuaderno 1

Sostuvo, además, que en el presente asunto el INPEC tenía la obligación de devolver al señor Amaya Rojas a la sociedad “en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó”, y si bien la entidad demandada obró de buena fe al remitirlo al hospital, ello no fue suficiente para salvar su vida, por lo que se debe revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

El recurso presentado el 19 de abril de 2002¹⁰, fue admitido por auto del 26 de julio de la misma anualidad¹¹. Ejecutoriado éste, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, término procesal del que hizo uso sólo la parte demandada para insistir en los argumentos de la contestación.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a esta Sala decidir el recurso de apelación dado que la providencia recurrida fue proferida en un proceso de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente al perjuicio moral, se estimó en \$22'500.000a a favor de Silvia Inés Morales Rojas, mientras que el monto exigido para el año 1999, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de segunda instancia era de \$ 18.850.000¹².

2. El ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños sufridos por los demandantes con la muerte de JOHN JAIRO AMAYA ROJAS ocurrida el 8 de mayo de 1997, lo que significa que la parte demandante tenía hasta el día 9 de mayo de 1999 para presentar oportunamente su demanda y como quiera que ello se hizo el 15 de febrero de 1999, resulta evidente que la acción fue ejercida dentro del término previsto por la ley.

3. Cuestión previa. Valoración de la prueba trasladada.

Debe señalarse que en la demanda se solicitó el traslado en copia auténtica de todas las diligencias adelantadas por la Fiscalía 43 Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santafé de Bogotá por la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas.

¹⁰ Folios 137, cuaderno principal

¹¹ Folio 271, cuaderno principal.

¹² Decreto 597 de 1988.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera necesario reiterar lo expresado en anteriores oportunidades respecto de las reglas aplicables frente al traslado de pruebas y su mérito probatorio¹³.

En tal sentido, el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo dispone que “En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”.

En relación con el traslado de pruebas, debe aplicarse, entonces, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”. (Se subraya).

De otra parte, el artículo 229 del mismo Código dispone:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.
2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”. (Se subraya).

Conforme a lo anterior se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando hayan sido trasladados en copia auténtica y siempre que se hubieren practicado con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, han sido ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

En relación con la indagatoria practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede valorarse como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero que no se identifica con la entidad estatal que

¹³ Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: **Sentencia de 4 de febrero de 2010**, Expediente 18109, Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; **Sentencia de 18 de marzo de 2010**, expediente 32.651, Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero; **Sentencia de 9 de junio de 2010**, expediente 18.078, Consejera ponente (E): Dra. Gladys Agudelo Ordóñez; **Sentencia de 25 de agosto de 2011**, expediente 21.894, Consejero ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, se tiene claro que podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En tal virtud, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba y la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

Para el específico caso de la prueba documental, la Sala ha señalado que la omisión del referido traslado no configura vicio de nulidad alguno a la luz del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo de dicho artículo, según el cual las irregularidades no constitutivas de nulidad procesal "se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece".

De igual manera, ha dicho la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, aún cuando hubieran sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el proceso al cual se trasladan, considerando que, en tales eventos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia, pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁴.

De acuerdo con el anterior marco legal y jurisprudencial, es claro que las pruebas practicadas en un proceso distinto al contencioso administrativo no pueden ser valoradas para adoptar la decisión que corresponda dentro del mismo, salvo que, siendo procedente su traslado, éste se efectúe dando cumplimiento a los requisitos antes referidos o se halle en la eventualidad excepcional indicada con anterioridad.

Ahora bien, en el presente caso se tiene que los testimonios que reposan dentro de las diligencias preliminares 313210 realizadas por la Fiscalía Cuarenta y Tres Seccional no fueron practicados con audiencia de la parte contra la cual hoy se aducen, ni tampoco se ratificaron dentro del presente proceso, contrariando de tal forma las previsiones del artículo 229 del C de P. C.

Por lo demás, se advierte, que si bien esta Sala ha entendido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, éstas pueden ser valoradas, en el asunto que ocupa la atención de la Sala no ocurrió, toda vez que la entidad demandada no las solicitó como prueba. En consecuencia, sólo podrán valorarse en este juicio las pruebas documentales.

¹⁴ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789.

4. Caso concreto

4.1. El daño antijurídico

Encuentra la Sala debidamente acreditado en el proceso que el señor JHON JAIRO AMAYA ROJAS falleció el día 8 de mayo de 1997 como consecuencia de un "CHOQUE SEPTICO", según consta en la copia auténtica del registro civil de defunción obrante a folio 3 del cuaderno pruebas, aspecto concordante con las conclusiones consignadas en la copia del protocolo de necropsia que obra a folio 213 del cuaderno de pruebas, en donde se señaló:

"CADAVER DE UN HOMBRE ADULTO CON OBECIDAD (sic) MORBIDA QUIEN FALLECE EN CHOQUE SEPTICO SECUNDARIO A PIE DIABETICO CON SOBRE INFECCION" (Se destaca)

Por tanto, demostrado como está el daño, esto es la muerte de JHON JAIRO AMAYA ROJAS, pasa la Sala a estudiar si el mismo es imputable jurídicamente a la entidad demandada.

4.2. La imputabilidad

Para determinar la imputabilidad al Estado de los perjuicios que se lleguen a causar a quienes se encuentran privados de la libertad por orden de autoridad competente, la jurisprudencia de la Sección ha sostenido que el título de imputación aplicable es de naturaleza objetiva. Sin embargo, hay que advertir que en casos como el presente en donde lo que se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio, toda vez que tal servicio debe "prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación"¹⁵.

Así las cosas, procede la Sala a analizar si la muerte del señor Amaya Rojas obedeció a una falla en la prestación del servicio de salud por parte del ente demandado.

En relación con la supuesta omisión en la que, según la parte demandante, incurrió el centro carcelario al no suministrarle al señor Amaya Rojas el medicamento "HUMULIN", circunstancia a la que, entre otras, se atribuyó la causa de su deceso, advierte la Sala que no hay prueba en el plenario que permita aseverar que el hoy occiso requiriera de dicho medicamento para mantener el buen estado de su salud, toda vez que no existe ningún concepto médico, técnico o científico que así lo indique.

En efecto, oportuno viene a ser precisar que, tal y como se señaló en la demanda, la "muerte de JHON JAIRO AMAYA ROJAS pudo provenir más de una infección que de un coma diabético", circunstancia que se confirma con lo consignado en el protocolo de necropsia en el que se dejó constancia que aquel falleció como consecuencia de un "CHOQUE SEPTICO SECUNDARIO A PIE DIABETICO CON

¹⁵ Sentencia de agosto 10 de 2001, expediente: 12947, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

SOBRE INFECCION" y no, como se indicó en el recurso de alzada, por la falta de suministro del medicamento "HUMULIN".

En igual sentido, además de que no obra prueba al respecto, resulta indiferente para la Sala establecer el lugar en el que el señor Amaya Rojas sufrió la quemadura, la cual, según la demanda, ocurrió en el Hospital San Juan de Dios, toda vez que, a pesar de que la circunstancia fue mencionada en los hechos de la demanda, al hacer un análisis íntegro y sistemático del documento lo que se concluye es que la causa en la que se soporta la presunta responsabilidad de la entidad demandada no consiste en ello, sino en la supuesta falta de control, atención y cuidado en la que incurrió, la cual habría conllevado a la sobreinfección que ocasionó el deceso, amén de no haberse dirigido el reclamo frente al mencionado Hospital.

Ahora bien, en relación con el manejo médico y la atención que en el área de sanidad del centro carcelario se le proporcionó al señor Amaya Rojas, se halla demostrado lo siguiente:

Conforme lo consignado en la tarjeta dactilar obrante a folios 256 a 260 del cuaderno de pruebas, remitida mediante oficio 114 DJM - 8899 suscrito por la Asesora jurídica de la Cárcel del Distrito Judicial La Modelo, el día 23 de octubre de 1996 el señor JHON JAIRO AMAYA ROJAS ingresó al mencionado establecimiento penitenciario.

Así mismo, según se extrae de la Historia Clínica del Servicio de Sanidad de la Cárcel Modelo, remitida mediante oficio suscrito por la Fiscal 43 Seccional obrante a folio 178 del cuaderno de pruebas, el 16 de febrero de 1997 el señor Amaya Rojas –paciente diabético-, fue atendido “por presentar quemaduras en los pies con agua caliente”, por lo que el personal médico le realizó las respectivas curaciones y, además, le suministró antiinflamatorio y el antibiótico “Diclocil x 500 mg”¹⁶.

Del mismo documento se desprende también que, cuatro días después, esto es, el 19 de febrero de 1997, el personal médico encargado decidió remitir al paciente al Centro Hospitalario San Juan de Dios, por encontrarlo en “regular estado general”¹⁷.

Conforme consta en la historia Clínica elaborada en el Hospital San Juan de Dios, remitida mediante oficio suscrito por la Fiscal 43 Seccional obrante a folio 178 del cuaderno de pruebas, el señor Amaya Rojas ingresó en la citada fecha al centro médico por presentar “dolor intenso y signos de infección local” como consecuencia de “quemadura con agua caliente 5 días antes de su ingreso”. Igualmente, según lo reportado en el citado documento, al paciente se le suministró “tratamiento con insulina” y “oxacilina intravenosa” y, finalmente, por encontrarlo en “estado de mejoría”, el 6 de marzo de 1997 se autorizó su salida y se ordenó control por consulta externa en clínica de diabetes¹⁸.

No obstante lo anterior, aproximadamente un mes y medio después, esto es, el 19 de abril de 1997, por tratarse de un “paciente séptico, aciótico, con patrón hipodinámico (...) por no control del foco, con lavados quirúrgicos (sic) y antibiótico”, se requirió practicarle una “cirugía de lavado quirúrgico más

¹⁶ Folios 235 al 242, cuaderno de pruebas.

¹⁷ Folio 241, cuaderno de pruebas.

¹⁸ Folios 243, cuaderno de pruebas

desbridamiento. Amputación quinto artejo izquierdo por (sic) pie diabético necrosis quinto artejo izquierdo”¹⁹.

Posteriormente, según anotado en la historia clínica del Hospital San Juan de Dios, el 24 de abril de 1997 debido a la gravedad de su estado de salud, el señor Amaya Rojas reingresó al centro hospitalario, en esta oportunidad, para “manejo de pies diabéticos sobre infectados que no mejoran a pesar de lavados quirúrgicos” y, finalmente, según quedó consignado en el protocolo de necropsia que obra a folio 213 del expediente, el 8 de mayo de 1997 falleció como consecuencia de un “CHOQUE SÉPTICO SECUNDARIO A PIE DIABÉTICO CON SOBRE INFECCION”²⁰.

De igual manera, destaca la Sala que obra en el expediente informe suscrito por un profesional especializado del Grupo de Patología Forense Regional Bogotá, remitido mediante oficio suscrito por la Fiscal 43 Seccional²¹, en el que, a partir de la historia clínica del hoy occiso se llegó a las siguientes conclusiones que la Sala se permite recoger a continuación²²:

1. Este paciente tenía alto riesgo de infección, siguiendo (sic) diabético y presentado las quemaduras de segundo grado que sufrió.

(...)

2. Considero que se le brindaron las medidas médicas y de enfermería iniciales necesarias para la atención, como fue la atención de un antibiótico y limpieza, sin embargo, se ha debido tener en cuenta el riesgo de infectarse y de exigencia de otro nivel de atención para este tipo de casos.
3. En resumen, las normas de atención al paciente se cumplieron parcialmente. La remisión ha debido de hacerse antes de que el paciente comenzara a presentar sintomatología sistémica, ya que el resumen de la historia clínica del Hospital San Juan de Dios, refiere que el paciente llega en “regular estado general, mucosa seca y polipneico”. (Subraya la Sala)

Bajo tal escenario probatorio, observa la Sala que el caso del señor Amaya Rojas requería un manejo especial por parte del personal médico de la entidad demandada, pues como se desprende del informe del Grupo de Patología Forense Regional de Bogotá que viene de verse, por tratarse de un paciente diabético “tenía un alto grado de riesgo de infección” como consecuencia de la quemadura sufrida.

En ese sentido y si bien es cierto que el 6 de marzo de 1997 el Hospital San Juan de Dios le dio de alta por “mejoría”, no lo es menos que de conformidad con la historia clínica se ordenó “control por consulta externa”, dada la gravedad de la diabetes, circunstancia que de manera innegable obligaba a la entidad demandada a supervisar y controlar con suma diligencia el estado de salud del occiso.

¹⁹ Folio 244, cuaderno de pruebas. Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, la palabra artejo significa: *nudillo (II de los dedos)* y la palabra nudillo significa: *Parte exterior de cualquiera de las juntas de los dedos, donde se unen los huesos de que se componen* http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=artejo.

²⁰ Folios 221 y 244, cuaderno de pruebas.

²¹ obrante a folio 178 del cuaderno de pruebas

²² Folios 248 y 249, cuaderno de pruebas.

Sobre ese aspecto, no obra prueba alguna en el expediente que permita inferir, al menos sumariamente que con posterioridad al 6 de marzo de 1997, fecha en que el señor Amaya Rojas salió del Hospital San Juan de Dios, se le realizaran los controles ordenados por el médico del Hospital, sin embargo, sí se encuentra demostrado que el 19 de abril de ese mismo año, debido al avanzado estado de la infección que se desencadenó como consecuencia de la quemadura de segundo grado que sufrió en su pie izquierdo, debió amputársele el “quinto artejo izquierdo”.

Ahora bien, pese al grave cuadro clínico que hasta ese momento había presentado el señor Amaya Rojas, el cual ameritó varias entradas al Hospital San Juan de Dios e incluso que se amputara una parte de su extremidad inferior izquierda, el 24 de abril de 1997 debió ingresar nuevamente al centro médico por presentar “pies diabéticos sobreinfectados”, circunstancia ésta que permite inferir razonablemente, porque no obra prueba en contrario, que la entidad demandada no realizó un control y seguimiento adecuado al delicado estado de salud del paciente y, además, que pese a tener conocimiento del desarrollo infortunado de la infección que se le desencadenó por cuenta de la quemadura que sufrió en sus pies, así como de la enfermedad que padecía (Diabetes) y que lo ponía en alto riesgo de infectarse, lo remitió tardíamente al centro hospitalario en donde se le podía brindar un tratamiento médico apropiado.

En efecto, según lo señalado en el mencionado informe del Grupo de Patología Forense Regional Bogotá, la remisión al Centro Hospitalario San Juan de Dios fue tardía, pues como se consignó en el citado documento, “La remisión ha debido de hacerse antes de que el paciente comenzara a presentar sintomatología sistémica²³”, cosa que no ocurrió al resultar demostrado que en su último ingreso el paciente presentaba “pies diabéticos sobreinfectados”. (Se destaca)

Así las cosas, resulta razonable para la Sala concluir que no obstante presentar un alto grado de infección y necesitar una atención inmediata, el recluso no la obtuvo, circunstancia que configuró para él la pérdida de obtener una atención oportuna frente a las complicaciones de salud que padecía y, en consecuencia, la pérdida también de la posibilidad de recuperarse satisfactoriamente.

Si bien la situación que se ha advertido no puede catalogarse como constitutiva de la causa eficiente del daño, toda vez que no existe certeza de que a través de la remisión oportuna al centro hospitalario se hubiese logrado salvar su vida, lo cierto es que no por ello debe exonerarse de responsabilidad patrimonial al INPEC, dado que su responsabilidad resulta comprometida con fundamento en la denominada “pérdida de oportunidad”, frente a la cual la Corporación en providencia de 27 de abril de 2011²⁴ precisó lo siguiente:

“En ese sentido, la probabilidad, la oportunidad, la chance, tendrían sustancia o entidad propia.

La oportunidad está constituida por el beneficio que no se sabe si se produciría, precisamente por la interferencia que se produjo en el curso de los acontecimientos determinada por la conducta que se endilga al demandado. El beneficio no sólo reviste el carácter de ganancia o la posibilidad de conseguir

²³ Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, la palabra *sistémico* significa: *Pertenciente o relativo a la totalidad de un sistema; general, por oposición a local* http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sistemico.

²⁴ Radicado número 760012331000199400776 01 (18714)

algo que, en veces, puede estar constituido por la atenuación o la prevención de un mal. "...La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación de un sujeto..."²⁵

De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro²⁶ es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad.

Lo anterior significa que el perjuicio cierto, indemnizable, consiste en la pérdida o frustración de la oportunidad de obtener el beneficio o evitar la mengua, el cual sin duda es distinto al perjuicio que se desprende del daño final padecido por el paciente. Como lo dice el profesor Francois Chabas "...cuando el paciente pierde, por ejemplo un chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte; es la eliminación del simple potencial de chances, la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca del perjuicio..."

Esa probabilidad que se frustró debe ser relativamente cierta, real. No se presenta la pérdida de oportunidad cuando existen probabilidades elevadas de que el beneficio no se obtendría, porque en esas condiciones ninguna oportunidad se habría perdido.

Todo lo expuesto ha generado reflexiones en torno a la responsabilidad que se genera por la falla en la prestación de servicios médico - asistenciales, porque generalmente²⁷ el paciente cuando consulta al médico, lleva una patología de base que lo afecta y su esperanza al concurrir al servicio es obtener una cura o mejoría de su enfermedad, de manera que cuando se produce una mala praxis que agrava su estado de salud, no podría analizarse el contexto de responsabilidad como si el paciente estuviera en excelentes condiciones, lo único que se produce en esos casos es una pérdida de oportunidad cuyo perjuicio sólo puede hacerse consistir en la frustración de la esperanza de curación - esperanza que debe ser relativamente cierta y real-, pero no podría afirmarse que la patología se agravó o desencadenó en el daño final por el hecho del médico, porque causalmente el resultado final es consecuencia de un proceso natural.

Afirma con acierto Tanzi Silva²⁸:

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

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Salvo en el caso de las cirugías estéticas, donde el paciente no tiene patología precedente que amenace su salud.

²⁸ La reparabilidad de la pérdida de chance p. 333.

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

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

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

5. Indemnización de perjuicios

5.1. Perjuicios morales

La Sección ha considerado procedente el reconocimiento de dicho concepto en casos en los cuales se indemniza por pérdida de la oportunidad, así se expuso en sentencia de 25 de agosto de 2011:

“En cuanto corresponde a esta clase de perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)”²⁹.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, se observa que la señora SILVIA INES MORALES ROJAS en condición de compañera permanente del hoy occiso y JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES en su condición de hijos, solicitaron que se acceda a la condena por concepto de perjuicios morales estimada en la demanda en su favor, en cuantía equivalente a 4.500 gramos de oro fino para cada uno de ellos.

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria³⁰ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor

²⁹ Citada en Sentencia de 25 de agosto de 2011, Expediente: 19718, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ En tratándose del perjuicio o daño moral por la muerte o las lesiones de un ser querido, la indemnización tiene un carácter satisfactorio, toda vez que *-por regla general-* no es posible realizar una restitución *in natura*, por lo que es procedente señalar una medida de satisfacción de reemplazo, consistente en una indemnización por equivalencia dineraria. Al respecto puede consultarse el criterio doctrinal expuesto por el Dr. RENATO SCOGNAMIGLIO, en su obra *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hiestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba³¹.

Igualmente se ha definido en diversos pronunciamientos que la condición personal de la que pende la demostración del daño es la de "damnificado", puesto que: "tanto el parentesco dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición y por consiguiente la legitimación"³². Se ha explicado igualmente que "en el proceso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso"³³.

Las diferencias existentes entre esas dos calidades, fueron precisadas por la Sección en sentencia proferida el 1º de noviembre de 1991; así:

"Ha dicho la jurisprudencia, en forma reiterada, que en estos procesos de responsabilidad la indemnización de perjuicios la piden o solicitan los damnificados de la persona fallecida o herida por causa de la falla del servicio, no en su carácter de herederos de ésta, sino por el perjuicio que les causó esa muerte o esas lesiones, con prescindencia del mismo vínculo parental que gobierna el régimen sucesoral. En otras palabras, la parte demanda porque fue damnificada y no porque es heredera.

Tan cierto es esto que con alguna frecuencia se niega en estos procesos indemnización al padre, al cónyuge, a los hijos o hermanos, pese a la demostración del parentesco, porque por otros medios se acredita que no sufrieron daño alguno. El caso, por ejemplo, del padre o madre que abandona a sus hijos desde chicos; o del hijo que abandona a sus padres estando estos enfermos o en condiciones de no subsistir por sus propios medios.

En otros términos, lo que se debe probar siempre es el hecho de ser damnificada la persona (porque el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral) y no su carácter de heredera.

El equívoco se creó cuando la jurisprudencia aceptó, para facilitar un tanto las cosas, que el interés de la persona damnificada resultaba demostrado con la prueba del vínculo de parentesco existente entre la víctima y el presunto damnificado.

Esta idea, de por sí bastante clara, creó el equívoco, hasta el punto de que se confundió el interés del damnificado con el del heredero.

Lo anterior hizo que los demandantes se contentaran simplemente con acompañar al proceso las pruebas del parentesco. Y esto, en la mayoría de los casos es suficiente porque la jurisprudencia, por

³¹ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, expediente: 14.950. En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: "la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad."

³² Sentencia de 26 de octubre de 1.993, expediente 7793.

³³ Sentencia de 1º de octubre de 1993; expediente 6657.

contera, terminó aceptando la presunción de hombre o judicial de que entre padres e hijos o cónyuges entre sí se presume el perjuicio por el sólo hecho del parentesco.

Pero fuera de que se han limitado a esas pruebas del estado civil, las han practicado mal o en forma incompleta, lo que ha impedido en muchos eventos reconocer el derecho pretendido porque no se acreditó bien el interés en la pretensión”³⁴

Posteriormente, en providencia proferida el día 17 de mayo de 2001³⁵, se explicó que la ley -artículo 86 del Código Contencioso Administrativo-, en materia de la acción de reparación directa, otorga el derecho de acción a la persona interesada -legitimación de hecho, por activa-, y no condiciona su ejercicio a la demostración, con la demanda, de la condición que se alega en ésta, precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio - legitimación material por activa-.

De esta manera se precisó que no se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del parentesco para deducir, judicialmente, que una persona se halle legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil -contenida en el registro o en la copia de éste-, su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco -relación jurídica civil- y, por tanto, no se puede inferir el dolor, debe demostrar la existencia de éste para probar su estado de damnificado y con ello su legitimación material en la causa - situación jurídica de hecho-.

Puede concluirse de lo que se deja visto que con la demostración del estado civil se infiere el daño -presunción de damnificado-, y probando el daño, se demuestra el estado de damnificado.

Así las cosas, en el presente asunto, se tiene que, como sustento de la legitimación en la aspiración indemnizatoria, obran dentro del expediente, original de los certificados de los Registros Civiles de Nacimiento de JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES³⁶, en los que se registra como sus padres a los señores JHON JAIRO AMAYA ROJAS y SILVIA INES MORALES, documentos que prueban debidamente el vínculo familiar entre los reclamantes y hoy occiso en calidad de hijos, parentesco que, unido a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron como consecuencia de la pérdida de oportunidad que le restó posibilidades al señor Amaya Rojas de recuperarse ³⁷.

³⁴ Expediente 6469; actor: Ferney Londoño Gaviria y otros, criterio que fue igualmente reiterado en sentencia de 24 de mayo de 2.001, Expediente 12.819, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

³⁵ Expediente 12956; actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

³⁶ Folios 6 y 7, cuaderno de pruebas.

³⁷ La Sección en Auto de 1° de abril de 2.009, Expediente 36.264, expresó: *“En relación con la condición de tercero damnificado, conforme a la jurisprudencia de la Sala, en los procesos de responsabilidad se indemniza a los damnificados con la muerte de una persona, no en su carácter de herederos sino por el perjuicio que les hubiera causado su muerte o porque el hecho afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien sea en su esfera patrimonial o moral (Ver, entre otras, sentencias del 1 de noviembre de 1991, exp: 6469 y del 18 de febrero de 1999, exp: 10.517). Y en los eventos en los cuales se demuestre que el demandante era el padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, ese perjuicio se infiere del vínculo paternal o marital (A título de ejemplo se relacionan las sentencias de 17 de julio de 1992, exp: 6750; de 16 de julio de 1998, exp: 10.916, de 27 de julio de 2000, exp: 12.788 y de 26 de abril de 2006, exp. 14.908); en cambio, cuando no se acreditan esas*

Ahora bien, en relación con la condición de compañera permanente de la señora SILVIA INES MORALES, se advierte, que en el presente asunto no sólo no existe prueba de la convivencia de ella y el señor Rojas Amaya, sino que, además, según el testimonio de la señora María Eunice Urrego Monsalve, se encuentra probado lo contrario, toda vez que al ser interrogada sobre la relación que sostenían la señor Silvia Inés y el hoy occiso señaló que ellos se habían separado y que, incluso, "ella convivía con un muchacho de por allá de una montaña y con ese muchacho tiene una niña"³⁸.

Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, en su calidad de hijos, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

5.2. Perjuicios por pérdida de la oportunidad

Toda vez que el perjuicio derivado por este concepto no deviene estrictamente de la muerte del señor Jhon Jairo Amaya Rojas, sino de la pérdida de la oportunidad causada, la Sala no se pronunciará sobre los perjuicios materiales solicitados en el libelo, en tanto estos tienen fundamento en la muerte acaecida y, en consecuencia, se ordenará al reconocimiento de un valor genérico por concepto de pérdida de la oportunidad para los demandantes JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, toda vez que se encuentra debidamente probada la calidad de hijos del fallecido.

Por consiguiente, por este concepto se reconocerá para JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES, en su calidad de hijos, la suma de 70 salarios mínimos mensuales vigentes para cada uno de ellos.

6. Condena en costas

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes del presente proceso, por cuanto no se evidencia que hayan actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Revocar La Sentencia Proferida El Día 9 De Abril De 2002 Por El Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B Y En Su Lugar Se Dispone.

SEGUNDO: DECLARAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, administrativamente responsable de la falla en la

calidades, el perjuicio moral o patrimonial debe acreditarse a través de cualquier medio de prueba."

³⁸ Folios 82 y 83, cuaderno de pruebas.

prestación del servicio de salud del señor JHON JAIRO AMAYA ROJAS, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- a pagar las siguientes sumas

Por concepto de Pérdida de la oportunidad:

Para JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES la suma de 70 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios morales.

Para, JOHNNY ALEXANDER AMAYA MORALES y NATALIA AMAYA MORALES la suma de 70 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes para cada uno de ellos.

CUARTO: SE NIEGAN LAS DEMAS PRETENSIONES

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.

SEPTIMO: Sin costas (Art. 55 de la ley 446 de 1998.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

