



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN
ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, Quince (15) de febrero de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 032

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-33-31-002- 2011- 00395- 01
Demandante	Eduar Otalora y Otros.
Demandado	Patrimonio Autónomo De Remanentes Del Instituto De Seguro Social En Liquidación
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 2º del Acuerdo No. PCSJA21-11817 del 16 de julio de 2021, prorrogado en el acuerdo No. PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuesto por el extremo activo, contra la sentencia No. 287 del 27 de noviembre del 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, dentro del proceso iniciado por Mercedes Tovar de Otálora, Goldis Otálora Tovar, María Yohana Otálora Tovar, Maribel Otálora Tovar, Cielo Otálora Tovar, Eduar Otálora Tovar, Margoth Otálora Tovar y Bertulfo Otálora Tovar contra el Instituto de Seguros Sociales- ISS., mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“FALLA

“PRIMERO: Declarar probadas las excepciones de “Inexistencia de incumplimiento de los deberes contractuales por parte del Instituto de los Seguros Sociales”, “Adecuada práctica médica- cumplimiento de la Lex Artis”, “Inexistencia de obligación de resultado, exigencia de obligación de medios en el acto médico desplegado por el ISS, a través de su cuerpo médico” y “Ausencia de condiciones que configuren el nexo de causalidad”, “Ausencia de responsabilidad”, propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas.

CUARTO: En firme esta decisión, devuélvase a la parte actora el remanente del depósito para gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere.

QUINTO: Ejecutoriada la presente decisión archívese el presente proceso, previos los registros de rigor.”

II.- ANTECEDENTES

- LA DEMANDA

La señora Mercedes Tovar de Otálora y demás; instauraron demanda de Reparación Directa contra el Instituto de Seguro Social- ISS, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones:

- PRETENSIONES

“se reconozca la existencia de un contrato de prestación de servicios médicos entre el señor BERTULFO OTÁLORA DIAZ y el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL- ISS.

Se declare probado y demostrado que el señor BERTULFO OTÁLORA DIAZ, fue tratado por el personal médico del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL- ISS, y que antes de la intervención quirúrgica realizada por el Dr. WILSON JAVIER JOVEL PLAZAS, el señor Bertulfo tenía visión en los dos ojos y que después de la misma, perdió la visión del ojo derecho el cual fue operado.

Se declare que en virtud del indebido tratamiento que recibió por parte del personal médico del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL- ISS, el señor Bertulfo, perdió totalmente la visión en el ojo derecho, como resultado de las intervenciones quirúrgicas realizadas por dicha entidad, obteniendo como ello un diagnóstico definitivo de GLAUCOMA EN OJO DERECHO, según valoración de médico tratante Dr. ALVARO ZHERRERA.

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otalora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Se declare responsable de los hechos en los cuales mi mandante, el señor BERTULFO OTÁLORA DÍAZ, pierde la funcionalidad del ojo derecho, al personal médico del INSTITUTO DEEL SEGURO SOCIAL- ISS, de conformidad a la falla del servicio en que incurrió dicha entidad.

Se condene a la Entidad demandada a cancelar a favor del señor BERTULFO OTÁLORA DÍAZ los perjuicios materiales y morales, por las siguientes sumas:

<i>Daños materiales</i>	<i>\$ 8.000.000</i>
<i>Daño emergente</i>	<i>\$ 8.000.000</i>

<i>Daños morales</i>	
<i>Bertulfo Otálora Diaz</i>	<i>\$ 80.400.000.00</i>
<i>Mercedes Tovar de Otálora</i>	<i>\$ 53.600.000.00</i>
<i>Goldis Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>María Yohana Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>Maribel Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>Cielo Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>Margoth Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>Eduar Otálora Tovar</i>	<i>\$ 40.200.000.00</i>
<i>Total</i>	<i>\$ 375.200.000.00</i>

Valor total de la cuantía: \$383.200.000.00

- HECHOS

La parte demandante sustenta sus pretensiones en los hechos que a continuación se sintetizan:

Manifiesta que el señor Bertulfo Otálora de 69 años de edad acudió al ISS por problema de visión de cataratas en su ojo derecho, donde le fue asignada una cirugía ambulatoria para el día 03 de mayo de 2007 a las 12 horas pasado meridiano en la clínica Federico Lleras Acosta del ISS. El procedimiento fue realizado por el medico Wilson Javier Jovel Plazas, quien refirió que se debía realizar dilatación pupilar del ojo derecho, extracción de catarata más implante de lente intraocular en el mismo ojo.

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otorala Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Señala que el señor Bertulfo veía normalmente por sus dos ojos, que a raíz de dicha cirugía sufrió pérdida permanente e inmediata de la visión del ojo derecho, dado que después del procedimiento el médico no le formuló ningún medicamento para contrarrestar las complicaciones posteriores.

Resalta que las complicaciones fueron incrementando después de la cirugía aun estando el señor Bertulfo en control médico. El 28 de agosto de 2007 siendo las 17:30 horas en la clínica de Ojos Santa Lucia (entidad en convenio con el ISS) el paciente fue sometido nuevamente a cirugía en su ojo derecho, donde al paciente y a sus acompañantes (María Yohana y Mercedes Tovar), se les hizo firmar un permiso para la intervención para que el procedimiento pudiera realizarse.

Refiere que el 20 de diciembre de 2007 a las 07:50 horas el paciente es intervenido nuevamente por el Dr. Andrés Reyes, debido a las complicaciones crecientes en su ojo derecho. El 8 de febrero de 2008 fue atendido por la Dr. Ivonne Leal en control por oftalmología, quien se da cuenta que el ojo derecho del señor Bertulfo presentaba coloración roja, visión borrosa y poco clara.

Afirma que el 7 de abril de 2008 es intervenido nuevamente por el Dr. Ricardo Infante, quien establece como diagnóstico definitivo "*secuelas de desprendimiento de retina en ojo derecho*".

Expresa que el 24 de julio de 2008 es intervenido quirúrgicamente por quinta vez en la misma clínica, esta vez por el Dr. Álvaro Herrera, quien en la epicrisis establece como diagnóstico definitivo "*glaucoma en ojo derecho*".

Se relata al libelo que en enero de 2009, el señor Bertulfo acudió al médico Andrés Liévano Bahamón, para que le tratara de solucionar su problema de visión, dicho galeno le indicó que no lo operaba otra vez porque ya no había más nada que hacer; diagnóstico que también fue emitido por el Dr. Pérez en consulta médica.

Pese a los cinco procedimientos quirúrgicos practicados al actor nunca tuvo mejoría, por el contrario cada vez se acrecentaba su baja visión al punto de llegar a

SIGCMA

una ceguera permanente lo que le está dando mayores complicaciones en su salud así como en su vida personal y familiar.

Finalmente en visita médica el 15 de julio de 2009, el Dr. Eustorgio le expresó al paciente que tenía infectado el ojo derecho, y que no le garantizaba el arreglo o la recuperación de la vista.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Respecto de los fundamentos de derecho, el apoderado de la parte demandante señala los siguientes:

- Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 132 No. 6. del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 134, 134D No. 2 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 136 N0. 8, 206 del Código Contencioso Administrativo.

Y demás concordantes

- CONTESTACIÓN

El apoderado de la parte demandada recorrió el traslado de la demanda; en ella se pronunció frente a los hechos afirmando que unos son ciertos y otros parcialmente ciertos y que deben ser probados.

No aceptó los hechos referidos a que el diagnóstico de "*glaucoma ojo derecho*" y la eventual pérdida de la visión por ese ojo hayan tenido como causa tales procedimientos quirúrgicos; por el contrario, afirma, son demostrativos de que la entidad accionada en cumplimiento de su deber legal, garantizó cinco procedimientos a través de diferentes especialistas sin que el actor encontrara

SIGCMA

mejoría, por cuanto se trataba de una enfermedad irreversible, mas no de un daño a la salud que haya sido causado por la Institución de Salud.

Frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas por ser infundadas, contrarias a derecho y no encontrara respaldo probatorio, por lo que solicita que se denieguen y se condene en costas a la parte actora.

- SENTENCIA RECURRIDA

En sentencia de fecha 27 de noviembre de 2019, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Neiva- Huila- decidió negar las pretensiones de la demanda basándose en la ausencia de responsabilidad, pues el *A-quo* consideró que se demostró el daño sufrido por el señor Bertulfo Otálora, pero no se acreditó que dicho daño haya sido consecuencia o derivado de una falla en el servicio médico, por esta razón resolvió en el entendido que no es atribuible a la administración dicho daño y negó las pretensiones de la demanda.

Además, la instancia resalta que no se encuentra probado que se haya efectuado una mala práctica del procedimiento quirúrgico en el ojo derecho al paciente Bertulfo Otálora Díaz, así mismo el juez no observó referencia probatoria alguna dejada por los médicos o sus asistentes sobre complicaciones previas, durante o posteriores a las cirugías, tal como reposa en la historia clínica, así mismo determinó que las cirugías se llevaron a cabo con los protocolos del caso y con estrictas medidas de asepsia y toma constante de signos vitales del paciente.

- RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante sustentó su recurso de apelación en los siguientes términos.

Expuso que contrario a lo que manifestó la instancia se encuentra acreditado el daño o la afectación de un bien que es jurídicamente protegido por la constitución

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otolora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

como lo es la salud y que la víctima (el señor Bertulfo), no estaba obligado a soportar el daño, dado que el motivo principal por el que asistió a la entidad demandada fue para obtener un mejoramiento en la calidad de su salud visual; lo cual no ocurrió con su ojo derecho.

En su alzada manifiesta que, es atribuible la falla en el servicio a la Clínica Santa Lucia por el procedimiento que fue realizado por el Doctor Wilson Jovel; ya que se ocasiono un daño en la salud el cual consiste en la perdida de la visión y glaucoma en el ojo derecho del señor Bertulfo.

Consideró que, las instituciones de salud deben cumplir de forma segura y cautelosa y nunca deben entender su responsabilidad como meramente de medio; la deberían entender como una obligación de resultado con el fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios.

Afirma que: "Más allá de la obligación de cuidado que deben tener las instituciones hacia los usuarios, más allá de la obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el principio fundamental de la garantía, el cual propende a que las instituciones ofrezcan a sus usuarios una vez demostrado el daño sufrido, los resarcimientos económicos como contraprestación, de acuerdo con la norma sustantiva civil".

El apelante no comparte la tesis del *A-quo* en que el daño aún no se encuentra acreditado, ya que no se demostró que la pérdida de la visión del señor Bertulfo fuera el resultado de la imprudencia e impericia del médico tratante.

Reitera el impugnante que el Doctor Wilson, cometió un error al momento en que se encontraba realizando los procedimientos quirúrgicos de dilatación pupilar del ojo derecho, extracción de la catarata más el implante de lente intraocular del mismo ojo; pero el despacho judicial no puede acreditar que esto sea cierto ya que no se encuentra probado que los procedimientos hayan sido realizados de manera deficiente o que en medio de la cirugía se hayan presentado complicaciones.

- ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE

En esta oportunidad procesal expuso, que hay suficiente material probatorio que permite acreditar la responsabilidad endilgada a la demandada, entre ellas, el dictamen rendido por el perito médico Eustorgio Gutiérrez, documento del cual se evidencian las múltiples intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el actor y la afectación de su salud visual por desprendimiento de retina de su ojo derecho, generando con ellos no solamente problemas de salud visual, si no también baja autoestima, relaciones familiares, sociales y otras actividades que dependen de una buena funcionalidad visual, y puntualiza que le corresponde a la entidad demandada demostrar que actuó con diligencia, cuidado y que los procedimientos, protocolos y procesos fueron los óptimos y eficaces.

Por otra parte, reiteró las pretensiones de la demanda, y finalmente, en cuanto al nexo de causalidad, expuso que claramente se puede establecer, que en el presente caso, las lesiones visuales sufridas por el señor Bertulfo Otálora Díaz fueron consecuencia de la negligencia médica e inapropiado diagnóstico y tratamiento quirúrgico y pos operatorio, lo que le generó el perjuicio a la salud del paciente, concretado en el desprendimiento de retina de su ojo derecho, por las múltiples intervenciones que posteriormente le generó progresivo detrimento a su salud visual.

PARTE DEMANDADA

NACION MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL

El ministerio de Salud y Protección Social como sucesor procesal del ISS; sustenta que como lo que se discute es una supuesta falla médica, no le corresponde al

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otalora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Ministerio responder por los eventuales perjuicios causados, toda vez que, dentro de sus funciones no está la de prestar servicios de salud, pues contrario a ellos, sus obligaciones son básicamente la de formulación de las políticas públicas del sector de salud.

Manifestó que el despacho mediante auto del 15 de septiembre de 2017 dispuso tener como sucesor procesal del instituto de Seguros Sociales a la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto aquel fue liquidado y el ISS constituyó un Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR ISS) siendo administrado por FIDUAGRARIA y actualmente se encuentra vigente, en el decreto 254 de 2000; en los artículos 32 y 35 normas que regulan la supresión y liquidación de las entidades públicas, le corresponde al Patrimonio Autónomo de Remanentes de manera principal responder por las obligaciones del extinto ISS, y en caso de agotamiento de los recursos dicho PAR, pasaran a cargo de la Nación.

Las normas que regularon la extinción del ISS no quedo claro quién iba ser responsable por el cumplimiento de las sentencias condenatorias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales del ISS, de lo cual el gobierno Nacional emitió el Decreto 541 del 6 de abril de 2016, donde se estipula que el pago de la sentencias condenatorias se honrarán con los activos transferidos por el liquidador al momento de suscribir el “Contrato de Fiducia Mercantil No. 015” por el cual se constituyó el PAR ISS, y cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A., o en su defecto por la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social.

Enrostró que el acto médico constituye obligaciones de medio y no de resultado, por lo que el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo correcto, sin importar si se logra o no el resultado esperado, de tal manera que solo hay lugar a declarar la responsabilidad cuando se demuestran acciones u omisiones concretas causantes del daño, algo que no ocurrió.

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante: Eduardo Otalora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION- “PAR ISS”

“El patrimonio autónomo de remanentes del ISS (PAR ISS) compareció al proceso, con argumentos que el despacho se abstuvo de analizar por cuanto no es parte dentro del proceso, ni siquiera a título de sucesor procesal, pues tal calidad se predica frente a la NACION- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, según lo dispuesto en auto del 15 de septiembre de 2017, decisión que se ordenó notificar al Ministerio de Salud Y protección Social a través del gobernador del Huila, en los términos del Art. 150 del CCA, pero que por error de dicha autoridad fue notificado al Par, sin que ello sea vinculante para el Despacho”.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardo silencio.

- ACTUACIÓN PROCESAL

El día 27 de noviembre de 2019, Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, resolvió fallo declarando probadas las excepciones de mérito planteadas por la parte accionada.

Mediante Auto No. A.S.- 026 de fecha 14 de enero de 2020 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, concedió el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora.

En Oficio No. J8AN-0067 de fecha 24 de enero de 2020, en cumplimiento a lo ordenado en el auto del 14 de enero; el proceso de la referencia fue sometido a reparto entre los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo del Huila.

El día 27 de enero de 2020, se generó acta de reparto, correspondiéndole al Honorable Magistrado Ramiro Aponte Pino.

El día 11 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo del Huila admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

El día 11 de marzo de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, corrió traslado por el termino de diez días a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, y del mismo modo concedió el termino de diez días al Ministerio Publico para que se pronunciara.

En informe secretarial fechado 27 de agosto de los corrientes, el Tribunal Contenciosa Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, informó sobre el expediente en físico procedente del Tribunal Contenciosos Administrativo del Huila, en el desarrollo de la medida de descongestión establecida en el Acuerdo PCSJA21.11814 del 16 de julio de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente, en auto No. 142 de fecha 20 de agosto de 2021, el Honorable Magistrado Jesús Guillermo Guerrero González, avoco conocimiento del proceso

III.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otorala Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, prorrogado en el acuerdo No. PCSJA21-11889 del 30 de noviembre de 2021, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

En este orden, corresponde a la Sala, decidir el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo, contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y el material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, de modo que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño se encuentra legitimado en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material 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.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado, mientras que la legitimación material únicamente puede verificarse como

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otolora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

Legitimación en la causa de los demandantes

El señor Bertulfo Otálora Diaz, Mercedes Tovar de Otálora (esposa), Goldis Otálora Tovar (hija), María Yohana Otálora Tovar (hija), Maribel Otálora Tovar (hija), Cielo Otálora Tovar (hija), Eduard Otálora Tovar (hijo) y Margoth Otálora Tovar (hijo) actuando en nombre propio y en calidad de herederos, a través de apoderado judicial, comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa.

Legitimación en la causa de la demandada

Los demandantes formularon las imputaciones contra el Instituto de Seguros Sociales ISS, de modo que se encuentra legitimado de hecho en la causa por pasiva, pues a dicha entidad se le imputa el daño que los acotes alegan haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que esta, por determinar el sentido del fallo *-denegatorio o condenatorio-*, no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de la demandada en la causación del daño que se alega.

- PROBLEMA JURÍDICO

El principal problema jurídico que plantea esta Sala consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo,

SIGCMA

si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demandada

- TESIS

El Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, denegatoria de las pretensiones de la demanda pues, a pesar de haberse acreditado el daño - pérdida de la visión sufrida por el accionante - esta no se reputa antijurídico, y en tal orden, no es imputable fáctica y jurídicamente al Instituto de los Seguros Sociales.

La Sala considera que las situaciones descritas por el demandante como configurantes del daño antijurídico obedecen al estado de pre-sanidad del paciente y a los riesgos propios de las cirugías practicadas, más no a que las intervenciones quirúrgicas de que fue objeto fuesen irregulares; tampoco a la idoneidad o impericia de los galenos encargadas de estas.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la Constitución Política de 1991, se fundamenta en el artículo 90, el cual establece que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

De donde se desprende que el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, siendo la fuente del daño la actividad de la administración o la omisión en el ejercicio de sus funciones; norma que a su vez, es el fundamento del artículo 86 del C.C.A., que consagra la acción de reparación directa, instituida para que toda persona demande directamente la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

SIGCMA

Sobre el primero de los elementos – el daño antijurídico – es menester precisar que no existe una disposición normativa que consagre una definición, no obstante, lo anterior, puede afirmarse que este se refiere a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho.”¹

Al respecto, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en recientes pronunciamientos ha considerado que:

“El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo deprecia, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

“La antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. “Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.”²

“En ese orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óptico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11945, C.P. María Elena Giraldo Gómez

² Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82

SIGCMA

jurídico; se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.

“De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.”³

Del mismo modo, la Alta Corporación en cita ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud⁴, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este.⁵

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.⁶

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 21.466

⁴ Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto– válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras

⁶ 11 Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los

SIGCMA

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional¹², la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

En cuanto a la caracterización del derecho a la salud como fundamental del ser humano, la Corte constitucional ha dicho:

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’⁷. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.⁸”

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia⁹, los estados signatarios reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

La Sala interpreta ese derecho social no sólo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; debe traducirse, por tanto, en que a quien, en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad

cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T- 845 de 2006

⁸ En la sentencia T- 736 de 2004, la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” Puede verse sentencia T- 438 de 2004. 15 Ley 74 de 1968

⁹ Ley 74 de 1968

SIGCMA

que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe concebirse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba de la relevancia de la falla en la causación del daño o del nexo causal entre este y aquella como correspondería a un juicio casualista de imputación, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios¹⁰. En palabras “La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo (subrayado no original).

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

SIGCMA

comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea. as del H. Consejo de Estado¹¹

“La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea...(…).

¹¹ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

- CASO CONCRETO

El señor Bertulfo Otalora Diaz, a través de la presente demanda de reparación directa busca que le sean resarcidos los perjuicios materiales y morales que le fueron irrogados a raíz de la presunta falla médica en que incurrieron los demandados al momento de realizarle las intervenciones quirúrgicas en su ojo derecho, las que, en su criterio conllevaron a la pérdida de su visión.

Las anteriores súplicas no fueron acogidas por el fallador primario al considerar que no se probó que el daño padecido por el accionante fuese producto de la mala praxis del Dr. Jovel Plazas en cuanto a la cirugía practicada en fecha 03/05/2007.

Inconforme con lo decidido, el apoderado judicial del accionante apeló la sentencia argumentando que las instituciones de salud deben cumplir de forma segura y cautelosa y nunca deben entender su responsabilidad como meramente de medio; la deberían entender como una obligación de resultado con el fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios.

Teniendo en cuenta la tesis y el problema jurídico planteado se hace ineludible revisar las pruebas relevantes en el proceso de la referencia.

- PRUEBAS Y HECHOS RELEVANTES.

Al proceso fueron allegados los siguientes documentos:

- Poder especial para actuar
- Fotocopia de la cedula del señor BERTULFO OTÁLORA DÍAZ
- Fotocopia del carné del Instituto del Seguro Social- ISS
- Copia simple de la historia Clínica de la Clínica de Ojos Santa Lucia.
- Copia simple de la historia Clínica de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, Clínica Federico Lleras Acosta.

SIGCMA

- Copia simple de la historia Clínica de la Clínica de Ojos Santa Lucia.
- La historia Clínica que reposa en las instalaciones del ISS.
- Registro Civil de Matrimonio de Bertulfo Otálora y Mercedes Tovar.
- Registro Civil de Nacimiento de Maribel Otálora Tovar, Cielo Otálora Tovar, Eduard Otálora Tovar, Goldis Otálora Tovar, Margoth Otálora Tovar y María Yohana Otálora Tovar.
- Escritura Publica No. 1.663 del veintiocho (28) de Julio de dos mil ocho (2008) de la Notaria Primera del Círculo de Neiva.
- Escritura Publica No. 149 del primero (01) de febrero de dos mil once (2011), de la Notaría primera del Círculo de Neiva.
- Constancia de no conciliación expedida el diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011), por la PROCURADURIA 34 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.

Según Historia Clínica¹² el 24 de marzo de 2005, el señor Bertulfo Otolora Diaz fue valorado por motivo de consulta pérdida de visión y su enfermedad actual, paciente con retina perdida. (..)

Esta establecido según valoración oftalmológica en el acápite de anamnesis **“marcada disminución de la agudeza visual. Con luz solar incrementa.** Al examen físico se registra como hallazgos: **ojos catarata en ambos ojos”** y como diagnostico se consigna: **“Cataratas”** por lo que se prescribe tratamiento quirúrgico.

Igualmente se probó que el 09 de marzo de 2007 el paciente es valorado por oftalmología¹³, señalando en la historia clínica **“no ve ni con gafas, tiene visión de bulto”.** **De igual forma se emite diagnostico presuntivo de cataratas.**

Así mismo en el proceso se encontró que el día 03 de mayo de 2007, a las 12 horas, el paciente ingresa al servicio de cirugía de la E.S.E Policarpa Salavarrieta, en

¹² Folio 168 del cuaderno principal No. 01.

¹³ Folio 176 y 177 del cuaderno Principal No.1

SIGCMA

condiciones perfectas de salud y por sus propios medios, se realiza todo el procedimiento previo a la realización de la cirugía para la cual fue programado. Se extiende informe quirúrgico suscrito por el Dr. Wilson Javier Jovel R. quien consigna como diagnóstico preoperatorio “cataratas OD” y como diagnóstico postoperatorio “IDEM”, sin que se registre complicación en el procedimiento quirúrgico¹⁴. La cirugía se practica posterior a la firma del consentimiento informado tal como reposa al plenario¹⁵.

Se encuentra determinado que el día 28 de agosto de 2007, cuatro meses después de la cirugía de cataratas el señor Bertulfo Otálora es valorado por oftalmología Dra. Ivonne E. Leal B. de la clínica de ojos Santa Lucia, en la historia clínica¹⁶ quedando consignado en la historia clínica que el paciente refiere no ver por el ojo derecho desde hace 04 meses que fue operado de cataratas asociado a leves picadas y dificultad para abrir el ojo.

También se encuentra acreditado que se valoró al paciente y se emitió como diagnóstico desprendimiento de retina subtotal en ojo derecho (OD) con compromiso macular, afaquia (OD), Catarata OI, disponiendo como tratamiento para el ojo derecho indentación escleral con implantación, taponamiento interno con gas y fotocoagulación laser, vitrectomía vía post con inserción de silicón o gases. Tratamiento que fue adelantada el 28 de agosto de 2007 sin ningún tipo de complicación quirúrgica anotada¹⁷. Previo a la cirugía se firma consentimiento informado y se le explica al paciente sobre la naturaleza de la cirugía, propósitos ventajas, riesgos, molestias que pueden producirse, así como las posibles alternativas al tratamiento propuesto.

Quedó probado que el paciente posterior a la cirugía fue valorado en varias ocasiones por controles oftalmológicos programados, en los cuales se encontró

¹⁴ Folio 180 y 181 cuaderno principal del cuaderno No. 1

¹⁵ Folio 175 del cuaderno principal

¹⁶ Folio 40, 41 y 109 cuaderno principal No 1 y 2

¹⁷ Folio 21 y 108 cuaderno principal.

SIGCMA

congestión conjuntival moderada, leve edema corneal difuso, iridectomía permeable entre otros aspectos médicos posquirugía¹⁸.

El día 13 de noviembre de 2007 tiene lugar a nueva consulta de control por oftalmológica en la que el paciente refiere que le está aclarando la visión muy poco...(.)¹⁹

El 26 de agosto de 2008. Se efectúa consulta, no se señala especialidad. Paciente refiere no llevar los medicamentos, pero indica los que consume, y refiere que no aclara visión del ojo derecho. Se toma su AV SC en OD: 20/400 (ojo izquierdo no reporta). Se observa leve congestión conjuntival, cornea clara, ampolla plana, iridectomías permeables, discoria midriasis media, poco reactiva, LIO en PC. Como diagnóstico se señala Pseudofaquia OD -POP vitrectomía + silicón y posterior retiro de silicón + endolaser OD -POP 1 mes + 2 días trabeculectomía + iridectomía periférica OD. Y como plan de manejo, se indica que este sigue igual y se fija control para día siguiente.

Esta acreditado en registro médico que el 27 de agosto de 2008. Se llevo a cabo consulta de control por oftalmología al paciente, a quien se le observa sutura de conjuntiva, cornea bien, cámara anterior bien 2 iridectomías. Amplia área de atrofia del [ilegible] superior ampolla plana. Como diagnóstico se indica glaucoma secundario en ojo derecho, y se define plan de manejo. Finalmente se indica por el medico "Muy probablemente la fistula se cerró, por el uso continuo de droga antiglaucomatosa."

Como hecho probado se tiene que el 11 de septiembre de 2008. Se realiza control por oftalmología al paciente; se toma su AV SC en OD: 20/ 200 y OI 20/100+1; **se reitera diagnostico de glaucoma secundario en ojo derecho.** Se indica como plan: "se retira punto de conjuntiva- Se suspende cozot. Continuar Timizol.

¹⁸ Folio 55 al 94 cuaderno principal.

¹⁹ Folio 55-56, 94 al 116 cuaderno principal.

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante. Eduardo Otalora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGMA

Se observa que mediante concepto médico del 16 de febrero de 2019, rendido por el oftalmólogo Eustorgio Gutiérrez de la clínica de Ojos Santa Lucia Ltda., se expone por el profesional “ se expide copia autentica de la historia clínica completa, según la cual no es posible determinar el grado de visión previa a la cirugía de catarata del ojo derecho, puesto que el paciente consulto a esta institución para examen oftalmológico 4 meses después de la cirugía; antes había sido asistido solo para la realización de Biometrías, solicitadas por otros especialistas, estos exámenes consisten en toma unas dimensiones del ojo para determinar la medida del lente para poner durante la cirugía de Catarata, no fue remitido para determinar el grado de visión. No es posible determinar grado de visión, en noviembre de 2011 porque la ultima consulta del señor Bertulfo Otalora Díaz, tuvo lugar en octubre del 2008. Según la historia clínica, no se puede determinar si la eventual pérdida de visión del ojo derecho tiene relación o no con la intervención a la que fue sometido, puesto que no tenemos evaluaciones oftalmológicas antes de la intervención de catarata a que fue sometido por el Doctor Wilson Jovel, por lo tanto, no tenemos forma de comparar la visión de antes y después de la cirugía de catarata.”

De igual forma el concepto viene acompañado del formato Evolución de fecha 15 de febrero de 2019, relativa a la consulta por oftalmología a la que es sometido el paciente para la elaboración del mismo, en donde el paciente 80 años, **refiere no ver nada por el ojo derecho, posterior a cirugía de catarata hace 8 años.** Se deja constancia en notas de Evolución que al paciente se le han realizado 4 cirugías en el ojo derecho; en cuanto a su AVD: no percibe luz y VPD= no percibe luz; se observa en ojo derecho: “Edema de córnea, leucoma supero temporal, cámara anterior formada amplia, iridotomía inferior.”. en ojo izquierdo se observa “Cornea transparente, pupila redonda, lente en cámara posterior; capsula posterior bien. En cuanto al ítem “Fondo”, se refiere del ojo derecho “Cavidad vítrea clara, disco óptico pálido creciente esclerar peripapilar, retina adherida totalmente”, y en cuanto al ojo izquierdo se indica “Vitreo claro creciente escleral peripapilar adelgazamiento retinocoroideo en polo posterior, retina periférica adherida bien.”. Finalmente, se

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01

Demandante: Eduardo Otalora Y otros

Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.

Acción: Reparación Directa

SIGCMA

indica por el galeno el diagnostico 1 en ojo derecho es de "Pseudofaquia", como diagnostico 2 "POP vitrectomía + silicón y posterior retiro de silicón + endolaser OD"; junto con dichos documentos se aporta historia clínica del paciente de la clínica de Ojos Santa Lucia, comprendida entre el 30 de marzo de 2007 y el 11 de septiembre de 2008.

También se encuentra plenamente acreditado que todas las cirugías programadas y realizadas al señor Bertulfo Otálora fueron previamente autorizadas y consentidas, pues así lo demuestran los consentimientos informados que reposan en el expediente y los cuales constituyen plena prueba.

Precisado lo anterior y evaluado el material probatorio, es imperioso la verificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual, esto es, i) El daño antijurídico y ii) La imputación plena -fáctica y jurídica.

EL DAÑO

Como se dijo, el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra acreditada la lesión o menoscabo del derecho a la salud e integridad física sufrida por el señor Bertulfo Otalora, concretamente la pérdida de la visión del ojo derecho, a través de la historia clínica-oftalmológica que reposa en el expediente y el dictamen rendido por el especialista oftalmológico Eustorgio Gutiérrez, sin embargo, dicho daño no se reputa antijurídico según se explica a continuación:

En el presente caso logró comprobarse, a través de la historia clínica del demandante, que desde el año 2005 este venía realizando reiteradas consultas médicas por presentar problema en su visión y, desde entonces, le fue diagnosticada una catarata en el ojo derecho, donde desde ahí se puede evidenciar

SIGCMA

que la parte demandada tenía una visión deficiente, tal como él lo describe en consultas médicas y plasmado en la historia clínica, donde manifestaba que ni con gafas veía y desde ese momento fue diagnosticado con cataratas en los ojos, por lo cual le inician tratamiento indicado para dicha patología.

Según la literatura médica, este diagnóstico consiste en una oscuridad congénita o degenerativa del cristalino. El síntoma principal es una pérdida de visión progresiva e indolora. El tratamiento es la extracción quirúrgica y el implante de una lente intraocular., especialmente de la retina²⁰, procedimiento que fue autorizado para que se realizara al hoy demandante.

Pues bien, en criterio de la Sala las precisiones conceptuales se acompañan no solo con las conclusiones consignadas en la historia clínica del demandante, sino también con el dictamen rendida por el especialista Oftalmológico Eustorgio Gutiérrez, quien consignó en resumen la evolución y situación de la enfermedad padecida por el demandante además deja claro que, no se podía determinar que la pérdida total de la visión del suplicante tuvo relación o no con la intervención a la que fue sometido, por el contrario, la Sala estudiado todos los documentos y la gravedad de la patología que aquejaba su visión, que tuvo severas manifestaciones entre ellas, el desprendimiento de retina, glaucoma todas estas descritas reiteradamente en los diagnósticos dados al demandante por los distintos galenos que lo trataron, con llevan a la certeza que la cirugía no fue la determinante en la detrimento de visión.

Dado lo anterior, la Sala coincide con las conclusiones del A quo, quien consideró que las condiciones en que quedó el demandante luego de la práctica del procedimiento quirúrgico no fue el resultado de una mala praxis médica, sino de una secuela inherente a la enfermedad que ya estaba, pues como pudo verse, al

²⁰ <https://www.nei.nih.gov/learn-about-eye-health/en-espanol/las-cataratas>

SIGCMA

momento de la operación que es considerada por el demandante como la causa eficiente del daño, ya contaba, en efecto, con una ceguera legal.²¹

Así las cosas, en el caso de concreto el menoscabo a la salud de no se estima antijurídico, por cuanto se deriva de la patología preexistente del demandante y de los riesgos propios de las cirugías practicadas, sin que haya quedado acreditada la impericia o negligencia del personal médico, por el contrario, del historial clínico se concluye que el paciente fue atendido por personal especializado y no se le negó ningún tipo de atención o remisión a especialidades requeridas para el mejoramiento de su patología.

Por lo anterior la Sala considera necesario y oportuno recordar que las obligaciones derivadas de la actividad médica son de medio y no de resultado, razón por la que el deber que tienen los profesionales de la salud se circunscribe a “desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer en lo posible, el interés primario de su [paciente] que dista de un resultado particular (...)”²², tal como se evidencia en el caso de autos, donde está probado que la entidad demandada y el personal médico, pusieron a disposición del paciente todos los medios humanos y científicos para garantizarle su derecho a la salud, por lo que no le asiste razón a la parte apelante al afirmar que la actividad médica está obligada a garantizar resultados.

También queda desvirtuado el argumento del apelante tendiente a aseverar que el padecimiento de glaucoma fue producto de la mala práctica médica ejercida por los galenos al momento de la cirugía, pues a la parte actora le fueron puestas de presente los riesgos inherentes a este tipo de procedimientos, entre estos riesgos esta dicha enfermedad y al momento de la intervención quirúrgica realizada el 28

²¹ Tener “**ceguera legal**” significa ser esencialmente ciego a los ojos de la ley si las gafas o las lentes de contacto no puede corregir su visión más allá de los estándares específicos. Son muchas las personas, que pese a ser consideradas legalmente ciegas, pueden distinguir formas y sombras, aunque no pueden apreciar los detalles normales en su visión. <https://asociaciondoce.com/que-es-la-cegueralegal/#:~:text=La%20ceguera%20legal%20es%20la,tiene%20una%20ceguera%20%E2%80%9Clegal%E2%80%9D.>

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Exp. 33.817

SIGCMA

de agosto de 2007, le hicieron saber las posibles consecuencias derivadas de dicha cirugía, pues obra dentro del plenario documento suscrito por el demandante contentivo del consentimiento informado, en el cual manifestó que le fueron indicados los riesgos inherentes al procedimiento de que fue objeto²³.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala, bajo el panorama probatorio antes descrito, el daño padecido por el demandante, consistente en la pérdida total de la agudeza visual del ojo derecho, no puede considerarse antijurídico ni imputarse a la demandada, pues esta no tuvo incidencia en el desenlace final de la enfermedad. En consecuencia, se dispondrá la confirmación de la sentencia de primera instancia al considerar esta Judicatura que le asiste razón al A-quo en lo manifestado en sentencia de fecha 27 de noviembre de 2019.

- COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMESE la sentencia No. 287 del 27 de noviembre del 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva por las razones expuestas en precedencia.

²³ Los riesgos de la cirugía de cataratas comprenden los siguientes: Inflamación, Infección, Sangrado, inchazón. Caída del párpado. Dislocación de la lente artificial. **Desprendimiento de retina. Glaucoma.**

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01
Demandante: Eduardo Otorala Y otros
Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá al Tribunal de origen para proceder al archivo del expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOMBRE DEL MAGISTRADO

NOMBRE DEL MAGISTRADO

NOMBRE DEL MAGISTRADO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-33-31-002-2011-00395-01)

Firmado Por:

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Expediente: 41-001-33-31-002-2011-00395-01
Demandante: Eduardo Otorala Y otros
Demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes Del Instituto de Seguro Social En Liquidación.
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
21b5c0e4e0b9608d3df34b0d6dc57eee89c11e5c52ae99e5b2e79f18f373cc4a

Documento generado en 21/02/2022 10:33:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>