

República de Colombia



*Tribunal Administrativo del Quindío
Sala Tercera de Decisión –*

Armenia, Quindío, ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acción: Reparación Directa
Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
Magistrado Ponente: Alejandro Londoño Jaramillo

2018-005-040

CONSIDERACIONES INICIALES

ASUNTO
Rama Judicial

Esta Sala de Decisión procede a resolver en esta instancia, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el asunto de la referencia, contra la sentencia del 9 de febrero de 2017 proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia.

LA DEMANDA¹

Reinaldo Elías Espinosa Montoya, Luz Mery Ángel Vásquez, Oscar Alonso Espinosa Ángel quien obran en nombre propio y en representación de sus menores hijos Yohan Esteban y William Andrés Espinosa Calvo, Reinel Espinosa Ángel, así como Duverney Espinosa Rodríguez y German Espinosa Ángel quien obra a nombre propio y en representación de su menor hijo Wilmer Arlex Espinosa Arellano; German Daniel Espinosa Arellano, Yolanda Espinosa Ramírez y Yobany Alberto Agudelo Espinosa, en ejercicio de la acción de reparación directa demandaron al Instituto Seccional de Salud del Quindío² y la Asociación Mutual La Esperanza Asmet Salud ESS- Asmet Salud EPS.³

Las pretensiones:

Como pretensiones invoca en resumen las siguientes:

Que se declare administrativamente responsable al ente demandado, en razón al servicio médico asistencial, que trajo como resultado una supuesta lesión causada al señor Reinaldo o Reinaldo Elías Espinosa Montoya, y por ende los perjuicios materiales ocasionados a su familia en la modalidad de lucro cesante, daño

¹ Fls. 1-11 C. Ppal

² Por auto del 11 de diciembre de 2013, se tuvo como sucesor procesal al Departamento del Quindío (fl. 432 C. ppal3)

³ En adelante ASMET SALUD

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

emergente, perjuicios morales, como alteraciones graves de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación y los demás que se prueben.

• **Daño emergente en la modalidad de presente o consolidado o futuro:** 50 smlmv, por los gastos que tuvo que incurrir en médicos especialistas, medicamentos, tratamientos, especializados y afectación a su vida de relación, equilibrio emocional y psíquico.

• **Lucro cesante:** Por la pérdida de capacidad laboral del señor Reinaldo o Reinaldo Elías Espinosa Montoya, una indemnización de \$12.822.264, calculando su pérdida de capacidad laboral en un 15%.

• **Perjuicios Morales:** para el señor Reinaldo o Reinaldo Elías Espinosa Montoya, en su calidad de víctima, 80 smlmv; Luz Mery Ángel Vásquez, en su calidad de compañera permanente 50 smlmv; para los demás en su calidad de hijos y nietos el equivalente a 20 smlmv.

• **Perjuicios a las alteraciones graves de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación:** se pagaran al señor Reinaldo o Reinaldo Elías Espinosa Montoya, el equivalente a 30 smlmv.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 del C.C.A.

Que a la respectiva liquidación se le apliquen los ajustes al valor (indexación) de que trata el artículo 178 del C.C.A, desde la fecha en que se hizo exigible la sentencia hasta cuando se haga la cancelación definitiva, es decir, hasta cuando se verifique el pago real y efectivo

Resumen de los hechos relevantes:

La parte demandante indica como hechos relevantes los siguientes:

Refiere el actor que con ocasión del retardo en el tratamiento y en las ordenes de servicio de salud por parte del Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S por una Cefalea Frontoparietal Derecha, con diagnóstico de Migraña y Glaucoma Neovascular, se han producido graves consecuencias en sus ojos, en especial en el ojo derecho con compromiso del ojo izquierdo, con graves e insoportables dolores que le han impedido llevar una vida normal.

Indica que Asmet Salud EPS-S, entidad a la cual se encuentra afiliado en el régimen subsidiado, le ordenó a través de su médico tratante un Tac Cerebral Simple, un examen de Rayos de Columna Cervical, una Vitrectomía más Inyección de Ranuziman y Terapia Antiangiogenica del ojo derecho, por diagnóstico de Glaucoma Neovascular de un mes de evolución por oclusión de la vena central ojo derecho, y por no encontrarse en el POS no le fue

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

prestado el servicio considerando dicha entidad que éste debía ser financiado por el Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S.

Señala que ante la negativa del servicio, el señor Espinosa Montoya, se vio en la obligación de interponer una acción de tutela, la cual fue resuelta a su favor por un despacho judicial de esta jurisdicción y ordenó la práctica de los exámenes requeridos, brindándole además tratamiento integral por la enfermedad padecida, indicándose en dicha sentencia que la EPS-S Asmet Salud debía brindar acompañamiento y asesoría en la práctica de dichos exámenes y de los servicios adicionales ordenados por el médico tratante, quien lo valoró el 13 de diciembre del 2008.

Sustenta que para el 06 de agosto de 2009 se le realiza TAC de Cráneo Simple, el 21 siguiente se le práctica Rayos X de Columna Cervical y el día 28 de octubre de 2009, es valorado por médico Oftalmológico, quien insiste en el tratamiento Cosopt Acetazolamida y Terapia Antiangiogenica, los cuales no son ordenados al paciente ni practicados por las entidades demandadas, incumpliendo con ello el fallo de tutela proferido el 14 de julio del 2009, por lo que se inició el incidente de desacato en dos oportunidades.

Argumenta que mediante oficio del 13 de mayo del 2010, la Directora del ISSQ de la época, le hizo saber al Director de Asmet Salud EPS-S que al no contar dicha entidad dentro de la red de prestadores de servicios como el solicitado por el actor, prestará el servicio directamente y efectuará el recobro por fallo de tutela.

Expone que el actor fue enviado a la Unidad Oftalmológica Laser de Pereira, quien por sospecha de Glaucoma – Ojo Ciego -, solicitó la realización de exámenes que no fueron practicados por motivos administrativos, lo que obligó a que para el 10 de diciembre de 2010 se remitiera nuevamente al paciente a la Unidad Oftalmológica Laser S.A. y a la práctica de los exámenes requeridos, donde se determinó la pérdida completa de la visión en el ojo derecho y el compromiso del ojo izquierdo.

Indica que conforme al resumen de la historia clínica N°1370022 del 10 de diciembre del 2010 de la Unidad oftalmológica Laser S.A. se determinó lo siguiente: *“el paciente presentaba una disminución de la agudeza visual con aumento de presión intraocular y daño de nervio óptico avanzado que requiere tratamiento para su control y evitar la ceguera, determinó que además que el paciente estuvo usando solo TIMOLOL sin control apropiado de progresión de enfermedad por lo que fue necesario adicionar otros medicamentos para control de presión intraocular y daño al nervio óptico”*.

Considera que los hechos descritos permiten observar una responsabilidad de los entes de salud, al no autorizar los exámenes y tratamientos requeridos con un tiempo oportuno, violando así todos los protocolos de asistencia médica relacionada con las circunstancias de tiempo, modo y lugar y con ello deben responder administrativamente por los perjuicios causados.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Fundamento Jurídico

Los demandantes señalan como fundamentos de derecho, los artículos 1, 2, 11 y 90 de la Constitución Nacional; artículos 86, 131, 265, 1613 al 1617 del C.C, artículos 106 y 107 del Código Penal; artículo 4 y 8 de la Ley 153 de 1887; artículo 1 al 9, 26, 27 y 28 del Decreto Ley 2137 de 1983; Decreto 100 de 1989; artículo 164 del C.P.C, artículo 86 C.C.A.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

Instituto Seccional de Salud⁴

Por medio de apoderado la demandada se hace parte dentro del proceso, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Sustenta que no es responsable por la omisión endilgada toda vez que los hechos descritos en la demanda no corresponden a la realidad, esto conforme a la historia clínica que reposa en el plenario.

Trae a colación concepto médico por un especialista de la institución, quien en síntesis expresa que las dolencias del señor Reinaldo Elías obedece a sus antecedentes médicos y que el ISSQ actuó conforme debía, ordenando los exámenes prescritos por los médicos tratantes.

Precisa que del concepto mencionado se colige que la pérdida de la visión del señor Reinaldo Elías no obedece al actuar omisivo de la entidad, sino que el mismo proviene de padecimientos anteriores a la prescripción de los exámenes que se alegan en la demanda.

Propone como excepción *“inexistencia de responsabilidad por ausencia de nexo causal entre el hecho acontecido y la consecuencia”*, en razón a que los padecimientos alegados por el demandante los venía sufriendo con anterioridad a la prescripción por parte de los médicos tratantes.

Del Llamado en garantía⁵.

Refiere que no le constan los hechos expuestos en la demanda, indicando que no tiene ninguna responsabilidad con respecto a los perjuicios materiales e inmateriales, por cuanto como se observa en la historia clínica el paciente contó con una atención oportuna y diligente tendiente al mejoramiento de su salud.

Propone como excepciones: *“Inexistencia de la falla del servicio”*, *“inexistencia de responsabilidad por ausencia de nexo causal del hecho causante del daño y la consecuencia”*, *“ausencia de nexo causal”*.

⁴ Fl.190-192 C. Pal 1

⁵ Fl.444-471 C. Pal.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

Asociación Mutual La Esperanza Asmet Salud ESS- Asmet Salud EPS⁶

En relación con los hechos manifestados por el actor, refiere que algunos no son ciertos, otros no le constan a su representada, pero que en todo caso, la entidad que representa actuó conforme a los protocolos médicos y de manera oportuna.

Señala que el señor Reinaldo Elías Espinosa consultó después de un (1) mes de la caída que sufrió y después de un (1) año consultó por presión arterial, lo que hace que aumente la presión intraocular, lo que le ayuda al rápido desarrollo de los diagnósticos padecidos por el mentado señor.

Precisa que como quiera que la historia clínica refiere un cuadro de evolución de dos (2) años, significa ello que su padecimiento comenzó en el 2007, es decir, para esa fecha empezó a desarrollar pérdida de la visión.

Propone como excepciones: i) Caducidad de la acción de reparación directa por el vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente en que se evidencia el presunto daño para el demandante. ii) Cumplimiento por parte de Asmet Salud ESS EPS-S de las disposiciones legales que regulan el Sistema de Seguridad Social en salud en el ámbito del régimen subsidiado y los dispuesto en el contrato N°5901 suscrito entre el Municipio de Quimbaya y Asmet Salud ESS EPS-S para las vigencias comprendidas entre el 01 de octubre del 2006 a 30 de marzo del 2007 a través del cual se afilia al demandante a la entidad. iii) Inexistencia de nexó causal entre el presunto resultado lesivo y el comportamiento de Asmet Salud ESS EPS- S, por cuanto la prestación de los servicios en salud requeridos por el actor correspondía al Instituto Seccional de Salud del Quindío. iv) Inexistencia de responsabilidad administrativa y patrimonial en contra de Asmet Salud ESS EPS- S, por cuanto existe un fallo de tutela del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia donde se ordena la autorización de TAC Cerebral Simple, Rayo X Columna Cervical y Virectomia más Inyección de Ranibizumab ojo derecho, más la atención integral para la enfermedad de Migraña y Cefalea Frontoparietal y Glaucoma Neo Vascular de un mes de evolución por oclusión de vena central ojo derecho padecida por el señor Reinaldo Elías Espinosa y la atención integral a cargo del Instituto Seccional de Salud. v) Inaplicación de responsabilidad por falla presunta del servicio, en virtud de que Asmet Salud ESS EPS – S es una entidad de derecho privado. v) Excepción de prescripción”.

SENTENCIA MATERIA DE RECURSO⁷

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Armenia, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, dispuso declarar probada la excepción de caducidad propuesta por Asmet Salud denegando las pretensiones de la demanda.

⁶ Fl.271-319 C. Pal. 2

⁷ Fls.570-578 C. Pal

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Como sustento de la decisión indica que la caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de la acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Refiere el *a quo*, que le asiste razón al apoderado de Asmet Salud ESS-S, respecto de la caducidad aducida, teniendo en cuenta que para el 04 de junio del 2009 el señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya ya había perdido la visión en su ojo derecho y que para la fecha en que presentó la acción de reparación directa habían transcurrido 25 meses y 28 días, aunado a que la Procuraduría Judicial celebró audiencia de conciliación posterior a los 3 meses de que trata la norma.

Adujó que en capítulo de declaraciones y condenas, se pretende que se declare administrativa y solidariamente responsable a las entidades accionadas por la falta o falla presunta o probada en el servicio, en virtud de la prestación del servicio médico asistencial, que trajo como resultado fatídico la lesión causada al señor Reinaldo o Reinaldo Elías Espinosa Montoya, y por ende los perjuicios causados a su familia

Precisa que a folios 354 y 355 se observan las órdenes médicas que datan del 22 de febrero del 2008, expedidas por los médicos tratantes del ESE Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios de Armenia, los que no se realizaron sino posterior a la orden judicial a través de la acción de tutela interpuesta por el demandante.

Indica que ante la omisión de las entidades médicas encargadas de la salud del accionante de dar viabilidad a los exámenes médicos ordenados por los médicos tratantes conllevó a la pérdida de su visión por el ojo derecho, tanto así que para el 04 de junio del 2009 el señor Espinosa Montoya era consciente de la pérdida de la vista de su ojo, pues así lo señaló el médico en su historia clínica y aquel lo expresó en la solicitud de tutela.

Señala que es a partir de ese momento donde se inicia el conteo de la caducidad, en atención a que de conformidad con la norma citada líneas atrás, la reparación directa se impetra dentro de los dos (2) años siguientes contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño.

Expone, de acuerdo con lo expresado, que para el 04 de junio del 2009, el demandante era consciente de la pérdida de la vista de su ojo derecho, por lo tanto es a partir de ese instante donde se debe contabilizar el término de la caducidad, el que finalizaba el 05 de junio de 2011, empero como debía cumplirse con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y ésta se presentó el 17 de mayo de 2011, le restaba un plazo de 18 días para interponer la demanda, luego como transcurrieron más de 3 meses para la celebración de la audiencia, los accionantes contaban hasta el 17 de agosto del 2011 para dichos efectos, más 18 días para acudir a la jurisdicción contencioso

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

administrativo, es decir, el término para presentar la acción se vencía el 09 de septiembre del 2011, no obstante como la demanda se presentó el 09 de noviembre de 2011, es claro que ésta se impetró extemporáneamente.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Parte Demandante⁸

La parte demandante presentó recurso de apelación con el fin obtener la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar solicitó se accediera a las suplicas de la demanda, indicando que no comparte la tesis del *a quo* de declarar probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa propuesta por Asmet Salud E.S.S.E.P.S-S por vencimiento del plazo de 2 años, contados a partir del día siguiente en el que el juzgado supone se evidencia el daño que se causa a los demandantes.

Refiere que no existía certeza de que el señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya en su calidad de damnificado directo había perdido la visión en su totalidad del ojo derecho para el día 04 de junio del 2009 fecha que relaciona el despacho como conteo del inicio de la caducidad de la acción.

Consejo Superior de la Judicatura

Sustenta que el 06 de agosto del 2009, se le realiza TAG de Cráneo Simple y el 21 del mismo mes se le practica Rayos X de Columna Cervical, el 28 de octubre del 2009 es valorado por la doctora Adriana Reinoso en la Clínica Oftalmológica del Quindío, quien insiste en el tratamiento de Cosopt Acetazolamida y Terapia Antiangiogenica, los cuales no son ordenados al paciente ni practicados por los entes demandados y en virtud a que éstos incumplieron las órdenes dadas en el fallo de tutela proferido el 14 de julio del 2009, se tramitó incidente de desacato ante ese despacho.

Indica que con posterioridad el paciente fue enviado a la Unidad Oftalmológica Laser de Pereira S.A, y valorado por especialista con sospecha de Glaucoma, Ojo Ciego, solicitando exámenes que no fueron practicados por motivos administrativos, lo que obligó en forma tardía para el 10 de diciembre del 2010 a que se remitiera nuevamente el paciente a la Unidad Oftalmológica Laser de Pereira S.A y a la práctica de exámenes requeridos, determinando en dicha institución que ya se había perdido por completo la vista del ojo derecho y que además se había comprometido el ojo izquierdo.

Señala que siempre se tuvo la esperanza de recuperación del señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya, después de la práctica de todos los exámenes ordenados en la sentencia de tutela.

Finalmente sustenta que la caducidad de la acción deberá contarse desde el 10 de diciembre del 2010 cuando la Unidad Oftalmológica Laser S.A, establece en la historia clínica que se había perdido por completo la visión en el ojo derecho,

⁸ Fls. 581-583

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

fecha en la cual los demandantes conocieron a ciencia cierta que no existía remedio para solucionar el problema de salud que aquejaba al paciente.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte Demandada⁹

Manifestó que el daño imputado en la demanda, se encuentra relacionado con la pérdida de la visión del ojo derecho con compromiso de ojo izquierdo, lo que se traduce en perjuicios morales y daño a la salud que reclama el señor Reinaldo Elías Espinosa.

Precisa que en relación con la fecha de ocurrencia de este daño, se tiene que éste se probó mediante registro clínico del 4 de junio de 2009, no obstante la pérdida de visión se presentaba ya desde el año 2008, como quiera que en notas de historia clínica del Hospital Universitario San Juan de Dios del día 22 de febrero de 2008, se consigna como diagnóstico realizado al señor Reinaldo Elías Espinosa, el siguiente: *“Migraña y Cefalea Frontoparietal derecha – Glaucoma Neurovascular para esta patología, se prescriben procedimientos NO POSS tales como RX DE COLUMNA CERVICAL Y TAC CEREBRAL SIMPLE.”*

Hace referencia a la declaración testimonial que se llevó a cabo el 12 de agosto del 2014, de cuya diligencia es de traer a colación lo expuesto por la señora Blanca Quintero, testigo de la parte demandante, quien expone que conoce al señor Reinaldo Espinosa hace muchos años, y al minuto 7 de la declaración manifiesta que el paciente quedó ciego desde el 2008, o sea cuando ordenaron los exámenes ya estaba sin visión.

Indica el día 4 de junio del 2009, en la IPS SAGRADO CORAZON DE JESUS, se registra en la historia clínica del señor Reinaldo Espinosa Montoya, lo siguiente:

“MOTIVO DE CONSULTA: DOLOR EN LA VISTA ENFERMEDAD ACTUAL CUADRO CLINICO DE 2 AÑOS DE EVOLUCION CARACTERIZADO POR CEFALEA FRONTO PARIETAL DERECHA DOLOR RETROOCULAR IPSOLATERAL COMO CONSECUENCIA DE TRAUMATISMO POR CAIDA DE SU PROPIA ALTURA. HA SIDO VALORADO POR MULTIPLES OFTALMOLOGOS SIN QUE SE DEFINIERA DIAGNOSTICO HASTA PERDER LA VISION”

Por lo anterior, señala que el cuadro clínico del señor Espinosa Montoya, lleva 2 años de evolución, es decir, desde el 2007, pues desde ahí empezó a desarrollar pérdida de la visión, lo que se refirma conforme a los hechos suscitados por el accionante en su escrito de tutela presentado en julio del 2009, a través del cual refiere que : *“SEXTO: Los mencionados exámenes son fundamentales y necesarios para determinar el tratamiento a seguir, porque me diagnosticaron un glaucoma en la vista derecha “pérdida de la vista” y temo que ya me haya afectado el ojo izquierdo por el que escasamente veo”.*

⁹ Fl. 595-601 C. Pal.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

En tal sentido, considera que para el mes de julio del 2009 el señor Reinaldo Espinosa Montoya ya había perdido la visión de su ojo derecho y tenía compromiso de su ojo izquierdo, lo cual está documentado clínicamente desde el 04 de junio del 2009.

CONSIDERACIONES FINALES

COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN PARA CONOCER DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO.

Sobre el tema relacionado con la competencia del superior con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de primera instancia, el Consejo de Estado, en forma reiterada, ha sostenido:

“En este orden de ideas resulta claro que para el juez de segunda instancia el marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación opera el principio de la congruencia de la sentencia, de acuerdo con el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: tantum devolutum quantum appellatum”¹⁰.¹¹ (Destaca la Sala).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, el marco de competencia del Juez de segunda instancia está limitado a las referencias conceptuales y los argumentos que se aduzcan contra la decisión que se controvierte, por lo que, de conformidad con el principio de congruencia de la sentencia, los argumentos del recurrente condicionan la competencia del juez que conoce del mismo.

En este orden de ideas, la Corporación se limitará a resolver el recurso de apelación interpuesto en lo referente a las inconformidades manifestadas en contra de la providencia impugnada.

OPORTUNIDAD PARA INTERPONER LA DEMANDA O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En el caso *sub-examine*, como primera medida, corresponde a la Corporación determinar si se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción impetrada, por haber transcurrido más de dos (2) años desde el acaecimiento del hecho dañoso y la fecha de presentación de la demanda.

Al respecto, considera el *a quo*, que la presente demanda tiene como fundamento la omisión en la autorización y realización de los exámenes

¹⁰ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente 16985, actor: Segundo Juan Arcos Gallardo y otros y la sentencia del 12 de mayo de 2014, de la misma Sección, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, expediente 36268, actor Carlos Enrique Garcés Jaimes.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

médicos ordenados al señor Reinaldo Espinosa Montoya (Vitrectomía más Inyección de Ranuzimab y Terapia Antiangiogénica del ojo derecho) frente a su patología de Glaucoma, pues dicha omisión generó el empeoramiento de la enfermedad causándose la pérdida total de la visión en su ojo derecho.

Por lo anterior, declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la demandada, pues refiere que el demandante tuvo conocimiento de la pérdida de su ojo derecho desde el 04 de junio de 2009, y así quedó demostrado en la historia clínica y lo indicó el actor en el escrito de tutela.

Por otra parte, el apelante, indica que la omisión administrativa causante del daño alegado en la demanda consiste en la no realización de los procedimientos médicos ordenados al demandante por el diagnóstico de Glaucoma, pues ello le generó la pérdida de la visión total de su ojo derecho y compromiso en su ojo izquierdo.

Señala que se encuentra en desacuerdo con la fecha establecida por el *a quo* frente al término para contar la caducidad de la acción, toda vez que si bien se determinó que el demandante tenía pleno conocimiento de la pérdida de su ojo derecho desde el día 04 de junio del 2009, lo cierto es que siempre se tuvo la esperanza de que el señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya recuperara su visión después de que se le practicaran todos los exámenes ordenados mediante la sentencia de tutela, por lo tanto considera que es a través del resumen de la historia clínica del 10 de diciembre de 2010¹² de la Unidad Oftalmológica Laser S.A, donde se determinó que el paciente presentaba una disminución de la agudeza visual con aumento de presión intraocular y daño del nervio óptico con pérdida por completo de la vista del ojo derecho y compromiso en el ojo izquierdo, razón por la cual el término para contabilizar la caducidad empieza a contabilizarse desde el 10 de diciembre del 2010, sin que pueda predicarse que haya fenecido en el presente caso el plazo para impetrar la demanda de reparación directa.

Considera la Sala, para resolver el presente asunto, que para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, para lo cual, las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

El artículo 136 Código Contencioso, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos-, establece que el término para presentar demanda en ejercicio de la acción de reparación directa es dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa¹³.

¹² Fl.25 C. pruebas 1

¹³ Nral 8 del artículo 136 del CCA

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

Para la aplicación de esta regla basta, en la mayoría de los casos con constatar la fecha en la cual ocurre el hecho, omisión, la ocupación o la operación imputable a la administración pues ésta, por lo general coincide con la producción del daño. No obstante, en otros casos, no es tan fácil determinar la fecha cierta a partir de la cual debe empezar a computarse el plazo de dos años previsto en la ley. Esto sucede, por ejemplo, cuando el médico deja en el cuerpo del paciente un elemento extraño durante una cirugía, o cuando una persona afectada por una enfermedad terminal advierte tardíamente que fue víctima de un mal diagnóstico.

En estos eventos ocurre que el daño se produce o se manifiesta con posterioridad a la actuación, omisión o al hecho administrativo que lo causa. Por ello se hace necesario acoger una interpretación flexible –fundada en el principio *pro damato*¹⁴– de la norma que establece el término de caducidad con el fin de proteger el derecho de acceso a la administración de justicia y de asegurar la prevalencia del derecho sustancial, pues si “*el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria*”¹⁵, es razonable considerar que el término de dos años previsto en la ley positiva no podrá empezar a contabilizarse a partir del “*acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa*”, sino a partir del momento en que el daño adquiere notoriedad, esto es que la víctima se percata de su ocurrencia,¹⁶ o desde la cesación del mismo cuando el daño es de carácter sucesivo o ejecución continuada. Al respecto la Sección Tercera del Consejo de Estado, indicó lo siguiente:

9 Todo lo anterior no encuentra correspondencia con lo sostenido por la Sala en el fallo, donde claramente se busca conceder derechos subjetivos a aquellos que encontrándose en determinadas circunstancias y/o condiciones médicas puedan invocar en cualquier tiempo la acción de reparación directa, como cuando se afirma que “cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se genera una expectativa de recuperación” **derivada del suministro de un tratamiento prolongado, el cómputo de la caducidad “no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente”.**

10 **Está claro, en mi criterio, que la flexibilización que se pretende operar se hace sustentada en la invocación de la denominada “expectativa de recuperación” que es una manifestación, sin, duda, de la afirmación de un derecho subjetivo como prevalente, cuando, como lo resalta el precedente jurisprudencial constitucional el sentido del instituto procesal de la caducidad es la protección del interés general. Además, porque lo que justifica la aplicación de la caducidad es precisamente evitar la incertidumbre respecto al deber o no que cabría achacar al estado de reparar un daño antijurídico causado. En este sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,**

¹⁴ La aplicación del principio *pro-damato* “*implica un alivio de los rigores de la caducidad con respecto a las víctimas titulares del derecho a resarcimiento*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 10 de 1997, exp. 10.954, C.P. Ricardo Hoyos Duque, y auto de marzo 7 de 2002, exp. 21.189, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵ En este sentido se pronunció la Sala en providencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 13.126. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase la sentencia de septiembre 13 de 2001, exp. 13.392. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁶ Sobre el particular, pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia de abril 30 de 1997, exp. 11.350, C.P. Jesús María Carrillo; sentencia de mayo 11 de 2000, exp. 12.200, C.P. María Elena Giraldo; sentencia de marzo 2 de 2006, exp. 15.785, C.P. María Elena Giraldo; auto de marzo 7 de 2002, exp. 21.189, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

“La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso-administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general”¹⁷.

11 En criterio de la Sala los términos de caducidad, en especial para el ejercicio de la acción de reparación directa, están fijados para ofrecer la certeza jurídica¹⁸ a todo ciudadano que se crea con la posibilidad de invocar la tutela judicial, pero también a toda la colectividad, especialmente cuando se trata del respeto que merece proteger frente a la estabilidad cuando se trata de daños antijurídicos cuya causa y ocurrencia se consolidó en un momento temporal preciso, sin perjuicio del carácter continuado del mismo. En ese sentido, permitir la aplicación de la flexibilización del término de caducidad en materia de responsabilidad de la administración pública por falla en la actividad médica, que implica el ejercicio en cualquier tiempo de la acción, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, tal como se ha sostenido por el precedente jurisprudencial constitucional,

“De ahí que, la posibilidad de ejercer la acción de reparación directa en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, no sólo vulneraría los derechos al debido proceso y a la pronta administración de justicia, sino la seguridad y certeza jurídicas en que se fundamenta el Estado de derecho”¹⁹.

12 Partiendo del precedente de la Sala, cuando se de determinar el cómputo de la caducidad de la acción [en similares condiciones a la prescripción extintiva que opera en materia civil]

“Si la prescripción extintiva de una acción no se cuenta sino desde el día en que ésta nace, o como dice Chiovenda, desde «el día en que tenga el poder de pedir la actualización de la ley», una acción de responsabilidad comienza a prescribir desde el día en que la víctima sufre el perjuicio, desde el día en que se causa el daño, porque es en este momento cuando nace el derecho a obtener la reparación. Mas, no quiere ello decir que después de una primera demanda, la víctima no puede reclamar una nueva indemnización mediante el ejercicio de una acción nacida de un nuevo perjuicio, porque precisamente ésta no empieza a prescribir sino desde el día en que el perjuicio se realiza. Y esto no sólo es exacto cuando se trata de daños repetidos, sino también cuando el perjuicio es continuado. Ahora bien, los perjuicios que causa la abstención u omisión de un deber no se producen siempre en forma instantánea, pues, cuando se trata de bienes jurídicos no susceptibles de destrucción o disminución, los efectos nocivos de la omisión no surgen ni se agotan en un instante, porque ella apenas viene a hacer un obstáculo en el disfrute de tales bienes. Después de la lesión que se realiza en el primer momento, la violación del derecho y el daño o perjuicio consiguiente, se remuevan continuamente, mientras dura o permanece el estado de abstención u omisión, en relación con tal clase de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, la omisión o abstención para resolver una solicitud de licencia para exportar banano, que es un bien susceptible de destrucción, puede causar el daño de la pérdida del cargamento en un instante dado; en cambio la omisión, o abstención en resolver sobre una licencia para edificar, constituye apenas un

¹⁷ Corte Constitucional, SC-832 de 2001.

¹⁸ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

¹⁹ Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

obstáculo para el disfrute del inmueble, mediante edificación y por eso el daño que causa no se produce de una vez, sino que se renueva en forma indefinida, mientras dura o permanece la omisión. En este caso los perjuicios son continuados, la acción de resarcimiento nace desde que principian a causarse, pero no prescribe al mismo tiempo respecto de todos, porque no se realizan o consuman en un mismo instante. Bien puede decirse que si la acción es la misma en su naturaleza, cada vez que se renueva el perjuicio nace el derecho a obtener la reparación y comienza desde que el nuevo daño se produce”²⁰

13 Lo anterior, incluso, se afirma para no abrir la puerta a una suerte de flexibilización de los términos de caducidad cuando no se tiene plenas garantías de las circunstancias que motivaron al accionante a ejercer la acción de reparación cuando se manifestó el afloramiento del hecho dañoso, y no de sus efectos o consecuencias continuadas, sin perjuicio de dividir el iter causal y considerar el último evento como un daño autónomo de su origen²¹(subrayado fuera de texto).

Ahora bien, cuando se aduce la existencia de omisiones que generaron daños que se prolongan en el tiempo, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

Sobre el momento a partir del cual debe contabilizarse el término de caducidad, la Sala, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

Consejo Superior de la Judicatura

“Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

“Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquellos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción de tal manera que si bien de aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no omita por razones formales la reparación de los daños que la merecen”²³.

“Debe agregarse a lo anterior que, el hecho de que los efectos del daño se extiendan en el tiempo no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, ya que en los casos en que los perjuicios tuvieron carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo indicó la Sala en sentencia del 18 de octubre de 2000:

“Debe advertirse, por otra parte, que el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, como parecen entenderlo el a quo y la representante del Ministerio Público. Así, el hecho de que los efectos del daño se extiendan

²⁰ Sentencia de 27 de junio de 1985.

²¹ Sentencia del 22 de julio de 2011, de la Sección tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente: JAIMÉ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación: 73 001 23 31 000 1999 00065 01 (19157), Actor: Jesús María Hernández Quimbayo, Demandado: Municipio del Valle del San Juan (Tolima)

²² Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 7 de julio del 2005 Exp. 14.691 y del 5 de septiembre del 2006, Exp. 14.228, ambas con ponencia del Consejero, doctor Alier Hernández Enriquez, entre muchas otras.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2000, expediente 13.126.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

*indefinidamente después de su consolidación no puede evitar que el término de caducidad comience a correr. Si ello fuera así, en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo advirtió esta Sala en sentencia del 26 de abril de 1984, en la que se expresó, además, que la acción nace cuando se inicia la producción del daño o cuando éste se actualiza o se concreta, y cesa cuando vence el término indicado en la ley, aunque todavía subsistan sus efectos*²⁴ (negritas y subrayas adicionales).

En cuanto a la caducidad de la acción de reparación directa, cuando ésta se fundamenta en el daño producido por una omisión de la Administración, esta Sección del Consejo de Estado ha precisado:

“En relación con las omisiones, el término de caducidad de la acción debe contarse desde el momento en que se incumpla la obligación legal, siempre que ese incumplimiento coincida con la producción del daño, pues en caso contrario, el término de caducidad deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica del mismo, ya que ésta es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

*Aunque la omisión se mantenga en el tiempo o el daño sea permanente, dicho término no se extiende de manera indeterminada porque la misma ley ha previsto que el término de caducidad es de dos años contados a partir de la omisión*²⁵ (negritas y subrayas adicionales).²⁶

Es pues suficientemente claro que el conocimiento y la notoriedad del daño por la parte demandante es lo que origina el inicio del conteo del término de caducidad, en ese sentido ha expresado el Consejo de Estado que cuando el daño permanezca en el tiempo por ser un daño continuado, debe contabilizarse el plazo para interponer la demanda desde el momento en que se produzca la omisión o cesé dicho daño, en estos casos es la fecha del diagnóstico definitivo del paciente lo que determina el inicio del término de caducidad, pues solo a partir de dicho acontecimiento es que se manifiesta el daño antijurídico reclamado

En el presente caso, la parte actora en la demanda²⁷ solicita que se declare a los demandados administrativamente responsables por la falla del servicio generada en virtud de la prestación del servicio médico asistencial que trajo como consecuencia la lesión causada al señor Reinaldo Elías Montoya y por ende los perjuicios ocasionados a su familia por el retardo en el tratamiento y en las ordenes de servicios por el diagnóstico de Migraña y Glaucoma Neovascular que provocaron graves consecuencias en sus ojos.²⁸

Como sustentos facticos, expresan los demandantes que la EPS ASMET SALUD a la que se encuentra afiliado el señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya le ordenó un TAC Cerebral Simple y Rayos X de Columna Cervical y una Vitrectomía, más inyecciones de Ranuzimab y Terapia Antiangiogénica

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 18 de octubre de 2000, radiación: 12.228, demandante: Gerardo Pinzón Molano.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2004, Exp. 25.854, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

²⁶ Sentencia del 26 de agosto de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Radicación: 25000232600020000213101, Expediente: 31.954, Actor: CARMEN SOCORRO PATIÑO ALBARRACÍN, Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ Y OTRO

²⁷ Fls. 2 al 8 del C. ppal 1

²⁸ Lo anterior de conformidad con el hecho primero y las declaraciones y condenas descritas en la demanda.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

de Ojo Derecho con ocasión del diagnóstico de Glaucoma Neovascular de un mes de evolución.

Expone que por los servicios ser prestados por el Instituto Seccional de Salud del Quindío, interpuso una acción de tutela la cual fue resuelta favorablemente ordenando al demandado a la práctica de los exámenes requeridos, brindándole la atención integral por la enfermedad padecida, indica que el 6 de agosto de 2009 se le realiza el TAC, el 21 de agosto de 2009 se le practican los rayos X y el 28 de octubre de ese mismo año es valorada por la Dra. Adriana Reinosuarez de la Clínica Oftalmológica del Quindío, quien insiste en el tratamiento de COSOPOT ACETAZOLAMIDA y TERAPIA ANTIANGIOGENICA, los cuales no son ordenadas al paciente, ni practicados por los entes demandados, por lo que se tramitó incidente de desacato.

Se afirma que el paciente es enviado a la Unidad Oftalmológica Laser de Pereira S.A. valorado por el doctor Germán Henry Montoya, con sospecha de Glaucoma ojo ciego, solicitando exámenes que no fueron practicados por motivos administrativos, lo que obligó que de modo tardío el 10 de diciembre de 2010 se remitiera nuevamente a la Unidad Oftalmológica Laser de Pereira S.A. determinándose que ya había perdido el ojo derecho y que no había nada que hacer y se había comprometido el ojo izquierdo.

Concreta la obligación de responder en lo siguiente:

Es por ello que dichos entes de salud privados y del estado deben responder administrativamente por los perjuicios causados a mis poderdantes, por no autorizar los exámenes y los tratamientos requeridos oportuno, violando así, todos los protocolos de asistencia médica existentes, relacionados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para que el paciente pudiera recuperar su estado de salud o por lo menos tuviera la oportunidad de hacerlo, debido a la negligencia, ineficiencia e ineficacia por parte de las entidades administrativas y de salud citadas y por la omisión de ayuda diagnóstica a tiempo, se le ha privado de una mejor calidad de vida del señor REINALDO O REINALDO ELIAS ESPINOSA MONTOYA, su cónyuge o compañera permanente, su hijos, nietos y demás familia y de la oportunidad de compartir con su ser querido de una vida saludables y placentera.²⁹

De conformidad con lo argüido por la parte actora como omisiones generadoras del perjuicio sufrido por los demandantes, debe la Sala determinar, para efectos de la contabilización del término de caducidad, el momento en que se le diagnosticó de forma definitiva al señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya de las enfermedades sufridas en sus ojos y de contera la fecha en que sucedieron las omisiones que se determinan como las que ocasionaron los perjuicios reclamados.

Ahora bien, en el expediente para efectos de demostrar el daño padecido por la parte actora y las omisiones mencionadas, se aportaron los siguientes medios probatorios:

²⁹ Hecha sexto folio 3 Cuaderno Principal

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

- Historial clínico del 23 de octubre de 2007³⁰, donde consta que el actor tenía diagnóstico de Hipertensión Esencial Primaria, así como Hipergliceridemia Pura³¹.
- Consulta del 02 de enero del 2008, en el Hospital del Sagrado Corazón de Jesús, donde el actor refirió presentar visión borrosa, determinándose en el plan de manejo valoración por Oftalmología³²
- En la anotación del 07 de enero del 2008, se observa que el señor Reinaldo Espinosa Montoya fue valorado en la E.S.E Hospital del Sagrado Corazón de Jesús, indicándose lo siguiente: *"PACIENTE QUE HACE APROX UNA HORA PRESENTA CAIDA DE 2 METROS DE ALTURA PRESENTANDO TRAUMA CRANEOENCEFALICO"*³³
- Remisión del paciente a valoración por Neurocirugía del 12 de enero de 2008, por Traumatismo Intracraneal³⁴.
- Consulta por la misma institución, el 26 de julio del 2008, donde se realiza como anotación en su historia clínica diagnosticándole la enfermedad de Glaucoma: *" ENFERMEDAD ACTUAL: PTC REFIERE HACE 2 MESES VISION BORROSA "EMPAÑADO" POR OJO DCHO FUE VALORADO POR OPTOMETRIA QUIEN DX GLAUCOMA..(.) SE REMITE A OFTALMOLOGIA PARA VALORACION Y MANEJO VIGILAR SX DE ALARMA CONSULTAR EN CASO DE PRESENTARLO"*³⁵
- Historia clínica del 23 de noviembre del 2008, del E.S.E Hospital del Sagrado Corazón de Jesús, mediante la cual se registra consulta del paciente con motivo de dolor ocular, realizándose la siguiente anotación: *"ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE QUE ASISTE A CONSULTA POR REFIER (SIC) UN DOLOR OCULAR SEVERO EL PACIENTE COMETA (SIC) QUE PRESENTA PERDIDA DE LA VISION CON CORIZA FRECUENTE DESDE HACE 4 MESES POR LO CUAL FUE REMITIDO AL OFTALMOLOGO TIEMP PENDIETE (SIC) RELIZACION DE PROCEDIMIENTO QUIRURGICO POR PRESENTAR ALTERACION EN LA RETINA..(.) CON PRESENCIA DE DOLOR EN OJO DERECHO ADEMÁS NO PRESENTA REFLEJO CONSENSUAL NI RESPUESTA A LA LUZ DE PUPILA DE OJO DERECHO CON ALTERACION DE LA VISION"*³⁶
- Consulta del 06 de diciembre del 2008, con cuadro de 3 días de dolor ocular con Cefalea, haciéndose la siguiente anotación en su historia clínica:

³⁰ Fl.299 C. Pruebas 2

³¹ Fl.300 C. Pruebas 2

³² Fl.307 C. Pruebas 2

³³ Fl.310 C. pruebas 2

³⁴ Fl.314-315 C. Pruebas 2

³⁵ Fl.326 C. Pruebas 2

³⁶ Fl.331 C. Pruebas 2

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

“FUNDOSCOPIA OPACIDAD DEL OJO DERECHO AL EXÁMEN DE FONDO DE OJO, SIN ROJO RETINIANOPILAS ISOCORICAS”³⁷.

- En la orden médica particular del 29 de enero de 2009 se expresó: *“GLAUCOMA NEOVASCULAR DE 1 MES DE EVOLUCION POR OCLUSION DE VENA CENTRAL OD..(..) REQUIERE VITRECTOMIA MAS INYECCION DE RANIBIZUMAB OD”³⁸*

- En la valoración del 29 de enero de 2009, por la Clínica Oftalmológica del Quindío S.A, se determina: *“DX GLAUCOMA SECUNDARIO A OTROS TRASTORNOS DEL OJO..(..) MEJORIA DEL DOLOR PERO NO CONTROLA LA PIO Y AUMENTA LOS NEOVASTOS LUCENTECIS OD SE EXPLICA BAJO PRONOSTICO”³⁹.*

- La historia clínica del 4 de junio del 2009, registra nuevo ingreso del paciente por presentar dolor en la vista, refiriéndose que a esa fecha no se había determinado en diagnóstico definitivo de la enfermedad, indicándose: *“ENFERMEDAD ACTUAL: CUADRO CLINICO DE 2 AÑOS DE EVOLUCION CARACTERIZADO POR: GEFALÉA FRONTOPARIETA DERECHA, DOLOR RETROOCULAR, IPSOLATERAL, COMO CONSECUENCIA DE TRAUMATISMO POR CAÍDA DE SU PROPIA ALTURA, HA SIDO VALORADO POR MULTIPLES OFTALMOLOGOS SIN QUE SE LE DEFINIERA DIAGNÓSTICO HASTA PERDER LA VISION”⁴⁰*

- Prescripción médica del 28 de octubre del 2009, mediante la cual la Dra. Adriana Reinoso Montoya de la Clínica Oftalmológica, ordena lo siguiente: *“COSOPT APLICAR UNA GOTTA DOS VECES AL DÍA HASTA QUE SE APLIQUE TERAPIA ANTIIOGENICA. ACETAZOLAMIDA 250 MG TAB. TOMAR UNA TABLETA DOS VECES AL DÍA HASTA QUE SE APLIQUE LA TERAPIA ANTIIOGENICA”⁴¹.* De la misma forma, en la historia clínica de dicha fecha se hizo lo siguiente observación: *“CONTROL GLAUCOMA NO USA TRATAMIENTO HACE UN AÑO EDEMA CORNEAL OI MIDRIASIS PARALITICA (...) SE INSISTE EN USO DE TRATAMIENTO COSOTOP ACETAZOLAMIDA, SE INSISTE EN APLICAR TERAPIA ANTIANGIOGENICA, PACIENTE DE DIFICIL MANEJO, SE EXPLICA QUE ES NECESARIO USAR COSOPT Y ACETAZOLAMIDA HASTA EL DÍA QUE SE APLIQUE RANUZIMAB...(..) PROCEDIMIENTO QUIRURGICO A REALIZAR OD APLICAR TERAPIA ANTIIOGENICA EN OJO DERECHO RANIBIZUMAB”⁴².*

³⁷ FL333 C. Pruebas 2

³⁸ FL28 C. Pruebas 1

³⁹ FL35 C. Pruebas 1

⁴⁰ FL343 C. Pruebas 2

⁴¹ FL36 C. Pal 1

⁴² FL36-38 C. Pal 1

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

- Valoración en la Unidad Oftalmológica Laser S.A del 2 de julio de 2010, refiriéndose lo siguiente: “ DX: *sospecha de glaucoma OI*” y “ DX: *OJO CIEGO DOLOROSO OD*”⁴³
- Consulta del 07 de agosto del 2010, en la Unidad Oftalmológica Laser S.A donde se realiza la siguiente anotación clínica: “DX: *de glaucoma hace 2 años? Perdió OD, no recuerda la causa... (...) glaucoma absoluto OD*”.⁴⁴
- Valoración del 10 de diciembre del 2010, por la Unidad Oftalmológica Laser S.A, realizándose la siguiente descripción clínica: “*ANTECEDENTE DE GLAUCOMA VARIOS AÑOS, OJO UNICO OJO IZQUIERDO NO USA GOTAS FORMULADAS HACE 15 DIAS PORQUE “SE ACABARON”..(...) PLAN: CITA DE GLAUCOMA EN 3 MESES*”⁴⁵
- Historia clínica del 12 de enero del 2012, mediante la cual se registra lo siguiente: “*..(.) Órganos de Los Sentidos: perdida visión ojo derecho, con leucoria, secundario a glaucoma hace 3 años*”⁴⁶
- El Oftalmólogo con Subespecialización en Glaucoma, indica el 12 de septiembre de 2011, de acuerdo a la historia clínica del paciente que:

En 2009 le fue expedida orden de la institución para Virectomia + inyección intravitrea.

En julio de 2010 fue valorado por primera vez en la Unidad Oftalmológica Laser por el retinologo quien remitió al usuario a valoración por glaucomatologo por sospecha de glaucoma en ojo izquierdo. El ojo derecho es diagnosticado como ojo ciego no doloroso.

El 07 de Agosto es valorado y se ordena tratamiento para glaucoma en ojo izquierdo y control en dos meses. El paciente es valorado nuevamente por esta especialidad en Diciembre de 2010. Cabe anotar que no hay adherencia al tratamiento ordenado.⁴⁷ (negrilla fuera de texto)

En ese mismo sentido se anota por la Unidad Oftalmológica Laser S.A.: “*El 02 de Julio de 2010 valorado en clínica Laser se hace diagnostico de glaucoma en ojo izquierdo y se solicita valoración por glaucomatologo. El mismo día se hace diagnóstico de ojo ciego doloroso ojo derecho. Y se solicita valoración por oculoplastia*”⁴⁸

Así las cosas, de las pruebas obrantes, para la Corporación en el presente caso el diagnóstico definitivo de los padecimientos del demandante en lo referente a los problemas de la visión se logró establecer según la historia clínica el 2 de julio de 2010, tal como lo expresó el especialista en la última de las referencias realizadas de la historia clínica, por consiguiente es a partir de esa fecha en que se materializó el daño reclamado y desde donde se empieza a contar el término

⁴³ Fl.26 Y 27 C. PRINCIPAL 1

⁴⁴ Fl.26 C. Pruebas 1

⁴⁵ Fl.25 C. Pruebas 1

⁴⁶ Fl.236 C pruebas 2

⁴⁷ Fl. 23 C. de pruebas 1

⁴⁸ Fl. 24 C de pruebas 1

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

de caducidad de la acción, tal y como se adujo por el Consejo de Estado en la jurisprudencia trascrita en antecedencia; en ese orden de ideas la demanda se interpuso dentro del plazo legal de 2 años, esto es el 9 de noviembre de 2011⁴⁹, por lo tanto concluye la Corporación, que en el presente caso no se configuró la excepción de caducidad de la acción y por consiguiente, por ese aspecto, habrá que revocarse la sentencia de primera instancia, resolviéndose el fondo del asunto de la siguiente manera:

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto, debe la Sala establecer conforme a la demanda impetrada, si los entes demandados son administrativamente responsables de los perjuicios causados como consecuencia de la pérdida de la visión del señor Reinaldo Elías Espinosa Montoya, lo anterior por efectos de la tardanza en suministrarle los medicamentos y servicios ordenados por los médicos tratantes.

Para efectos de dilucidar lo anterior, se analizarán los siguientes aspectos

RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

Rama Judicial
 Consejo Superior de la Judicatura

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente el Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, en la actualidad la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria⁵⁰.

En el mismo sentido, partiendo del análisis del caso en el marco de la falla probada del servicio como título de imputación⁵¹, “... en la medida en que el demandante alega que existió una falla del servicio médico asistencial que produjo el daño antijurídico por el cual reclama indemnización...”⁵².

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

“... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”⁵³.

⁴⁹ Fl. 85 C. ppal 1

⁵⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

⁵¹ Sentencias de agosto 31 de 2006, Exp. 15772; octubre 3 de 2007, Exp. 16.402; 23 de abril de 2008, Exp. 15.750; 1 de octubre de 2008, Exp. 16843 y 16933; 15 de octubre de 2008, Exp. 16270; 28 de enero de 2009, Exp. 16700; 19 de febrero de 2009, Exp. 16080; 18 de febrero de 2010, Exp. 20536; 9 de junio de 2010, Exp. 18.683.

⁵² Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

⁵³ Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 35656.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la *“lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”*, se debe observar que está produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial constitucional:

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”⁵⁴.

Dicho principio de integralidad del servicio exige considerar, según el precedente jurisprudencial constitucional, que

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁵⁵.

A lo que se agrega, según el precedente jurisprudencial constitucional:

“Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incómoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir,

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento⁵⁶; así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁵⁷ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”⁵⁸.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darle de alta)”⁵⁹ (subrayado fuera de texto)

República de Colombia

OPORTUNIDAD DE SANAR COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD – PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD⁶⁰

Debe preverse que la prestación del servicio de salud protege, principalmente, el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del paciente, así como el mismo derecho a la salud y a su recuperación. En este entendido deben observarse los derechos a la salud y a la recuperación de la salud, que bajo las voces del artículo 49 constitucional⁶¹ se promocionan y protegen mediante la garantía del servicio público de salud, que a su vez resguardan los derechos a la vida y la integridad psicofísica del paciente.

De manera que en aquellos casos en que no logre acreditarse, fehacientemente, que la falla en la prestación del servicio de salud fue causa directa de la muerte del paciente, porque éste ya se encontraba en una precaria condición de salud, lo importante será determinar que el servicio de salud a que dicho paciente tenía derecho se prestó en condiciones de integralidad para garantizar los derechos

⁵⁶ Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

⁵⁷ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MIP Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

⁵⁹ Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 18 de mayo de 2017. Exp. 37.504.

⁶¹ 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.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

adicionales de protección y recuperación de la salud, contenidos en el artículo 49 constitucional.

En este sentido, el Consejo de Estado ha considerado:

“no es de recibo el criterio de la entidad apelante, según el cual “no puede afirmarse que la falla del servicio en la que se presume que incurrió la entidad DEMANDADA tenga incidencia en el resultado (...) porque no se acreditó por la parte DEMANDANTE el vínculo causal entre la falla (actividad de la administración por acción u omisión) y el hecho dañoso de la muerte”. Nótese que la hipótesis así planteada refiere la muerte⁶², esto es, la afectación del derecho a la vida, como el único daño antijurídico que sufrió la víctima, pero pierde de vista que éste devino de la vulneración de su derecho a recuperar la salud mediante la prestación del servicio público de salud, ya que como bien lo sostuvo la misma apelante el paciente se encontraba en una “precaria condición de salud” y, se itera, fue privado de la oportunidad de recuperarla, pues es claro, que el paciente tenía derecho a recibir la atención médica tendiente a restaurar su salud pero, inconscientemente, la entidad demandada lo privó de ella y sólo lo atendió cuando lo vio “en estado crítico”, momento en el cual su reanimación se hizo imposible.”⁶³

En aquella oportunidad, para desatar el caso que allí ocupó su atención, el Consejo de Estado citó un pronunciamiento reciente de la Subsección A de la Sección Tercera, en el cual se dijo:

Así las cosas, si bien es cierto que en este asunto no puede concluirse con la fuerza de convicción necesaria que la actuación –o mejor– la omisión de la entidad demandada en haber retardado por dos horas la intervención quirúrgica que necesitaba el paciente o, en no haber suministrado la cantidad de sangre que se requería, pudieran erigirse en las causas determinantes del deceso del señor Jhon Fernando Urueña García, no es menos cierto que dichas omisiones excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar la entidad para dispensar una eficaz prestación del servicio público. Así pues, si el Hospital EL Tunal III Nivel hubiera dado cumplimiento a dichos requerimientos para recobrar la salud del paciente, no le habría hecho perder al aludido paciente el “chance” o la oportunidad de recuperarse.

Así las cosas, para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después, por manera que ante un hecho evidente, como lo era la progresiva hemorragia del señor Urueña García, la entidad demandada debió, en un primer momento, brindar la atención durante esas dos primeras horas de evolución de su cuadro clínico y, en segundo término, disponer de la cantidad necesaria de sangre para transfundirlo antes de que su estado hubiere empeorado al punto de ser irreversible. Por lo tanto, la Sala declarará la responsabilidad del Hospital El

⁶² Copia auténtica del certificado de defunción expedido por la Notaría Sexta del Circuito de Pereira – Risaralda, en el que consta que bajo el folio No. 3510219, se halla inscrita la muerte del señor Gildardo Antonio López Ramírez, el 27 de enero de 2000 en el Municipio de Pereira – Risaralda (Fls 10 del C.1)

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 26 de marzo de 2014, Exp. 26.924, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Tunal III Nivel por la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir, la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de dicha entidad.

En casos como el presente, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la denominada pérdida de oportunidad, la Jurisprudencia de esta Sección ha razonado de la siguiente forma:

“...Debe señalarse que la mayor parte de los desarrollos relacionados con este tópico han tenido lugar, siguiendo la línea que se evidencia en otras latitudes —a lo cual se hizo alusión precedentemente— en el derecho de daños y, más puntualmente, en el ámbito de la responsabilidad médica; es, entonces, en este terreno, aquél en el cual principalmente puede referirse la existencia de pronunciamientos en los cuales la Sala ha reconocido algunos de los elementos de la figura de la pérdida de chance, como la combinación de elementos de certeza y de incertidumbre que comporta⁶⁴, su aparente proximidad —que no identificación— con la antes mencionada causalidad probabilística, así como la distinción —también referida previamente en este proveído— entre la relación causal del hecho considerado dañino con la ventaja finalmente perdida o con el detrimento a la postre padecido por la víctima, de un lado y con la desaparición de la probabilidad de alcanzar dicho provecho o de evitar el deterioro patrimonial, de otro, como modalidades de daño claramente diferenciables:

Ahora bien, la Sala se pregunta: ¿ese cúmulo de deficiencias, fue la causa exclusiva del deceso del paciente? ¿o fue causa de la pérdida del chance para la recuperación del paciente?

En cuanto al primer punto: ¿la muerte del paciente tiene su causa en la negligencia administrativa?

Al respecto no existe prueba que conduzca a la Sala a afirmar lo uno o lo otro y, en esa medida, no puede sostenerse por ejemplo, que la falta de valoración oportuna por un especialista de neurología haya sido la causa que concurrió con la patología del enfermo al desenlace fatal. Tampoco puede concluirse que la no práctica oportuna del scanner tenga la suficiente eficacia causal para comprometer la responsabilidad demandada. Pero lo que si resulta absolutamente claro, es que las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público. (...).

⁶⁴ Así, en pronunciamiento en el cual condenó a la entidad demandada —Hospital Militar Central— por entender que incurrió en una falla en la prestación del servicio a su cargo al incurrir en una omisión en el deber de información al paciente que le impidió a éste optar por someterse o rechazar la intervención médica, con lo cual se le privó de “la oportunidad de no resultar afectado por una intervención que podía aceptar o no”, la Sala expresó lo siguiente en relación con el contenido de la noción de “pérdida de oportunidad” que invocó como sustento de la condena:

“Así ocurre en materia de pérdida de oportunidad y en cada caso se impone el examen de los hechos que permita calificar el daño. La pérdida de oportunidad en ocasiones es un perjuicio actual y en otras un perjuicio futuro. Invocada la posibilidad de un perjuicio cuya realización no puede constatar, la incertidumbre subsistirá por siempre pero la oportunidad existía, se perdió y en forma definitiva. Hipótesis en el terreno judicial suelen concebirse como la del abogado que no apeló y por ello se perdió la oportunidad de éxito en el recurso. Si la oportunidad aparece como nula o prácticamente nula el perjuicio se limita a los gastos resultantes para el cliente por el error cometido por el responsable.(...)”

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración cuando es virtual y atribuible al accidente, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable: “Si la víctima o sus causahabientes pueden establecer que sus oportunidades de curación hubiesen sido más grandes si el médico le hubiera dispensado cuidados más atentos, ella podría obtener por ese concepto indemnización de daños y perjuicios” —La Responsabilidad Civil, Philippe Le Tourneau, Dalloz, 1972, p. 112 —(...)

Se recuerda que la falla no consistió en la atención médica propiamente dicha, la cual fue diligente y oportuna (ver su copiosa historia clínica contenida en el c. 3), sino en la pérdida de oportunidad del paciente, ampliamente comentada. Esto nos conduce necesariamente a reflexionar sobre el monto de la condena.(...)

Entonces, tomando como referencia el ya deteriorado estado de salud presentado por LUIS ALFREDO SÁNCHEZ, antes del 13 de mayo de 1993, y el dictamen médico laboral rendido con posterioridad, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional al 50% del perjuicio causado, reconocer a los demandantes las siguientes sumas: ...” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2002; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9875-01(12706).

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

En cuanto al otro punto: ¿la negligencia administrativa fue causa de la pérdida de “chance” u oportunidad para la recuperación del paciente?

Para la Sala no es claro que aún si la Administración hubiera actuado con diligencia el señor Franklin habría recuperado su salud; pero sí le es claro, con criterio de justicia, que si el demandado hubiese obrado con diligencia y cuidado no le habría hecho perder al paciente el chance u oportunidad de recuperarse”.

La jurisprudencia ya trató antes ese punto. En sentencia dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo:

‘Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Ángel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la perte d’me chance, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

‘CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

‘Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: 1. Una culpa del agente. 2. Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. 3. Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

‘En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros. Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma. Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo’. (RICARDO DE ANGEL YAGUEZ. Algunas previsiones

sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, págs. 83-84).

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir.⁶⁵

La pérdida por parte de Franklin, de esa oportunidad para recuperarse si tiene nexo directo con la falencia administrativa.

El elemento de responsabilidad, nexo de causalidad, se estableció indicativamente: ... (negritas en el texto original).

En otra ocasión la Sala formó consideraciones que mediante el presente pronunciamiento se reiteran en punto de la naturaleza jurídica de la noción de pérdida de oportunidad, de su ubicación en la estructura del juicio de responsabilidad por fuera del examen de la causalidad—de modo que la figura en cuestión mal podría considerarse como un suceso de la acreditación del vínculo-causal, mismo que, no obstante, se recalco que puede probarse valiéndose de la demostración de una probabilidad determinante o suficiente, con apoyo en prueba indiciaria⁶⁶ de la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desaparece como consecuencia de la acción de la omisión de la demanda y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañoso y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite—como no podría ser de otro modo—la existencia del correspondiente vínculo causal, por manera que si dicha relación entre la falla del servicio y la pérdida de oportunidad cuya reparación se procura no queda debidamente probada, deben denegarse las pretensiones de la demanda⁶⁷:

“También ha señalado la Sala que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, porque bastaría con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse.

⁶⁵ Nota original de la sentencia citada: Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10.755. Actor Elizabeth Bandera Pinzon, Demandado: I.S.S.

⁶⁶ En relación con este extremo la Sala sostuvo lo siguiente:

“En cuanto a la prueba causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueban dicha relación, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia” — Cfr. RICARDO DE ANGEL Y AGÜEZ, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42—, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”, que permite tenerlo por establecido.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios — Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15.276 y 15.332.—, Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacios. Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15.772).

⁶⁷ Como de hecho fueron denegadas en el caso concreto resuelto mediante el pronunciamiento en cita, en el cual el análisis se centró en establecer si existía, o no, vínculo causal entre la producción del paro cardiorrespiratorio que sufrió un menor de edad en fase de posoperatorio y la prestación del servicio médico que la parte demandante calificaba como negligente y errada en todas sus etapas; por el contrario, el Hospital demandado adujo en su defensa que el referido paro fue una consecuencia natural e inevitable de la grave enfermedad que aquejaba al paciente. La Sala consideró que si bien las pruebas testimonial y documental recaudadas en el proceso hacían evidente la ocurrencia de irregularidades en la prestación del servicio médico, no existía elemento acreditativo alguno que permitiera construir un indicio en torno de la existencia de nexo causal entre el paro cardiorrespiratorio que sufrió el menor en el posoperatorio y la irregular atención que se le brindó desde su llegada al Hospital y en el acto quirúrgico propiamente dicho. Al contrario, la Sala estimó que obraban pruebas en el expediente que confirmaban que el daño constituyó una secuela natural de la propia enfermedad, la cual no pudo ser evitada por los médicos que lo asistieron y, en consecuencia —como se ha dicho— fueron denegadas las pretensiones de la demanda, para lo cual se argumentó que la noción de pérdida de oportunidad no puede ser empleada como sucedáneo de la prueba del vínculo causal entre la falla y el daño a reparar.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”, cuya aplicación, a pesar de la simplicidad en su formulación ofrece grandes dificultades, pues el daño en tales eventos estaría en los límites entre el daño cierto y el eventual, dado que la oportunidad que puede tener un enfermo de recuperar su salud es aleatoria, regularmente difícil de establecer en términos porcentuales.

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

(...)

Ahora bien, se afirma que el hecho de que no se hubiera realizado un diagnóstico más temprano de la enfermedad, o de que la cirugía no se le hubiera practicado, al menos, en la fecha en que lo recomendó el cardiólogo, hicieron perder al paciente la oportunidad de obtener el restablecimiento pleno de su salud. Sin embargo, esas afirmaciones se quedan en el marco de la mera especulación pues no existe ninguna prueba directa ni indiciaria que acredite que el paciente tenía posibilidades reales de recuperar su salud, sin que la enfermedad le dejara secuelas, siempre que la cirugía se le hubiera practicado en los primeros días de su ingreso al Hospital demandado, y menos, que en el evento de existir tales posibilidades se pudiera establecer cuáles eran éstas en términos porcentuales^{68, 69, 70}.

Así las cosas, de lo que se trata es de proteger la oportunidad que el paciente tiene de recuperar la salud y evitar la concreción del desenlace fatal – muerte o una afectación a su derecho fundamental, por lo cual la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, otorga a los pacientes el derecho a recibir una atención oportuna, eficaz y un acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad.

ANÁLISIS DE LA SALA – FRENTE AL CASO EN CONCRETO

De conformidad con los hechos probados en el proceso, la Sala encuentra demostrado el daño invocado en la demanda, el cual consiste en la pérdida de la visión del demandante, señor Reinaldo Espinosa Montoya, empero deberá dilucidarse de no acreditarse que la pérdida de la visión es imputable a los entes demandados, si está probada la pérdida de oportunidad para lograr una recuperación del paciente a raíz de la omisión en el suministro de tratamientos o medicamentos prescritos.

Establecida lo anterior, aborda la Sala el análisis de la imputación con el fin de determinar en el caso concreto, si el daño es endilgable por acción u omisión a

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

⁶⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139.

⁷⁰ Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 23.632, reiterada en la sentencia del 27 de noviembre de 2017. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación número: 660012333000201300147 01 (52.993). Actor: Rubiel Monsalve Cardona y otros., Demandado: E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira..

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

las entidades demandadas, y si éstas se encuentran en el deber jurídico de resarcir los perjuicios que se derivan.

Para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, se ha precisado que se requiere la demostración de que la atención médica no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso⁷¹. Del mismo modo, debe probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance⁷².

En el presente caso, la parte actora alegó que la falla en la prestación del servicio médico, como factor que contribuyó a la producción del daño, fue la omisión en la realización del TAC de Cráneo Simple, de Rayos X de Columna Cervical, el tratamiento de Cosopt Acetazolamida y la Terapia Antiangiogenica.

De acuerdo con la historia clínica aportada por la parte demandante, se constata que se le ordenó al paciente el 28 de octubre de 2009 el medicamento de Cosopt y Acetazolamida (fls. 36 al 38 C. ppal 1); así como el TAC Cerebral Simple, el 22 de febrero de 2008 (fl. 39 C. ppal 1 y 60 C. pruebas 1) y Rayos Equis de Columna Cervical ese mismo día (fls. 46 vto y 59 C de pruebas 1)

En la historia clínica se especifica que el 22 de febrero de 2008 el paciente hacia un mes presentó caída desde un metro y medio de altura con pérdida de la conciencia por 4 minutos, refiriendo visión borrosa en el ojo derecho (fl. 46 C, ppal)

En el análisis de la historia clínica realizado por el Oftalmólogo con Subespecialización en Glaucoma, se consigna que el paciente el 2 de abril de 2009 le ordenaron Vitrectomía más inyección de Ranibizumab en ojo derecho por diagnóstico de Glaucoma Neovascular de un mes de evolución por oclusión de vena central, especificándose (trauma).

Por otra parte, el experto indica que el 2 de julio de 2010 se valoró en la Clínica Laser con un diagnóstico de Glaucoma en ojo izquierdo y se solicita valoración por Glucomatología, el mismo día se hace diagnóstico de ojo ciego doloroso ojo derecho y se solicita valoración por Oculoplastia. (fls. 23 y 24 C de Pruebas 1)

Fruto de esas omisiones, el demandante interpuso acción de tutela en contra de la EPS ASMET SALUD y el Instituto Seccional de Salud del Quindío, (fls. 55 al 58 C de pruebas 1), la que correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia y dicho despacho por sentencia del 14

⁷¹ Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷² En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

de julio de 2009 decidió proteger los derechos fundamentales ordenando lo siguiente:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la salud y el conexo de seguridad social, del REINALDO ESPINOSA MONTOYA, vulnerados por el INSTITUTO SECCIONAL DE SALUD DEL QUINDÍO y ASMET SALUD EPS-S, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO SECCIONAL DE SALUD DEL QUINDÍO, a través de su representante legal, que dentro del término de las 48 siguientes a la notificación de este fallo, proceda a la autorización y practica del TAC CEREBRAL SIMPLE- RAYO X COLUMNA CERVICAL con diagnóstico de migraña y cefalea frontoparietal derecha y VITRECTOMIA MÁS INYECCIÓN DE RANIBIZUMAB OJO DERECHO con diagnóstico de glaucoma neo vascular de 1 mes de evolución pro oclusión de vena central ojo derecho, en los términos y condiciones ordenados por los médicos tratantes, que constan en la correspondiente orden médica. Igualmente, en aras de principio integralidad en la atención, se ordena al INSTITUTO SECCIONAL DE SALUD DEL QUINDÍO, brindar la atención integral de la enfermedad padecida por el accionante (migraña y cefalea frontoparietal derecha, y glaucoma neo vascular de 1 mes de evolución por oclusión de vena central ojo derecho).

TERCERO: ORDENAR a ASMET SALUD EPS-S, a través de su representante legal, que autorice a la actora el acompañamiento, asesoría y seguimiento para la autorización y práctica de TAC CEREBRAL SIMPLE- RAYO X COLUMNA CERVICAL con diagnóstico de migraña y cefalea frontoparietal derecha y VITRECTOMIA MÁS INYECCIÓN DE RANIBIZUMAB OJO DERECHO con diagnóstico de glaucoma neo vascular de 1 mes de evolución pro oclusión de vena central ojo derecho, al igual que de los servicios adicionales ordenados por su médico tratante, en torno a las mismas patología, en aras del tratamiento integral de la misma.

Ante el incumplimiento del fallo de tutela, el accionante presentó incidente de desacato (128 al 131 C. de pruebas 1), dentro de dicho trámite el Instituto Seccional de Salud indica que se han agotado los medios administrativos necesarios para conseguir la prestación de los servicios que demandan el accionante, habida consideración que esta entidad no presta servicios de salud, como tampoco los oferta en la red pública hospitalaria y en especial el Hospital San Juan de Dios de Armenia, que es el que maneja mayor complejidad en nuestro departamento.

En ese orden de ideas, manifiesta que se ha logrado con la Unidad Oftalmológica Laser de la ciudad de Pereira concertar una cita médica con el subespecialista de Retina doctor German Henry Montoya (fl. 161 C. pruebas 1), de igual manera, se informó, por el Instituto, que la Clínica mencionado también realizaría la terapia de Antiangiogélica en ojo derecho, Ranizummab (fl. 162 C. de pruebas), por último, en lo que tiene que ver con los medicamentos Cosopt y Acetazolamida se informa que estarán a disposición del accionante en farmacia el Hospital San Juan de Dios (fls. 173 y 176 C. de pruebas 1), por consiguiente, el despacho que decidió el amparo tutelar se abstuvo de continuar con el trámite del incidente de desacato adelantado (fl. 177 c. de pruebas 1)

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

Por otra parte, el Instituto Seccional de Salud presentó con la contestación a la demanda concepto sobre el estado de salud del paciente según la historia clínica del mismo, indicándose que éste sufrió un trauma craneoencefálico, con antecedente de hipertensión arterial, consumo de cigarrillo y falta de adherencia al tratamiento ordenado, veamos lo expuesto en el concepto técnico realizado por la médica Luz Marina Naranjo Franco:

7) Como puede observarse se han asociado a la enfermedad del señor Reinaldo, un trauma craneoencefálico del cual se tiene poca información pero que coincide con la prestación del síntoma de visión borrosa por ojo derecho; un antecedente de Hipertensión Arterial de larga data, la cual afecta normalmente el funcionamiento ocular. Asociado a un consumo de cigarrillo el cual se ha demostrado causa daño secundario del sistema arterial, incluyendo el sistema arterial de los ojos; y según la historia clínica una falta de adherencia del paciente al uso de los medicamentos formulados.⁷³

Dicha profesional señalada líneas atrás⁷⁴ rindió declaración informando que de la revisión de la historia clínica se observa que el señor Reinaldo tenía una pérdida de la visión, no veía, con el medicamento ordenado no se habría recuperado la visión, pues la patología sufrida se presenta por la edad y el medicamento no hubiese cambiado la posibilidad de ver por ese ojo, existiendo condiciones secundarias adversas que rodean la situación de salud, pues era fumador por muchos años, tenía daño arterial, Glaucoma y no era adherente al tratamiento y era una contraindicación aplicar el medicamento si el paciente tiene Glaucoma; expone que el daño no se generó por el no suministró del medicamento, la hipertensión produce daño a nivel cerebral y todos los órganos y él no es adherente al tratamiento de Glaucoma, por lo que se agrava la salud, ya que se requiere para este padecimiento un tratamiento muy estricto; expresa que la avanzada edad también es un factor adverso para perder la visión, en lo que respecta a la atención indica que fue diagnosticado por especialistas y fue visto por médicos y manejado medicamente bien para el Glaucoma, sin tener él adherencia al tratamiento, el daño se causó por la edad, los antecedentes y la falta de adherencia; en el Hospital Sagrado Corazón tuvo citas periódicas con seguimiento y se remitió a un nivel mayor de complejidad con médicos más especializados y se prestó atención de forma continua; la EPS siempre estuvo al lado del paciente, el retardo solo fue de un medicamento, pero el paciente tenía un acceso adecuado para el Glaucoma y para el control de la presión arterial, resalta que el medicamento Antigénico no se dio inmediatamente, pero según la literatura médica el no habérselo aplicado no es la causa de la pérdida de la visión, el Ranizumab no era para el Glaucoma.

También declaro el médico Jairo Alfonso Alarcón Botero⁷⁵, quien estuvo vinculado por el Instituto Seccional de Salud y conoce bien el caso, indica que el paciente por ser de la tercera edad tenía dificultades que se agravan por la falta de adherencia al tratamiento, padeciendo Glaucoma que se regula con

⁷³ Fls. 129 y 130 C. ppal 1

⁷⁴ Cd obrante a folio 7 del C. de pruebas 1

⁷⁵ Cd obrante a folio 7 del C. de pruebas 1

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

medicamentos para ello, y él no tenía adherencia a los tratamientos ordenados, pues olvidaba aplicarse la droga, no se la tomaba diariamente, expone que los procedimientos como el del paciente son de difícil manejo, debiendo tener constancia en el tratamiento, la falta de constancia en dichos tratamientos no se sabe si se genera por la edad o por la falta de colaboración de la familia, lo que hace que empeore la enfermedad, además los factores de riesgo influyeron en el deterioro, ya que el tabaco y la hipertensión son el eslabón para que otros órganos blancos se compliquen.

Del análisis del acervo probatorio, se concluye que existió una tardanza o demora en el suministro por parte de las demandadas de medicamentos y procedimientos ordenados.

Al respecto, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en oportunidades anteriores⁷⁶, la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades estas últimas que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Todas estas actuaciones integran el “acto médico complejo”, que la doctrina, acogida por el Consejo de Estado⁷⁷ clasifica en: (i) actos puramente médicos; (ii) actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico, que por lo general son llevadas a cabo por personal auxiliar, en la cual se incluyen las obligaciones de seguridad, y (iii) los actos extramédicos, que corresponden a los servicios hospitalarios de alojamiento y manutención del paciente⁷⁸.

Para el caso que ocupa el estudio del caso se centrará en la responsabilidad del Estado por el daño ocurrido como consecuencia de una omisión hospitalaria, que encaja en la tercera de las referidas categorías, en tanto se trata de la falta de diligencia en la práctica de exámenes y el suministro de medicamentos, lo cual resulta fundamental para el desarrollo de una actividad médica integral y ajustada a los preceptos de la *lex artis*.

Ahora bien, para efectos de responsabilizar al Estado, es claro que no basta la constatación de un incumplimiento obligacional que constituya falla en el servicio, como se demostró en el plenario, sino que además se requiere que dicho incumplimiento haya generado la agravación de la salud del paciente como un daño cierto o como la pérdida de oportunidad de recuperación ante las omisiones presentadas, solo así podrá imputarse fácticamente responsabilidad al o los demandados.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia de 23 de junio de 2010, exp. 19.101, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia de 28 de septiembre de 2000, exp: 11.405. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez.

⁷⁸ BUERES, Alberto. La responsabilidad civil de los médicos. Ed. Hammurabi, 1ª reimpression de la 2ª edición, Buenos Aires, 1994, p. 424. 425.

Acción: Reparación Directa
 Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01
 Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros
 Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S
 Instancia: Primera

Del acervo probatorio obrante en el expediente, no se puede extraer o no se demostró de manera fehaciente que la falla del servicio enunciado haya determinado ni la pérdida de la visión del paciente, ni siquiera una pérdida de oportunidad, pues observada la historia clínica y lo dicho por los declarantes, se concluye que las omisiones presentadas no influyeron en las afecciones crónicas sufridas por el demandante, por el contrario, manifiestan los deponentes que fueron varios factores secundarios los que agravaron la salud del paciente y como consecuencia la pérdida de la visión, al respecto los médicos indican que el señor Reinel Espinosa tenía Glaucoma, avanzada edad, hipertensión, era fumador de larga data, por lo que dichos antecedentes influenciaron determinadamente en el desarrollo de su enfermedad, lo anterior unido a que éste no era cuidadoso en el control de sus padecimientos, pues afirman que no era adherente al tratamiento ordenado.

Son estas razones suficientes, para concluir que se deben negar las pretensiones de la demanda, ya que no se demostró que las omisiones de las entidades demandadas hayan determinado ni la pérdida de la visión del demandante, ni la pérdida de oportunidad en tener una recuperación satisfactoria, al respecto es del caso recordar que en estos asuntos es carga del demandante el demostrar la relación causal o fáctica entre la omisión y el daño generado

Condena en Costas República de Colombia

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar 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.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Quindío, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley⁷⁹

RESUELVE:

Primero: Revocase la sentencia apelada del 09 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Armenia, conforme se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior se niegan las pretensiones de la demanda.

Tercero: No se condena en costas, como se expresó en esta providencia.

Cuarto: Una vez en firme la anterior sentencia, se ordena la devolución del expediente al Juzgado de primera instancia, luego de realizar las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

⁷⁹ Ver art. 280 del CGP

Acción: Reparación Directa

Radicación: 63-001-3331-002-2011-00658-01

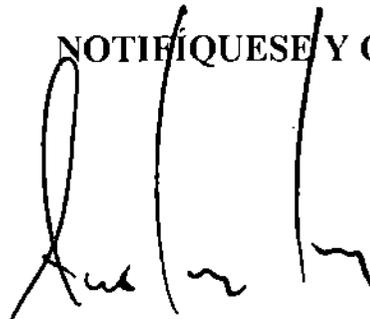
Demandante: Reinaldo Elías Espinosa y otros

Demandado: Departamento del Quindío- Instituto Seccional de Salud del Quindío y Asmet Salud EPS-S

Instancia: Primera

La presente decisión se discutió y aprobó en Sala de decisión tal y como consta en el acta No. 07 Sesión ordinaria de la fecha.

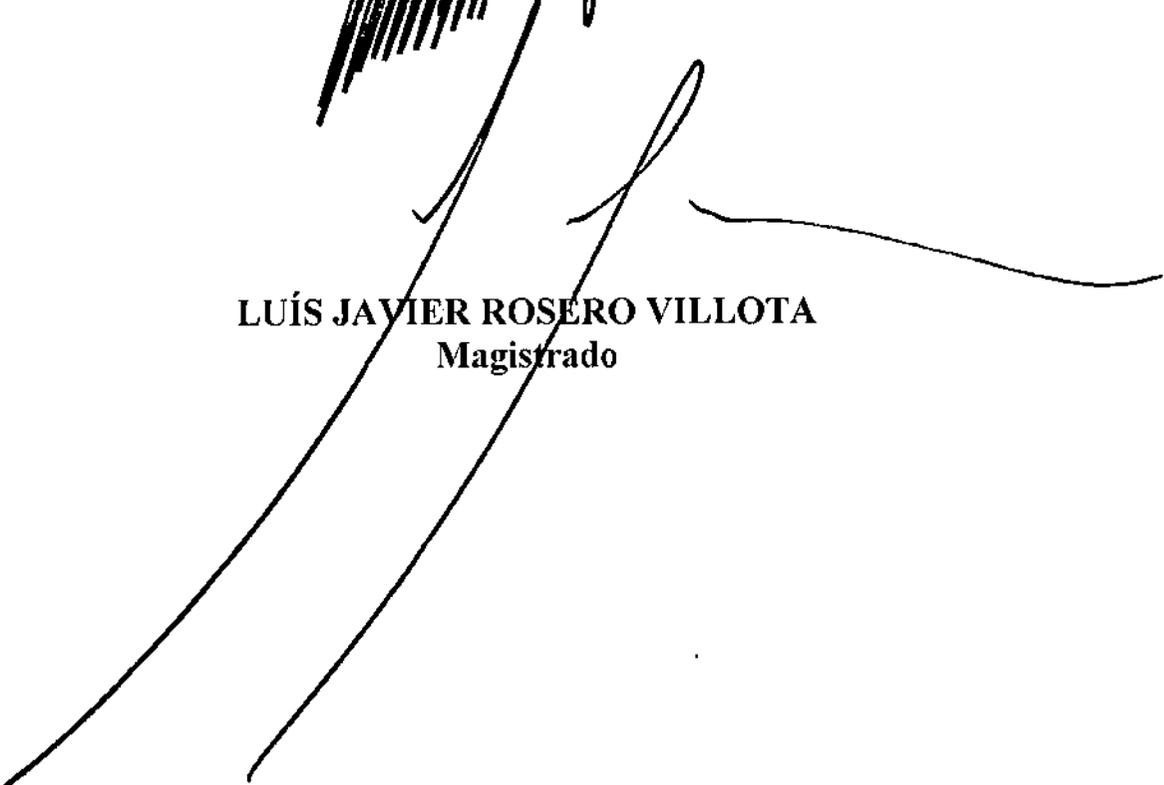
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO
Magistrado.



RIGOBERTO REYES GÓMEZ
Magistrado.



LUÍS JAVIER ROSERO VILLOTA
Magistrado