



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL **REPARACIÓN DIRECTA** -Radicado No: **47001-3333-004-2013-00275-00**- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

Santa Marta, treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Medio de control	Reparación Directa
Accionante	Eduardo Alberto Santrich Arias
Accionado	Caprecom E.P.S
Radicación	47001-3333-004-2013-00275-00

Evacuadas las etapas procesales y conforme lo establecen los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponda.

1. ANTECEDENTES

El señor **EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS** presento demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra **CAPRECOM E.P.S.** Tendiente a obtener de esta jurisdicción las declaraciones y condenas que se pasan a resumir:

Pretensiones

1. Que se declare que la demandada es responsable administrativamente de la totalidad de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados al demandante, derivados de los hechos narrados en este libelo

2. Que en consecuencia deberán cancelarse a mí representado por concepto de perjuicios las siguientes sumas:

PERJUICIOS MORALES: una suma que sea equivalente en moneda colombiana a CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES: a raíz del sufrimiento, dolor congoja, inquietud espiritual y agravio a sus afecciones legítimas que han dejado en el la deficiente prestación del servicio de salud y la consecuente pérdida de su ojo derecho.

POR DAÑO A LA VIDA DE RELACION una suma que sea equivalente en moneda colombiana a CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a raíz de la alteración de su vida social, laboral y familiar.

POR DAÑO A LA SALUD una suma que sea equivalente en moneda a colombiana a CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES derivado de la pérdida del goce de vivir y del equilibrio de un cuerpo sano.

POR PERJUICIO ESTETICO: una suma que sea equivalente en moneda colombiana a CUATROCIENTOS (400) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

POR PERJUICIOS MATERIALES (daño emergente y lucro cesante) dentro del concepto de LUCRO CESANTE, las sumas que se determinen en el proceso derivado de la pérdida de la capacidad laboral que le ha quedado como consecuencia de la deficiente prestación del servicio de salud y la pérdida de su ojo derecho. Al momento de hacer el respectivo calculo en cuanto a la determinación del lucro cesante, se incrementara dicha suma en un porcentaje del veinticinco 25%

Correspondiente al concepto de prestaciones sociales; para efectos del cálculo se partirá del salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de la ocurrencia de los hechos. Como daño emergente se incluirán además, las sumas que ha gastado y tendrá que gastar la convocante con el fin de contratar personas que le presten asistencia, los valores correspondientes a los tratamientos y



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

procedimientos médicos futuros a los que deba someterse para cambios de implantes oculares, gastos por concepto de drogas y exámenes que deba realizarse y en general cualquier erogación que deba realizar como consecuencia de las lesiones que padece. Inicialmente los perjuicios materiales se estiman en una suma no inferior a TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$ 30.000.000)

Solicito condenar en costas (gastos y agencias en derecho a la parte accionada.)

Fundamentos de hecho

- 1.1 EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS se encuentra afiliado a CAPRECOM EPS desde el 1 de febrero de 2011.
- 1.2 A principios del mes de octubre de 2011, el convocante en compañía de su hermana DIANA MARGARITA SANTRICH ARIAS acudió por cuenta de su EPS a la CLINICA LA CASTELLANA de esta ciudad, por presentar sensación de cuerpo extraño en su ojo derecho, dolor, enrojecimiento y lagrimeo del mismo, signos característicos de infección o ulcera en la córnea. Allí no fue valorado por un especialista, si no por el médico general BAYRON CARRILO quien determino que su afección era una conjuntivitis y no receto formula médica.
- 1.3 Varios días después el convocante en compañía de su padre EDUARDO SANTRICH MANJARRES, nuevamente acudió a la CLINICA LA CASTELLANA pues sus padecimientos se habían agravado, surgiendo una opacidad blanca en la córnea de su ojo derecho. En esta oportunidad medicina general receto polio tal y lo remitió al especialista.
- 1.4 Como era de esperarse, durante las dos semanas siguientes a la primera visita a la CLINICA LA CASTELLANA se produjo el agravamiento progresivo del padecimiento del convocante, tornándose borrosa su visión por OD acrecentándose el dolor y aumentando de tamaño la lesión blanquecina en la córnea del ojo derecho.
- 1.5 El día 19 de octubre de 2011 el convocante fue atendido en las instalaciones del HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS en esta fecha medicina general diagnostico ULCERA DE LA CORNEA ordeno aplicar naproxeno 250 mg y atención por oftalmología, pero este último servicio fue negado por la EPS convocada debido a que no estaba cubierto por el POS.
- 1.6 El 24 de octubre de 2012 la Secretaria de Salud Distrital de Santa Marta autorizo prestar el servicio de oftalmología a EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS.
- 1.7 El 25 de octubre de 2011 la convocada negó autorización de consulta por medicina especializada oftalmológica, debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.8 El 25 de octubre de 2012 EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS fue atendido por el oftalmólogo ALFREDO BAYTER quien ordeno con carácter URGENTE los medicamentos NATACYN y VIGAMOX y fijo cita de control en dos días.
- 1.9 Llama la atención que a pesar de ignorarse la causa de la ulcera valga decir si la misma era producida por un hongo virus o una bacteria; el médico tratante hubiere ordenado NATACYN siendo que dicho medicamento es anti hongos y su uso está contraindicado para infecciones virales o bacterianas. La ciencia médica indica que el aludido medicamento no debe utilizarse frente a una infección viral o bacteriana en el ojo. Este se usa para tratar infecciones causadas solamente por hongos.
- 1.10 El 25 de octubre de 2011 la convocada negó autorización del suministro del medicamento NATACYN SUSPENSION OFTALMICA, debido a que el mismo no estaba cubierto por el plan POS. Cabe aclarar que el valor comercial del aludido medicamento asciende a TRESCIENTOS MIL PESOS(\$300.000)



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

- 1.11 EL 3 de noviembre de 2012 el convocante fue atendido nuevamente en el HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS y allí se hizo constar la existencia de la ulcera corneal y dolor permanente en el ojo derecho. Se ordenaron medicamentos y fijo control para 8 días. Así mismo se dejó constancia de no haberse iniciado la aplicación del antibiótico NATACYN.
- 1.12 Para el 10 de noviembre de 2012 el convocante fue valorado por oftalmólogo en el HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS quien formulo nuevo tratamiento. Así mismo se dejó constancia de no haberse iniciado la aplicación del antibiótico NATACYN.
- 1.13 El 1 de diciembre de 2011 el oftalmólogo JUAN BERNAL DIAZ GRANADOS ordeno llevar a cabo con carácter prioritario QUERATOPLASTIA PENETRANTE DE OJO DERECHO.
- 1.14 El 2 de diciembre de 2011 la convocada negó autorización del procedimiento denominado QUERATOPLASTIA PENETRANTE DE OJO DERECHO debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.15 El 2 de diciembre de 2011 la convocada negó autorización de consulta de control por medicina especializada oftalmológica debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.16 El 9 de diciembre de 2011 el oftalmólogo RAFAEL MAZENET ordeno nuevamente aplicación de NATACYN pero la convocada se abstuvo de suministrarlo.
- 1.17 Luego de esa fecha, la convocante DIANA SANTRICH ARIAS logro adquirir por cuenta propia el medicamento NATACYN y comenzó la aplicación del mismo a su hermano EDUARDO.
- 1.18 EL 22 de diciembre de 2011 el oftalmólogo JUAN BERNAL DIAZGRANADOS dejo la siguiente aterradora constancia demostrativa de la negligente prestación del servicio de salud por parte de la convocada: *SE INSISTE EN OPP PARA CONTROLAR LA INFECCION DE OJO AFECTADO DE FORMA URGENTE ANTE EL RIESGO DE AVANZAR Y EMPEORAR EL CUADRO CLINICO PRESNENTE CON LOS POSIBLES RIESGOS Y COMPLICACIONES AL NO REALIZARLO PRONTAMENTE LLEGAMOS A COMPROMETER SERIAMENTE LA FUNCIONALIDAD DEL ORGANO.*
- 1.19 Para el 22 de diciembre de 2011 el convocante había perdido la visión por su ojo derecho.
- 1.20 El 11 de enero de 2012 se ordenó programar cita con anestesia general y electrocardiograma con miras a practicar posteriormente la intervención quirúrgica.
- 1.21 El 13 de enero de 2012 la convocada negó autorización de la consulta con anestesia y la práctica del electrocardiograma debido a que dicho servicio y examen no estaban cubiertos por el POS.
- 1.22 EL 12 de enero de 2012 era inminente la perforación de la córnea del ojo derecho del convocante y este acudió una vez más al HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS donde fue atendido or oftalmología dejándose la siguiente constancia: *ULCERA INFECCIOSA CORNEAL EN INMINENCIA DE PERFORACION. REQUIERE RECUBRIMIENTO CORNEAL BAJO ANESTESIA GENERAL.*
- 1.23 En esa fecha el especialista tratante emitió orden para llevar a cabo con carácter urgente el aludido procedimiento.
- 1.24 El 18 de enero de 2012 el convocante acudió a la FUNDACION CARDIO VASCULAR DE SANTA MARTA y fue atendido por el oftalmólogo MANUEL JOSE TRACEVEDO SALAZAR quien determino que la temida perforación ya se había verificado y ordeno practicar recubrimiento CONJUNTIVAL OD. El especialista hizo constar lo siguiente en la historia clínica: *MOTIVO DE CONSULTA: PACIENTE CON ULCERA CORNEAL PERDORADA EN TRATAMIENTO CON VIGAMX, NATACYN Y ATROPINA*



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

EVOLUCION DE 3 MESES. ENFERMEDAD ACTUAL: -BM OD: ULCERA CORNEAL CENTRAL PERFORADA CAMARA ANTERIOR BORRADA.

- 1.25 El 19 de enero de 2012 la convocada negó autorización de la práctica del procedimiento denominado REPARACION DE LACERACION O HERIDA CORNEAL CON INJERTO ESPESOR PARCIAL debido a que dicho procedimiento no estaba cubierto por el plan POS-S.
- 1.26 El 20 de enero se reunión comité científico técnico de CAPRECOM EPS y autorizo llevar a cabo REPARACION DE LACERACION O HERIDA CORNEAL CON INJERTO ESPESOR PARCIAL en el respectivo acta se dejaron las siguientes constancias.

RESUMEN DEL CUADRO CLINICO: PACIENTE CON ANTECEDENTES DE ULCERA CORNEAL INFECCIOSA OFTALMOLOGICA QUIEN ORDENA RECUBRIMIENTO CONJUNTIVAL BAJO ANESTESIA GENERAL POSTERIORMENTE ES AUTORIZADA POR SECRETARIA DE SALUD. VALORACION EN FUNDACION CARDIOVASCULAR. ESPECIALISTA DESCRIBE ULCERA CORNEAL PERFORADA CENTRAL. BORRAMIENTO DE CAMARA ANTERIOR FONDO DE OJO NO VALORABLE POR OPACIDAD DE MEDIOS ORDENA REPARACION DE LACERACION CON INJERTO ESPESOR PARCIAL.

DECISION DEL COMITÉ CIENTIFICO: ACEPTADO

ANALISIS DEL COMITÉ CIENTIFICO: PACIENTE CON ULCERA CORNEAL DE 3 MESES DE EVOLUCION SIN MEJORIA CON TRATAMIENTO FARMACOLOGICO. CON VIGAMOX. PROGRESIN DE PROCESO INFECCIOSO Y DETERIORO DE OTRAS ESTRUCTURAS OCULARES ESPECIALISTA ORDENA PROCEDIMIENTO QUIRURGICO PARA PREVENIR NECESIDAD DE EVISCERACION.

- 1.27 el 24 de enero de 2012 se emitió orden de autorización para la REPARACION DE LACERACION O HERIDA CORNEAL CON INJERTO ESPESOR PARCIAL.
- 1.28 El 26 de enero de 2012 el oftalmólogo JUAN BERNAL DIAZGRANADOS emitió orden de hospitalización urgente.
- 1.29 El 28 de enero de 2012 al convocante le fue practicado recubrimiento conjuntival en ojo izquierdo.
- 1.30 El 3 de febrero de 2012 la convocada negó autorización de consulta de control por medicina especializada oftalmológica debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el POS.
- 1.31 Debido a la existencia de 2 úlceras perforantes en el ojo derecho del actor el 9 de febrero de 2012 el oftalmólogo JUAN BERNAN DIAZGRANADOS recomendó practicar la evisceración del ojo derecho + implante + sutura escleral: procedimientos cuya autorización fue negada el 10 de febrero del mismo año.
- 1.32 El 23 de febrero de 2012 le fue practicada al actor la evisceración de su ojo derecho.
- 1.33 El 23 de marzo de 2012 la convocada negó autorización de consulta de control por medicina especializada oftalmológica debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.34 EL 16 de abril de 2012 la convocada negó autorización de consulta de control por medicina especializada oftalmológica debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.35 El 20 de abril de 2012 la convocada negó autorización de consulta por optometría, debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.
- 1.36 El 16 de julio de 2012 la convocada negó autorización para el implante de prótesis ocular debido a que dicho servicio no estaba cubierto por el plan POS.



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

- 1.37 Después de múltiples dilaciones y negaciones EDUARDO ALBERTOO SANTRICH ARIAS recibió el implante ocular.
- 1.38 El día 5 de junio de 2013 la convocada autorizo consulta de control por medicina especializada oftalmológica.
- 1.39 Según lo indica la ciencia médica cada 3 o 5 años el convocante deberá cambiar su prótesis ocular.
- 1.40 La ciencia médica ordena el siguiente tratamiento para la ulcera o infección de la córnea.

EL TRATAMIENTO DE LAS ULCERAS Y LAS INFECCIONES CORNEALES DEPENDE DE LA CAUSA Y DEBE INICIARSE LO MAS PRONTO POSIBLE PARA PREVENIR CICATRIZACION DE LA CORNEA.

SI LA CAUSA EXACTA SE DESCONOCE LOS PACIENTES PUEDEN EMPEZAR EL TRATAMIENTO CON GOTAS ANTIBIOTICAS QUE SEAN EFECTIVAS CONTRA MUCHAS CLASES DE BACTERIAS.

UNA VEZ QUE SE SEPA LA CAUSA EXACTA SE PRESCRIBEN GOTAS PARA TRATAR BACTERIAS, HERPES OTROS VIRUS O UN HONGO.

- 1.41 La ciencia médica indica que las infecciones y úlceras corneales que no reciben tratamiento oportuno y eficaz pueden llevar a pérdida del ojo infrecuente. Pérdida considerable de la visión y cicatrices en la córnea.
- 1.42 En el caso concreto existió deficiente prestación del servicio médico dado que en su primera cita, a principios de octubre de 2011 el convocante no fue atendido por un especialista. Adicionalmente por cuanto el actor no se le ordenaron oportunamente los exámenes especializados para determinar la causa exacta de la ulcera e infección corneal, para así luego de ello impartir el tratamiento correspondiente a fin de prevenir el resultado fatal presentado.
- 1.43 Aun a pesar de desconocerse la causa de la ulcera ha debido iniciarse el tratamiento con gotas antibióticas efectivas contra muchas clases de bacterias lo cual no se hizo.
- 1.44 Igualmente se cuestiona el hecho de haberse negado el suministro del medicamento **NATACYN** muy a pesar de haberlo ordenado los especialistas tratantes adscritos a la convocada.
- 1.45 La omisión de la convocada impidió determinar con exactitud la causa exacta del padecimiento del convocante valga decir si se trató de bacterias, herpes otros virus o de un hongo etc. Motivo por el cual el tratamiento impartido no fue idóneo o adecuado y prueba de ello fue que la ulcera o infección se propago con el paso del tiempo.
- 1.46 La ciencia médica aconseja que en las úlceras corneales bacterianas se intente la identificación del germen a través de coloraciones Gram Giemsa o cultivos.
- 1.47 Otra fuente de literatura médica indica que en casos como el presente inicialmente se inicia tratamiento empírico con midriáticos, antibióticos, tópicos y sistémicos y se solicitó la preparación de colirios reforzados de vancomicina y ceftazidima.
- 1.48 Lastimosamente los especialistas al servicio de la convocada que atendieron a mi representado olvidaron que el uso de técnicas de laboratorio es de extrema importancia en el diagnostico etiológico de una queratitis infecciosa y en su tratamiento.



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA –Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

- 1.49 Ahora bien, si la ulcera no pudo ser combatida con medicamentos se ha debido ordenar y practicar de manera oportuna al convocante una cirugía para mantener la visión de su ojo derecho.
- 1.50 Ante la conducta omisiva de la convocada el proceso infeccioso progreso perforo la córnea y afecto otras estructuras oculares trayendo como resultado fatal la evisceración del ojo derecho del convocante.
- 1.51 El consejo de estado en materia de responsabilidad medica acogió la tesis de la pérdida de un chance u oportunidad consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad por el solo hecho de no brindar acceso a un tratamiento incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo muestra que pese a su eventual practica el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.
- 1.52 Como si lo anterior no fuera poco la convocada dilato en grado sumo la autorización para el implante ocular del actor, quien se vio obligado durante mucho tiempo a realizar sus actividades cotidianas e interrelacionarse con grave afectación de su estética.
- 1.53 **EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS** sufrió y seguirá sufriendo profundas alteraciones no solo como consecuencia de la incapacidad laboral que le ha quedado si no especialmente porque las condiciones de vida y expectativas de progreso personal se han visto limitadas y restringidas en sus respectivas esferas de desenvolvimiento social y laboral lo que ha originado en él un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realiza.
- 1.54 **EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS** experimento un brusco cambio de la imagen que tenia de sí mismo y de la que los demás tenían del hecho que no configura un perjuicio estético.

Fundamentos de derecho

La parte demandante invocó como fundamentos de derecho las siguientes normas: Constitución Política de Colombia: Artículos 2, 28, 29, 90,91 y 124 Así mismo, el fallo proferido por el Consejo de Estado el 19 de agosto de 2011 radicación n° 63001-23-31-000-1998-00812-01 (20114) DEMANDANTE: orbilia Garzón DEMANDADO: Nación – departamento del Quindío – hospital universitario del Quindío san juan de dios C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO.

Contestación de la demanda.

Pese haberse notificado personalmente el auto admisorio de la demanda y haberse corrido el traslado ordenado en el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, la entidad demandada **CAPRECOM EPS-S** no presentó contestación de demanda.

TRAMITE PROCESAL

En cumplimiento de las etapas regladas en el artículo 179 de la ley 1437 de 2011, y previa observancia del debido proceso y del derecho de defensa de todas las partes, al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario surtiéndose las etapas procesales que se mencionan a continuación:



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

AUTO ADMISORIO	GASTOS PROCESALES	CONST. NOTIF A LAS DEMANDADAS	AUTO FIJA FECHA	AUDIENCIA INICIAL	AUDIENCIA DE PRUEBAS
De fecha 21 de noviembre de 2013. Folio 157 (cuaderno 1) Publicada en estado del 22 de noviembre de 2013.	Mediante memorial radicado en la secretaría de este despacho el 4 de diciembre de 2013, el apoderado de los actores aportó los gastos procesales (fl 158-159 cuaderno 1)	♦Oficios de Notificaciones, acuso de recibido y envío físico del traslado de la demanda por parte de la accionada, agente del ministerio público y Agencia de Defensa Jurídica del Estado. (f.160-166 cuaderno 1)	Mediante proveído del 23 de mayo de 2014 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial. Se notificó en estado 26 de mayo de 2014. Se libraron las citaciones visibles a folio 173 cuaderno 1.	El 2 de junio de 2014, se llevó a cabo la audiencia inicial en cumplimiento a lo normado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo al acta y medio magnético, obrantes a folios 174-178 cuaderno 1.	Conforme lo dispone el artículo 181, el 02 de junio de 2015 se realizó la audiencia de pruebas, como se hace constar en acta y medio magnético, incorporado en debida forma al expediente, obrantes a folios 304-306 cuaderno 1. El día 13 de agosto de 2014 se continuo con el trámite de la audiencia de pruebas fls 397-398

Audiencia inicial

En la precitada audiencia, se realizó el saneamiento de las posibles nulidades, se ahondó acerca de la posibilidad de conciliación entre las partes, se decretaron las pruebas y se procedió a fijar el litigio circunscribiéndolo a los siguientes hechos:

- Que el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS se encuentra afiliado a CAPRECOM EPS desde el 1 de febrero de 2011.
- Que a principios del mes de octubre de 2011, el convocante en compañía DIANA MARGARITA SANTRICH ARIAS acudió por cuenta de su EPS a la CLINICA LA CASTELLANA de esta ciudad por presentar sensación de cuerpo extraño en su ojo derecho, dolor, enrojecimiento y lagrimeo allí fue valorado por el medio general BAYRON CARRILLO quien determino que su afección era una conjuntivitis y no receto formula médica.
- Que varios días después, el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS nuevamente acudió a la CLINICA LA CASTELLANA pues sus padecimientos se habían agravado surgiendo una opacidad blanca en la córnea de su ojo derecho.
- Que el 19 de octubre de 2011 el convocante fue atendido en las instalaciones del Hospital Universitario Fernando Troconis y le diagnosticaron "ULCERA DE LA CORNEA" y le ordenaron aplicarse NAPROXENO 250 mg y atención oftalmológica pero este último servicio fue negado por la EPS CAPRECOM debido a que no estaba cubierto por el plan POS.
- Que el 1 de diciembre de 2011 el oftalmólogo JUAN BERNAL DIAZGRANADOS ordeno llevar a cabo con carácter prioritario QUETAROPLASTIA PENETRANTE DE OJO DERECHO Y CONSULTA DE



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

CONTROL POR MEDICINA ESPECIALIZADA OFTALMOLOGICA y que CAPRECOM EPS negó sendos servicios y autorizaciones prescritos al señor EDUARDO SANTRICH con ocasión de su padecimiento ocular.

- Que el 22 de diciembre de 2011 el convocante habría perdido la visión por su ojo derecho.
- Que el 18 de enero de 2012 el oftalmólogo MANUEL JOSE TRACEVEDO SALAZAR determino que el actor padecía de ULCERA CORNEAL PERDORADA.
- Que el 23 de febrero de 2012 le fue practicada al actor la evisceración de su ojo derecho.

Se estableció que debía ser objeto de debate probatorio si la atención recibida por el señor EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS fue oportuna y eficiente a efectos de tratar la afección que este padecía en su ojo derecho o por el contrario si este pudo experimentar una pérdida de oportunidad en la recuperación de la visión de su ojo derecho y si como consecuencia de lo anterior se generaron perjuicios al actor.

Se fijó como problema jurídico el siguiente:

Establecer si el actor recibió de manera oportuna y adecuada los servicios médicos con ocasión de la enfermedad padecida.

De ser negativa surge otro interrogante: el actor de haber obtenido un diagnóstico y tratamiento oportuno de la afección que padecía habría tenido la oportunidad de erradicar la enfermedad y la posibilidad de sanación en su ojo derecho?

Así mismo durante el curso de la audiencia inicial se decretaron las pruebas que corren de folios 17 – 145 cuaderno principal N° 1.

Por otra parte el despacho accedió a la práctica de las siguientes pruebas:

- Oficiar al Hospital Universitario Fernando Troconis, E.S.E. Alejandro Prospero Reverend y Clínica la Castellana para que remitieran copia autentica de la historia clínica del señor EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS.
- Se accedió al dictamen pericial solicitado por la parte actora en tal sentido se ofició a la FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL para que llevara a cabo la pericia.
- Se ordenó remitir al señor EDUARDO ALBERTO SANTRICH ARIAS a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que determinara su porcentaje de incapacidad física y laboral.
- Finalmente se accedió a la práctica de los testimonios de los señores SOCORRO VERGEL ARIAS, ROSARIO SANTRICH, HORTENCIA SANTRICH DE ZULUAGA, MARIA HINCAPIE, ANDRES BRUGES PEREZ, ALFREDO BAYTER, JUAN JOSE BERNAN DIAZGRANADOS, RAFAEL MAZENET, FRANCISCO ESCOBAR SILEBI, MANUEL TRACEVEDO.

Audiencia de pruebas

El 2 de junio de 2015, se inició con la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la ley 1437 de 2011, el señor juez hizo referencia a los documentos tenidos como pruebas que obran de folio 17-129.

Acto seguido se pronunció sobre las pruebas decretadas y dispuso iniciar tramite correccional sancionatorio contra la CLINICA LA CASTELLANA por omitir el cumplimiento de la ordenación impartida por este despacho, mientras que declaro como efectivamente recaudadas las pruebas solicitadas al Hospital Universitario Fernando Troconis y la E.S.E. Alejandro Prospero Reverend.

Se refirió con respecto a la prueba solicitada a la Junta de Calificación Regional de invalidez en el sentido de oficiarla para que remitiera con destino a este proceso el dictamen solicitado, mientras que con respecto a el



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

dictamen solicitado a la FUNDACION OFTALMOLOGICA NACIONAL dada la imposibilidad de su practica el señor Juez estimo que si eventualmente de los testimonios de los expertos en oftalmología llegare a considerarse suficientes no habría necesidad de la práctica de la prueba en caso contrario se insistiría en ella.

Finalmente se procedió a recepcionar los testimonios de los señores FRANCISCO ESCOBAR SILEBI, MANUEL TRACEVEDO, ALFREDO BAYTER JELKH y prescindió de los testimonios de los médicos RAFAEL MAZENET y JUAN JOSE BERNAL DIAZGRANADOS.

Se fijó nueva fecha de audiencia para el día 4 de septiembre de 2014 a efectos de continuar con la presente audiencia de pruebas.

Llegado el día y la hora se continuo con el curso de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la ley 1437 de 2011 en donde se recepcionaron los testimonios de las señora SOCORRO VERGEL ARIAS, ROSARIO SANTRICH, HORTENCIA SANTRICH DE ZULUAGA, MARIA HINCAPIE y ANDRES BRUGES así mismo insistió en la práctica de la prueba pericial por tanto ordeno oficial al gerente del Centro Oftalmológico Carriazo para que designará un especialista en oncología a efectos de que realizara el dictamen para lo cual fijo nueva fecha para la sustentación del citado dictamen el día 23 de septiembre de 2014.

Llegada la fecha se continuo con la audiencia de pruebas y en el curso de esta se dispuso cesar el tramite correccional sancionatorio iniciado en contra de la Junta de Calificación Regional de Invalidez y se procedió a la sustentación del dictamen, finalmente se fijó nueva fecha para continuar con la presente audiencia en virtud de que el perito designado por el Centro Oftalmológico Especializado Carriazo no pudo concurrir a la diligencia.

Finalmente y luego de suspender nuevamente la audiencia, el día 14 de octubre de 2015 se llevó a cabo la sustentación del dictamen rendido por el Centro Oftalmológico Especializado Carriazo por parte del señor **JOSE CARLOS LORA** y se entendieron perfectamente recaudadas todas las pruebas dentro de la presente contención.

Se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en su lugar se ordenó correr traslado por el término común de 10 para alegar de conclusión por escrito.

Alegaciones

La parte actora luego de referirse a los hechos probados dentro de la contención alegó concluyendo que ante la acreditación de la falla del servicio debía manejarse atendiendo a la pérdida de oportunidad ya que a partir de la valoración de la prueba testimonial y pericial quedo claro que la atención medica prestada por **CAPRECOM EPS** no fue diligente, oportuna ni cuidadosa y que dicha entidad al propiciar el avance de la enfermedad y no controlarla habiendo aun posibilidad para ello lo que hizo fue aumentar el riesgo para el demandante, razón por la cual solicito se condenara a la parte demandada.

Por su parte el apoderado de la parte demandada, señalo que la conducta del paciente en no regresar a los 3 días de haber sido atendido genera una interrupción en el nexo causal endilgado a **CAPRECOM EPS** o en el peor de los casos para el actor sin que se entendiera que estuvieses aceptando la responsabilidad disminuye el quantum indemnizatorio pues el señor **EDUARDO SANTRICH ARIAS** con su actuar omisiva contribuyo al agravamiento de su padecimiento y al desafortunado enlace de su enfermedad.

2. CONSIDERACIONES

En el subexamine, los actores solicitan que se declare a CAPRECOM EPS-S, administrativamente responsable de los daños y perjuicios materiales e inmateriales al señor EDUARDO SANTRICH ARIAS como



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

consecuencia de la pérdida de oportunidad en la mejoría de la salud de su ojo por las afecciones padecidas a raíz de la deficiente y tardía prestación del servicio de salud.

Indica el litigante del extremo actor, que en reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se ha dicho que la pérdida de oportunidad surge con ocasión de una deficiencia en la prestación del servicio de salud la cual trae como consecuencia un daño antijurídico, ocasionado a los actores, que debe imputado a CAPRECOM EPS-S y que éste se encuentra en la obligación inexorable de responder.

Por su parte el extremo accionado se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto no existió demora en la prestación del servicio médico, por cuanto estos fueron prestados de manera oportuna.

En ese orden de ideas, antes de resolver el problema jurídico planteado en la audiencia inicial, se hace necesario examinar la normatividad que regula la responsabilidad patrimonial del estado y el régimen de imputación aplicable a los hechos debatidos.

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 19 de abril de 2012², unificó su posición en el sentido de indicar que:

“En lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto tácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación y por ello concluyó en la mencionada sentencia”

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia

Ahora bien, según reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa, la responsabilidad que recae sobre Estado por actividades médico-asistenciales se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio y por ende, en tratándose del carácter técnico de esta actividad y a la dificultad probatoria, el nexo causal podrá acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada.

Así, enmarcados dentro del contexto anterior, en el caso sub-judice se examinarán los elementos constitutivos de la responsabilidad, haciéndose claridad que el régimen de imputación que habrá de emplearse será el de falla probada del servicio como más adelante se explicará; por tanto es preciso entrar a valorar las pruebas allegadas a efectos de establecer si las suplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

En la audiencia inicial se planteó el siguiente problema jurídico:

Establecer si el actor recibió de manera oportuna y adecuada los servicios médicos con ocasión de la enfermedad padecida.

De ser negativa surge otro interrogante: el actor de haber obtenido un diagnóstico y tratamiento oportuno de la afección que padecía habría tenido la oportunidad de erradicar la enfermedad y la posibilidad de sanación en su ojo derecho?

La tesis que sostendrá el despacho es la siguiente:

Se accederá a las suplicas de la demanda por cuanto en el subexamine, se evidencia claramente la pérdida de la oportunidad de recuperar la salud del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS, toda vez que la omisión de CAPRECOM EPS-S, en autorizar de manera oportuna, los exámenes de diagnóstico y el suministro del



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

medicamento recomendado por los médicos tratantes para evitar un impacto funesto en el pronóstico de su enfermedad, le restó oportunidades de eventualmente experimentar una mejoría en la salud de su ojo. Por lo tanto, este despacho declarara la responsabilidad de CAPRECOM EPS-S por la pérdida del chance en la curación del actor la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de la entidad.

Hechos Probados

Tiendo en cuenta la relación de pruebas allegadas al proceso se puede establecer con claridad que se encuentran probados los siguientes supuestos fácticos:

Durante el curso de la audiencia inicial celebrada el día 2 de junio del año 2014 el señor Juez declaro como probados los siguientes hechos:

- Que el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS se encuentra afiliado a CAPRECOM EPS desde el 1 de febrero de 2011.
- Que a principios del mes de octubre de 2011, el demandante en compañía DIANA MARGARITA SANTRICH ARIAS acudió por cuenta de su EPS a la CLINICA LA CASTELLANA de esta ciudad por presentar sensación de cuerpo extraño en su ojo derecho, dolor, enrojecimiento y lagrimeo allí fue valorado por el medio general BAYRON CARRILLO quien determino que su afección era una conjuntivitis y no receto formula médica.
- Que varios días después, el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS nuevamente acudió a la CLINICA LA CASTELLANA pues sus padecimientos se habían agravado surgiendo una opacidad blanca en la córnea de su ojo derecho.
- Que el 19 de octubre de 2011 el convocante fue atendido en las instalaciones del Hospital Universitario Fernando Troconis y le diagnosticaron "ULCERA DE LA CORNEA" y le ordenaron aplicarse NAPROXENO 250 mg y atención oftalmológica pero este último servicio fue negado por la EPS CAPRECOM debido a que no estaba cubierto por el plan POS.
- Que el 1 de diciembre de 2011 el oftalmólogo JUAN BERNAL DIAZGRANADOS ordeno llevar a cabo con carácter prioritario QUETAROPLASTIA PENETRANTE DE OJO DERECHO Y CONSULTA DE CONTROL POR MEDICINA ESPECIALIZADA OFTALMOLOGICA y que CAPRECOM EPS negó sendos servicios y autorizaciones prescritos al señor EDUARDO SANTRICH con ocasión de su padecimiento ocular.
- Que para el 22 de diciembre de 2011 el actor había perdido la visión por su ojo derecho.
- Que el 18 de enero de 2012 el oftalmólogo MANUEL JOSE TRACEVEDO SALAZAR determino que el actor padecía de ULCERA CORNEAL PERFORADA.
- Que el 23 de febrero de 2012 le fue practicada al actor la evisceración de su ojo derecho.

Del recaudo efectuado en la etapa probatoria se pudieron probar los siguientes hechos:

Del dictamen pericial aportado por el Médico Oftalmólogo Dr. JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES obrante de folios 131-135 del cuaderno N° 2 que fue ratificado y sustentado en la audiencia de pruebas celebrada el día 14 de octubre de 2015, se infiere que el tratamiento brindado al señor EDUARDO SANTRICH ARIAS no fue oportuno, esto en consideración a la siguiente respuesta



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

4 pregunta: se le brindo o no una adecuada y oportuna atención medica por parte de Caprecom EPS mientras padeció ulcera o infección en la córnea de su ojo derecho?

Respuesta: El paciente recibió atención oportuna por parte del médico general y del médico especialista, pero los tratamientos indicados no fueron proporcionados oportunamente. En la historia clínica suministrada se evidencia que el NATACYN indicado por el oftalmólogo no se inició oportunamente, tampoco fue realizada oportunamente la queratoplastia penetrante indicada el 1 de diciembre de 2011. La probabilidad de recuperar la visión por el ojo afectado actualmente es 0%. La pérdida total de la visión por el ojo derecho del paciente es permanente y no se puede recuperar.

Así mismo se encuentra probado dentro del proceso gracias al dictamen emanado de la Junta de calificación Regional de Invalidez del Magdalena obrante de folios 122 a 126 del cuaderno N° 2 y debidamente sustentado por la Dra. MARTHA LOURDES DINERO durante el curso de la audiencia de pruebas celebrada el día 13 de agosto de 2014, que el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS fue calificado con un 15% de minusvalía siendo la calificación máxima posible un 30%.

De las pruebas documentales arrojadas al proceso (Historia Clínica), las cuales no fueron controvertidas por el ente accionado, se advierte que no se registra, por parte de CAPRECOM EPS-S, actividad tendiente a autorizar, de manera oportuna, los servicios médicos que el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS requería para la obtención de un diagnóstico oportuno e iniciar el correspondiente tratamiento en pro de cesar el padecimiento que sufría su ojo derecho.

Ahora bien, luego de habersele practicado los exámenes requeridos por los galenos tratantes, estudios que permitieron establecer que el actor padecía de una ULCERA MICOTICA causada por hongos y que debía ser tratada en la mayor brevedad posible a efectos de salvaguardar la visión del mismo. la entidad accionada continuaba en su negativa de autorizar los procedimientos requeridos para lograr dicho cometido y en ese transcurso del tiempo, la salud del ojo derecho del actor mermaba; además, de la peritación rendida por el médico oftalmólogo JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES, la cual no fue controvertida por las partes, es posible concluir que si el tratamiento se hubiese iniciado con la antelación debida se hubiese podido combatir efectivamente la ulcera y se habría evitado la pérdida de visión del actor, sin embargo señala el perito ello no fue posible en virtud de que la demandada no brindo el tratamiento oportuno.

En el sub lite, respecto del acervo probatorio referenciado se infiere que la entidad demandada falto al cumplimiento de las obligaciones de protección medico asistencial para con el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS, lo cual llevó a que el estado de salud de su ojo derecho se deteriorara y disminuyera las posibilidades de recuperación hasta tal punto que finalmente el actor perdió su visión.

Entonces, en ese orden de ideas, se estima que CAPRECOM EPS-S esta llamada a responder patrimonialmente en este proceso por la pérdida de oportunidad que tuvo el accionante de probablemente recuperar la salud. Se reitera, el dictamen pericial rendido por el profesional de oftalmología, adscrito a la CLINICA CARRIAZO, doctor JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES es certero en señalar que:

“El tratamiento inicial formulado el 11 de octubre de 2011 no fue adecuado. El tratamiento con vigamox formulado el 20 de octubre de 2011 si fue adecuado y oportuno. El día 25 de octubre de 2011 se le indico NATACYN (antimicótico) pero según lo consignado en la historia clínica el paciente nunca lo recibió.”

En cuanto al fármaco antimicótico denominado NATACYN vale la pena resaltar que en la declaración rendida por el médico oftalmólogo FRANCISCO ESCOBAR SILEBI durante el curso de la audiencia inicial este fue claro en afirmar:



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

“de todos los medicamentos que hay en el mercado, el único efectivo para combatir la ulcera micotica es el denominado NATACYN y si no hay un tratamiento oportuno el germen causante de la ulcera sigue invadiendo el área corneal perfora el ojo y se pierde el ojo.”

Así las cosas, para el subexamine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la visión en su ojo derecho del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS, toda vez que la omisión de CAPRECOM EPS-S, en autorizar y suministrar de manera oportuna los fármacos y tratamientos formulados por los médicos tratantes, impidieron que eventualmente este pudiese recuperar la visión, restándole así oportunidades de experimentar una mejoría en su salud. Por lo tanto, este despacho declarara la responsabilidad de CAPRECOM EPS-S por la pérdida del chance en la curación del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS la cual tiene relación y/o nexo directo con la actuación de la 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 del órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 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 comporta³, 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 al 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—.

Así mismo se trae a colación la sentencia dictada el 26 de abril de 1999, que sobre el particular expuso:

“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’une 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



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

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 duros. 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.**

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 indiciariamente'...'. (Negrillas en el texto original).

Ahora bien, en cuanto a la prueba de la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha decantado que ésta puede demostrarse con apoyo en prueba indiciaria⁵—, de la necesidad de cuantificar científica y estadísticamente la probabilidad de acceder a una ventaja o de evitar un perjuicio que desapareció como consecuencia de la acción o de la omisión del demandado y, especialmente, la insoslayable exigencia de que entre el hecho dañino y la pérdida de chance como daño a reparar se acredite —como no podría ser de otro modo— la existencia del correspondiente ligamen 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 demanda⁶:

“ 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.

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



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

prestarla 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 indiciarla 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

172

La pérdida de oportunidad en el presente caso

Una vez estudiado el asunto sometido a consideración es dable establecer por parte del despacho que en el caso de marras nos encontramos ante un evidente caso de pérdida de chance u oportunidad por parte del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS en virtud de la no realización del tratamiento oportuno a la ulcera micotica padecida en su ojo derecho, sin embargo por las consideraciones que se expondrán a continuación se disminuirá en un porcentaje proporcional las sumas de dinero a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad.

Pues bien, encuentra el despacho que en la audiencia de pruebas celebrada el 14 de octubre de 2015 el Dr. JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES quien efectuó en dicha diligencia la sustentación del dictamen pericial que rindió ante esta colegiatura aclaró las consecuencias emanadas de las omisiones tanto de CAPRECOM EPS – S como del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS.

En este sentido apunta el perito que la atención por parte de CAPRECOM EPS-S tanto en medicina general como en medicina especializada y más específicamente oftalmológica fue adecuada, sin embargo también es bastante certero al afirmar que la prescripción de corticoides y el tardío suministro del NATACYN contribuyeron al trágico desenlace que en el caso en concreto fue la perdida de la visión en el ojo derecho del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS.

Señala el Dr. LORA MARTIN LEYES que los corticoides son un tipo de antiinflamatorio que disminuye la cicatrización y que baja las defensas lo que hace que el microorganismo tome más fuerza y se prolifere más rápido en el ojo, además de ello también señala que pese a que la atención por parte del médico oftalmólogo fue oportuna, la falta del suministro del NATACYN por parte de la entidad demandada privo al accionante de la oportunidad de mejoría en la salud de su ojo derecho ya que como el mismo lo indico en el dictamen pericial y en su posterior sustentación del mismo al momento de la atención por parte del oftalmólogo, la córnea del ojo derecho del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS no se encontraba perforada razón por la cual era perfectamente viable eliminar la ulcera y con ello salvar la visión del ojo.

Con lo anterior, se comprueba por parte del despacho la pérdida de oportunidad endilgada a CAPRECOM EPS, sin embargo vale la pena precisar que el señor EDUARDO SANTRICH ARIAS incurrió en una omisión que acarrearía una disminución en las sumas de dinero que más adelante se reconocerán, puesto a que tal y como lo expuso el perito, el accionante fue citado por el médico general dentro de los 3 días siguientes a la primera cita, y este solo acudió nuevamente a revisión dentro de los siete días siguientes, tal retraso a juicio del despacho, que se fundamenta en las afirmaciones contenidas en la experticia rendida por el Dr. JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES, se concluye que el retraso del actor también posibilitó que la ulcera se agrandara y que



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

proliferara el organismo que estaba afectando la salud del ojo derecho del señor EDUARDO SANTRICH ARIAS.

Por lo anterior, el despacho dará aplicación a la figura de la compensación de culpas, tal como lo posibilita el artículo 2357 del Código Civil, considerándose razonable reducir el quantum de la condena a imponer en un 50%, pues ciertamente el retraso en cumplir la cita que le hubiere efectuado el médico tratante también repercutió en la pérdida de oportunidad, conforme lo puso de presente el perito doctor JOSE CARLOS LORA MARTIN LEYES..

Sobre la aplicación de esta figura en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, en providencia del 14 de mayo de 2012, proferida dentro del expediente radicado bajo el número 54001-23-31-000-1997-03211-01(23710), la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló:

"El Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (art. 2.357 Código Civil) es aquel que contribuye, de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño".

Indemnización de Perjuicios

Antes de entrar a analizar sobre la indemnización de los perjuicios reclamados por los actores, este despacho, en virtud de los problemas que surge en los eventos de la pérdida de oportunidad en cuanto a la forma como indemnizar el perjuicio, considera necesario recordar, lo que sobre ese aspecto ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que además se reseñan cuáles serían los requisitos principales para hablar de pérdida de oportunidad, como un perjuicio autónomo e indemnizable, así:

"Conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados sobre el tema, puede llegarse a la conclusión de que para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por 'pérdida de oportunidad' en materia de responsabilidad médica, se requiere acreditar'- "(i) Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada.

"Debe destacarse que, conforme a lo sostenido por la Sala, la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra no sólo 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, sino que también se refiere a 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, hasta que culmina su demanda del servicio, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo.

"(ii) Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.

"(iii) Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad. Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse,



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad.

Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un sucedáneo para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.

"(iv) El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud. "¹⁰

Así mismo, en sentencia del 11 de agosto de 2010¹¹, que recoge las principales tesis adoptadas por esa Corporación en materia de pérdida de oportunidad. En dicho pronunciamiento refino su posición en torno al tema, bajo el entendimiento del daño autónomo, y en sus apartes más importantes, señaló:

"A juicio de la Sala, dentro del expediente no obran los medios de convicción necesarios para determinar, con claridad meridiana, que la causa determinante del daño hubiere sido la falta de evaluaciones encaminadas a determinar la gravedad de la lesión; dicho de otra manera, no existe certeza acerca de que la entidad demandada hubiere practicado los exámenes para establecer cuál era en realidad la lesión padecida por la víctima y la gravedad de la misma, ello habría impedido que el señor Carlos Humberto Valencia Monsalve hubiese fallecido.

"No obstante lo anterior, la Sala estima que el daño antijurídico sufrido por la parte demandante sí debe repararse, por cuanto la falta de evaluaciones y, en general, la ausencia de atención idónea y necesaria para determinar la dimensión de la lesión padecida por el paciente y su respectivo tratamiento compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada a través de la pérdida de oportunidad, frente a lo cual cabe señalar:

"2. - La "pérdida de oportunidad" o "pérdida de chance " como modalidad del daño a reparar

"Se ha señalado que las expresiones "chance" u "oportunidad" resultan próximas a otras como "ocasión", "probabilidad" o "expectativa" y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limitrofe que se corresponde con " una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento —, habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades "¹².

"(...) La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre.. la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de Incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que "esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la 'carrera' de concatenación causa/ v temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”13.

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño.”

En ese orden, la sentencia trazó los requisitos de procedencia de la pérdida de oportunidad como daño Autónomo, así:

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”14 de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes15;

“(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida16: lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar: por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

“Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían17—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto táctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”18.

A pesar de que el pronunciamiento en referencia adopta la posición de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo, también se hace referencia a la postura de acuerdo con la cual esta figura es un instrumento de facilitación probatoria:



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

"De acuerdo con esta concepción, entonces, la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal"¹⁹, por manera que no deben catalogarse como "pérdida de chance" ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance "cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada" (Destaca la Sala).

"No obstante las aparentemente irreconciliables diferencias a las cuales conduciría la anotada disparidad de enfoques respecto del ámbito en el cual procede estudiar la naturaleza y los alcances de la noción de "pérdida de oportunidad" —esto es, si se trata de un elemento relacionado con el examen de la relación causal o si, en cambio, constituye una modalidad de daño autónoma—, llama la atención que incluso quienes defienden que la operatividad de la figura en comento tiene lugar en el territorio de la causalidad, concluyen que la pérdida de chance da lugar a que se repare un daño que no coincide con la plena ventaja que se esperaba obtener o con el detrimento cuya evitación se pretendía, sino que, por el contrario, la aludida atenuación o facilitación de la prueba del nexo causal da lugar ora a una indemnización siguiendo la regla de la responsabilidad Proporcional —lo cual evidencia, en criterio de la Sala, que es la oportunidad perdida el daño que realmente se repara, en proporción al monto de la indemnización que procedería si se dispusiere la reparación con referencia al Beneficio perdido—, ora, sin ambages, a la indemnización de un rubro del daño respecto del cual la relación causal con el hecho dañino sí se encuentra acreditada —la pérdida del chance—

A renglón seguido, se tomó partido por la tesis del daño autónomo, en los siguientes términos:

"A juicio de la Sala, el panorama expuesto permite concluir que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido por la víctima, de suerte que se condene —con apoyo en la figura en cuestión— a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad.

Sobre la forma cómo deben ser indemnizados estos eventos, puntualizó:

"Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

"En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenga un valor y que es éste el



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino."

Nótese que el aparte reseñado descarta el reconocimiento total de la ventaja a la que se aspiraba o del perjuicio que no pudo ser evitado, pues se considera que la oportunidad desaparecida entraña un valor en sí mismo, aunque inferior al resultado final. A continuación, se afirmó que el cálculo de esas probabilidades perdidas debía realizarse en función de recursos estadísticos y probabilidades matemáticas. Y finalmente, sobre las sumas de indemnización de lo que se consideró un perjuicio autónomo, que es la cuestión más problemática de este tema, la Sección Tercera, adoptó la siguiente posición:

5.1 Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

"Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y tratar de sobrevivir, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda,

comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

"En este punto importa resaltar que si bien, de conformidad con lo antes expuesto a lo largo de la presente providencia, el daño que se ha de indemnizar no será propiamente el que corresponde a la muerte del señor Carlos Humberto Valencia Monsalve, sino el de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional, no por ello se desconocerá el principio de congruencia en cuya virtud el juez en sus decisiones debe ceñirse estrictamente al petitorio de la demanda o a las razones de defensa y las excepciones que invoque o alegue el demandado, porque en el presente caso una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir con claridad que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente a identificar el hecho dañoso con la muerte del señor Valencia Monsalve sino que también se expuso, como configurativo del mismo, la omisión o la abstención del personal médico y de enfermería que se encontraban en la obligación legal de otorgarle al paciente la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria correspondiente, inacción que, precisamente equivale a la negación de la oportunidad que se ha venido destacando, de lo cual se infiere sin dificultad alguna que sobre esa base táctica se encuentran edificadas las pretensiones de la demanda, que la Sala aquí acogerá en punto de la aludida pérdida de oportunidad, en cuanto a través de ellas se ha solicitado que se declare "... que el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA -Servicio Seccional de Salud- y el HOSPITAL SAN LORENZO del Municipio de Liborina - Antioquia, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes ..." (Se subraya y se resalta), daños que, naturalmente, deben tener origen directo en los hechos de la demanda, entre los cuales se encuentra, según se ha explicado y bueno es reiterarlo, el daño consistente en la tantas veces referida pérdida de oportunidad.

"(...) Por consiguiente, se reconocerá para cada uno de los padres de la víctima, un monto equivalente a sesenta (60) S.M.L.M. V., y para cada uno de los hermanos, treinta (30) S.M.L.M. V., por concepto del daño consistente en la pérdida de la oportunidad.



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:
EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

(...) 5.2. - Perjuicios morales.

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

"Para cada uno de los padres y para la compañera permanente de la víctima, un monto equivalente a treinta (30) S.M.L.M. V., y para cada uno de los hermanos, quince (15) S.M.L.M. V."

En este sentido, la Sala de Sección Tercera dejó sentada una incompatibilidad entre la pérdida de oportunidad y el reconocimiento de daños materiales, por estimar que estos últimos provienen del daño final y no de la chance frustrada. Sin embargo, aceptó la procedencia de la condena por perjuicios morales, sólo en el entendimiento de que se conceden por el dolor, angustia y congoja que sufrieron los demandantes con la pérdida de oportunidad.

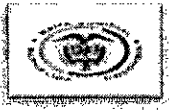
En otro pronunciamiento de la Sección Tercera, a pesar de manifestar que el daño lo constituía la pérdida de oportunidad, no se hace un reconocimiento autónomo por dicho rubro, sino una reducción por perjuicios morales, inclusive, niega el reconocimiento del daño a la vida de relación, pero no porque éste resulte incompatible con la pérdida de oportunidad como perjuicio autónomo, sino porque no se demostró en el proceso. En la parte resolutive de este fallo no se hace una declaración de condena por un rubro autónomo. Veamos:

"En el sub-lite, se acreditó que la señora Ángela Patricia Gómez acudió a los servicios médicos del Instituto de Seguros Sociales para la atención de su embarazo y parto, fue atendida por profesionales de dicha institución y no presentó anormalidad alguna en el desarrollo de la gestación hasta el control prenatal efectuado el 17 de enero de 1992 en el que, hallándose en la semana 32 del embarazo, no fue posible auscultar la frecuencia cardíaca fetal; a pesar de esto y de ser el procedimiento indicado en tales casos, no se realizó de manera inmediata una ecografía para determinar el estado del feto; a los 20 días, estando en el séptimo mes de embarazo, tuvo un parto "mortinato", es decir, que su hijo nació muerto; resulta claro entonces, que se probó el daño -pérdida de la oportunidad de recuperación- así como el nexo causal con el servicio; y por otra parte, no obra prueba alguna en el expediente tendiente a acreditar la diligencia, pericia y cuidado con la que actuó el personal médico y paramédico de la institución hospitalaria."

En cuanto a los perjuicios, la Sección Tercera puntualizó:

"De acuerdo con lo anterior, resulta apenas lógico el dolor, la aflicción y la amargura que les ocasionó a los actores la pérdida de su primer bebé, por lo cual resulta procedente la indemnización por concepto de perjuicios morales."

"No obstante, en este punto debe aclarar la Sala que la indemnización de los perjuicios no corresponde al monto reconocido por el a-quo a favor de cada uno de ellos -el equivalente a 1000 gramos de oro-, toda vez que, tal y como ya se definió, el daño en el presente caso no estuvo constituido propiamente por la muerte del hijo por nacer, sino por la pérdida de la oportunidad de recuperación del mismo, toda vez que, aún en el evento de que se hubiera efectuado oportunamente la ecografía que se echa de menos, no existe certeza de que tal recuperación se hubiera podido lograr; en consecuencia, se reconocerá a favor de los demandantes, el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con jurisprudencia de la Sala que resolvió"



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

abandonar el sistema de cálculo de los perjuicios morales con base en el patrón gramo de oro para acoger en su lugar la indemnización de los mismos en salarios mínimos legales, considerando apropiado para la tasación de los perjuicios sufridos en mayor grado, el monto equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. "

Así las cosas, de lo expuesto hasta aquí, se pueden concluir, por lo menos por parte del máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, que la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de la responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad o chance perdido, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos, así mismo es posible inferir que en virtud de lo decantado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado con relación al daño material en materia de pérdida de oportunidad el mismo no será reconocido dentro del sublite.

Como quiera que el despacho carece de elementos de convicción a partir de los cuales poder efectuar cálculos que permitan establecer cuál fue el porcentaje de pérdida de oportunidad experimentada por el actor, ha de acudir al arbitrio judicial, desde luego atendiendo para ello el principio de reparación integral del daño, así las cosas, estima el despacho que los perjuicios morales que deben reconocerse al actor a título de compensación deben ascender a la suma equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia; sin embargo, como en la pérdida de oportunidad también contribuyó el comportamiento de la víctima la precitada condena debe reducirse a la mitad, por lo cual se reconocerán por perjuicios morales la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Ahora bien, corresponde al despacho pronunciarse sobre lo relacionado con los perjuicios de daño a la salud, daño a la vida en relación y perjuicio estético, para ello vale la pena traer a colación el siguiente pronunciamiento expuesto por el Honorable Consejo de Estado en Sentencia de 20 de octubre de 2014 Radicación N° 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060) M.P. Enrique Gil Botero se pronunció así:

Las providencias reseñadas que evidencian la evolución conceptual por la que ha pasado la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de derecho de daños, no dejan lugar a dudas de que la afectación a bienes jurídicamente protegidos constituye una nueva categoría de daños que merece ser reparada bajo ciertas condiciones, esto es, no cualquier vulneración dará lugar a ella. Sin embargo, esta evolución no ha sido exclusiva de nuestra jurisdicción, sino que también se ha extendido a la civil ordinaria, lo que obedece a la constitucionalización del derecho, fenómeno que propende por permear de los principios constitucionales a todas las ramas del derecho, sin importar si la misma hace parte de la esfera pública o privada, siendo el derecho de daños uno de las principales muestras de ello. Así, en sentencia reciente del 5 de agosto de 2014, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ordenó en favor de dos ciudadanos, la indemnización pecuniaria de perjuicios, por el menoscabo de su buen nombre. Si bien, la providencia adolece de algunas imprecisiones conceptuales que ya han sido superadas por la doctrina nacional y foránea y nuestra jurisprudencia, resulta importante traerla a colación, toda vez que en ella se reconoce el daño a bienes constitucionales como una categoría autónoma e independiente en el universo de los daños extra patrimoniales y por ende, claramente diferenciable del daño moral:

"La antigua clasificación, por lo demás, limita el daño extramatrimonial a la esfera interna del sujeto y deja por fuera de la tutela judicial efectiva las repercusiones sociales del perjuicio no patrimonial, tales como la honra, la dignidad, la libertad y el buen nombre de la persona, que no dependen de su psiquis o interioridad, ni mucho menos de las consecuencias nocivas que llegue a producir en otros bienes jurídicos de inferior jerarquía (Negrillas de la Sala). "Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extramatrimonial



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales (Negrillas de la Sala).

“Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: “...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva...” (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]

“Estas subespecies del daño extramatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo (Negrillas de la Sala). (...) “El daño a la vida de relación, por su parte, que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un carácter distintivo, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa, fue ampliamente desarrollado en la sentencia de 13 de mayo de 2008, en la que se dejó sentado que “es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extramatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad...” (Exp.: 1997-9327-01) [Se subraya] “Para precisar el significado de esta noción, en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste “no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre...”. De igual modo se aclaró, con apoyo en la doctrina, que “el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están causentes”. (Ibid) (...) “Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extramatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda (Negrillas de la Sala). “De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales Como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional. “Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación. “De suerte que es ésta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005- 00406-01), con relación al tema del



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA –Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

resarcimiento de las diversas subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extra patrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional".100

Los anteriores razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia despejan en esa jurisdicción las dudas que pudiere haber en torno al carácter autónomo del daño a bienes constitucionales. No obstante, es pertinente realizar Algunas precisiones. En sus planteamientos, la Corte distingue tres clases de daños extra patrimoniales: i) el daño moral; ii) el daño a la vida de relación y iii) el daño a derechos fundamentales o constitucionales. Sin embargo, deja de lado que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido ampliamente superada, como se explicó en párrafos precedentes de este proveído, por tratarse de una categoría abierta y que le abría paso a la indemnización indiscriminada de toda clase de perjuicios. Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) los derivados de la afectación Psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud; iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos.

En consonancia a lo decantado por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado y en vista a que la noción de daño a la vida de relación ya ha sido dejada de lado y solo se distinguen los 3 tipos de daños inmateriales anteriormente citados, el despacho no accederá al reconocimiento del daño a la vida en relación ni al perjuicio estético por considerarse abiertamente improcedentes y a su vez estar contenidos en el denominado "daño a la salud".

En aplicación del principio de reparación integral del daño, el despacho atendiendo que el actor ha experimentado la pérdida de la visión de su ojo derecho con lo cual le genera una perturbación funcional definitiva del órgano de la visión y ello afectará su forma de desenvolvimiento social, pues se pierde el sentido de la profundidad, entre otros aspectos, y atendiendo que la Junta Regional de Invalidez calificó al señor EDUARDO SANTRICH ARIAS con un 15% de minusvalía, sin apartarnos de las pautas trazadas en la sentencia de unificación fechada 14 de septiembre de 2011 expediente 19031, emanada de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el daño en la salud cuando es superior al 10% pero inferior al 20% debe reconocerse un máximo de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto el porcentaje a reconocer en favor del actor será equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente a los cuales deberá aplicarse la compensación derivada de la aplicación del artículo 2.357 del Código Civil, en consecuencia la indemnización por daño a la salud corresponderá a 7,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, debe aclararse que no hay lugar a reconocer perjuicios materiales dado que la pérdida de oportunidad es una categoría de daño autónomo diferente al daño final, que es el que da lugar al reconocimiento del perjuicio material, conforme lo decantó la jurisprudencia citada a lo largo de este proveído.

Condena en costas.

Finalmente, atendiendo lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 que varió el criterio de la imposición de costas, en el cual en principio basta que la parte resulte vencida para que se produzca esta condena conforme a la regla primera del artículo 365 del C.G.P; sin embargo, para su imposición, debe también atenderse las reglas 5 y 8 ibídem, según las cuales cuando se acceda parcialmente a las suplicas de la demanda, queda a criterio del juez su imposición, desde luego, en todos los casos es necesario que las costas figuren debidamente probadas en el proceso, lo cual constituye una clara manifestación del principio de necesidad de la prueba ínsito en el artículo 167 ejusdem; como quiera que se accedió parcialmente a las suplicas y no se acreditó la causación de costas en esta instancia, el despacho se abstendrá de imponer condena por dicho rubro.



Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA -Radicado No: 47001-3333-004-2013-00275-00- DTES:

EDUARDO SANTRICH ARIAS DDO: CAPRECOM E.P.S.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a CAPRECOM EPS-S por los perjuicios causados al demandante EDUARDO SANTRICH ARIAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a CAPRECOM EPS-S, a pagar las siguientes sumas de dinero:

- ❖ 20 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, por concepto de daño moral.
- ❖ 7,5 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, por concepto de daño a la salud.

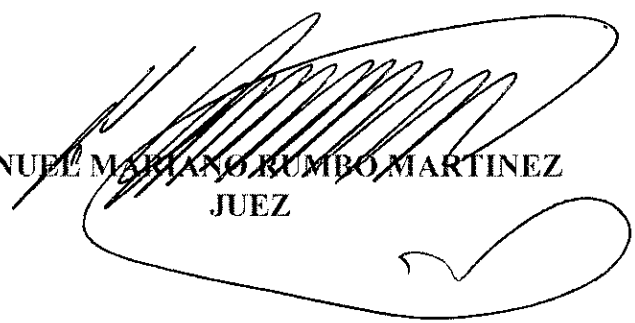
Los salarios mínimos legales mensuales, serán los vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CAPRECOM EPS-S, dará cumplimiento a esta sentencia siguiendo los lineamientos descritos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Sin lugar a imponer costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ

