



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL  
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN TERCERA**

**Juez:** *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

**Bogotá D.C.**, veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019)

**Medio de Control:** Reparación Directa  
**Radicación:** 110013336038201600014-00  
**Demandante:** Berenice Silva Patiño y otros  
**Demandado:** EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES (HOY, PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADO)  
**Asunto:** Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

**I.- DEMANDA**

**1.- Pretensiones**

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare que la EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy, PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADO administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA) es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios causados a las demandantes por la presunta falla del servicio en la atención médica brindada a **BERENICE SILVA PATIÑO**.

1.2.- Se condene a la entidad demandada, a pagar a la señora **BERENICE SILVA PATIÑO** lo siguiente: (i) por concepto de daño moral una suma equivalente a 100 SMLMV, (ii) por daño a la salud cifra igualitaria a 100 SMLMV, (iii) por concepto de afectación relevante a bienes o derechos

Sede Judicial del CAN - Carrera 57 No. 43-91 Piso 5°  
Correo: [jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin38bta@notificacionesrj.gov.co)  
Bogotá D.C.

convencional y constitucionalmente amparados suma equivalente a 100 SMLMV, (iv) por daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia un monto semejante a 100 SMLMV, (v) por concepto de daño corporal una suma análoga a 100 SMLMV. Asimismo, en favor de **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ SILVA** y **LUISA FERNANDA REAY GUTIÉRREZ** las siguientes sumas: (i) 50 SMLMV por concepto de daño moral para cada una de ellas y (ii) 50 SMLMV por daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, de manera individual.

1.3.- Se condene al pago de la suma actualizada e indexada con los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar.

1.4.- Se condene al pago de costas y agencias en derecho que se causen.

## **2.- Fundamentos de hecho**

Según lo reseñado en el escrito de la demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- A comienzos del año 2013, BERENICE SILVA PATIÑO acudió al servicio médico para revisión de sus ojos ante el Hospital Simón Bolívar de Bogotá D.C., en virtud de su afiliación al régimen subsidiado en salud con la administradora CAPRECOM EPS-S (hoy liquidada), oportunidad en la que el médico tratante le ordenó biometría en el ojo derecho.

2.2.- El 23 de julio de esa anualidad, la demandante asistió a consulta de oftalmología en el Hospital Simón Bolívar, en la que el especialista Juan Carlos Sánchez Paris con fundamento en los exámenes físico y de imagenología practicados, diagnóstico cataratas en ambos ojos por lo que ordenó otra biometría del ojo derecho, programación para la extracción extracapsular de cristalino con implante de lente (EEC + LIO OD) y solicitud de salas de cirugía.

2.3.- Las órdenes médicas fueron presentadas ante CAPRECOM EPS- (hoy extinta), la cual sólo autorizó el examen de imagenología y se abstuvo de tramitar las demás prescripciones.

2.4.- Luego de realizada la segunda biometría y exámenes y consultas médicas requeridos por la entidad demandada ante las solicitudes reiteradas de la paciente, la EPS permaneció renuente en autorizar el procedimiento

quirúrgico, por lo que Berenice Silva Patiño instauró acción de tutela el 29 de noviembre de 2013.

2.5.- El 3 de diciembre de 2013, el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá D.C., concedió la medida provisional solicitada y le ordenó al Director de Caprecom EPS Bogotá adelantar los exámenes requeridos para realizar la intervención quirúrgica.

2.6. Posteriormente, el juez constitucional dictó fallo de primera instancia de fecha 12 de diciembre de 2013 en el que tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de Berenice Silva Patiño y le ordenó al Director Regional de CAPRECOM EPSS disponer lo necesario acorde con la prescripción expedida el 23 de julio de 2013 para realizar en el término de un mes la intervención de cataratas maduras en ambos ojos, procedimiento que debía ser realizado por alguna de las IPS adscritas a la Red Alternativa Contratada por la entidad accionada.

2.7.- El 7 de enero de 2014 la tutelante presentó incidente de desacato ante el incumplimiento de lo ordenado en la acción constitucional, el cual fue tramitado por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá D.C. y resuelto mediante proveído de 25 de marzo de esa anualidad en el que se le impuso sanción al Director Regional Bogotá Cundinamarca de Caprecom.

2.8.- EL 23 de febrero de 2014, Berenice Silva Patiño sufrió una fuerte caída.

2.9.- El 8 de abril de 2014, a la demandante se le realizó ecografía ocular de ojo derecho en la que se advirtió catarata, drusen del nervio óptico y desprendimiento total del vítreo posterior.

2.10.- El 20 de mayo de 2014, Caprecom EPS-S expidió la autorización del procedimiento quirúrgico de extracción extracapsular de cristalino con implante de lente del ojo derecho (EEC + LIO OD), para el Hospital Simón Bolívar el cual fue llevado a cabo el 26 de agosto de esa anualidad.

2.11.- A la fecha de la demanda, la entidad accionada no le ha practicado el procedimiento quirúrgico de extracción extracapsular de cristalino más implante de lente en el ojo izquierdo.



### **3.- Fundamentos de derecho**

El apoderado de la parte demandante señaló como fundamentos jurídicos el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 13, 46, 48, 49, 209, 365 de la Constitución Política de Colombia, artículo 4 de la Ley 100 de 1993, artículo 23 de la Ley 1122 de 2007, artículo 6 Decreto 1020 de 2007, artículos 3, 58 de la Ley 1438 de 2011, artículos 123, 124, 125 del Decreto Ley 019 de 2012

## **II.- CONTESTACIÓN**

CAPRECOM – EPS EICE (hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADA administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA), fue notificada el 13 de enero de 2017 de la admisión del presente medio de control<sup>1</sup>, vía correo electrónico; de igual forma y según constancia emitida por la empresa A & V EXPRESS S.A., en físico le fue entregado a la entidad demandada copia de la demanda, sus anexos y el auto admisorio<sup>2</sup>. Asimismo, se le corrió traslado de la demanda, sin embargo, guardó silencio.

## **III.- TRÁMITE DE INSTANCIA**

El libelo demandatorio fue presentado ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos el 18 de enero de 2016<sup>3</sup>, correspondiéndole a este Despacho judicial su conocimiento, por lo que se inadmitió el 23 de febrero de esa anualidad al advertir la falencia en la situación fáctica narrada.<sup>4</sup> Subsanao el yerro detectado, mediante auto de fecha 19 de abril de 2016<sup>5</sup>, este Despacho admitió la demanda y ordenó la notificación del proveído a la demandada, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Pese a haber sido notificada en debida forma, la entidad demandada guardó silencio.

<sup>1</sup> Folio 148 y 151 C. principal 1

<sup>2</sup> Folio 154 C. principal 1

<sup>3</sup> Folio 139 C. principal 1

<sup>4</sup> Folio 140 C. principal 1

<sup>5</sup> Folio 143 C. principal 1

En auto del 25 de agosto de 2017<sup>6</sup>, se ordenó comunicar por vía correo electrónico la existencia del presente proceso al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO, a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA, como vocera y administradora del mismo, para los fines pertinentes. En esa providencia también se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, la cual se practicó el 1° de marzo de 2018<sup>7</sup> en la que se fijó el litigio y se decretaron algunas pruebas solicitadas por la parte actora.

El 5 de julio de 2018<sup>8</sup> se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, se incorporaron unas pruebas documentales, se surtió la contradicción del dictamen pericial rendido por el doctor Ítalo Astudillo Muñoz, se declaró finalizada la etapa probatoria y se concedió a las partes el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión por escrito.

#### **IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **1.- Parte demandante**

El mandatario judicial de los demandantes, con documento radicado en la misma fecha<sup>9</sup>, ratificó lo expuesto en el escrito de demanda y enfatizó que las pruebas recaudadas demuestran la falla en el servicio en que incurrió la demandada durante más de 1 año en contra de la salud física y mental de Berenice Silva Patiño, con ocasión de la grave y delicada patología de cataratas maduras padecidas en ambos ojos sin intervención diligente y oportuna, lo que causó fuertes caídas, desasosiego, tristeza y sufrimiento en los demandantes.

Agregó que la entidad demandada puso y mantuvo en riesgo de desarrollar una grave infección a la paciente por cuanto le dejó en su ojo derecho por casi 4 años las suturas derivadas de tardío procedimiento quirúrgico realizado.

Por tanto, solicitó la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial a cargo de las demandadas.

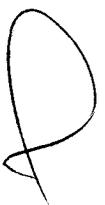
---

<sup>6</sup> Folios 192 y 193 C. principal 1

<sup>7</sup> Folios 202 a 204 C. principal 1

<sup>8</sup> Folio 281 a 282 C. principal 2

<sup>9</sup> Folios 325 a 357 C. principal 2



## **2.- Parte demandada - PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADO**

La doctora Katia Elena Vélez Caraballo, el 18 de julio de 2018<sup>10</sup>, allegó memorial en el que adujo tener la calidad de apoderada de la entidad demandada, sin embargo, olvidó acreditar la legitimación de su actuación por cuanto no allegó poder otorgado por la Caja de Precisión Social de Comunicaciones Caprecom - en Liquidación (hoy, Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado, administrado a través de la Fiduciaria La Previsora), razón por la cual, el escrito no puede ser tenido en cuenta para el análisis del presente asunto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **1.- Competencia**

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 140, 155 numeral 6, 156 numeral 6º y 164 numeral 2 letra i), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **2.- Problema Jurídico**

Al Juzgado le corresponde establecer si la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM - EPS EN LIQUIDACIÓN** (hoy, **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADO**) es administrativamente responsable por los daños y perjuicios invocados por las demandantes, con ocasión a la presunta falla en la prestación del servicio médico brindado a la señora **BERENICE SILVA PATIÑO**.

#### **3.- Presupuestos de la responsabilidad**

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización" al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

---

<sup>10</sup> Folios 360 a 364 C. principal 2



De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que ésta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputabilidad a la Administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad del mismo en que ese daño no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable" sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."<sup>11</sup>.

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas – daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto, tal como lo ha determinado el precedente del Consejo de Estado:

"(...) La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren (...)"<sup>12</sup>.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

<sup>11</sup> Consejo de Estado- Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 17.986.

<sup>12</sup> Consejo de Estado- Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 35656.

#### 4.- Régimen de imputación derivado de la actividad médica

Ahora bien, en cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta a falla probada, en la actualidad la posición consolidada de esa Alta Corte en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el fundamento bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.<sup>13</sup>

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

“...los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, (...), por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.”<sup>14</sup>

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

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

<sup>13</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, Exp. 19.835.

<sup>14</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá, D.C., 2 de mayo de 2018. Rad. 68001-23-31-000-2000-02504-01(39038) Actor: José Antonio Hernández Camacho Y Otro Demandado: Caja Nacional De Previsión Social - Cajanal Y Otros Referencia: Acción De Reparación Directa- Apelación Sentencia.

razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.”<sup>15</sup>

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

“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>16</sup>

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

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

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

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento<sup>17</sup>, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>18</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.”<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1059 de 2006

<sup>17</sup> “Que comprende, a su vez, diversas obligaciones: a) de habilidad y diligencia, referida la primera a aquellos supuestos en los que produzca un daño antijurídico como consecuencia de un diagnóstico, intervención o atención médica en un campo para el que el profesional, o la institución médica no tenga la aptitud o el personal idóneo en la especialidad necesaria, o de no consultar con un especialista, o de incumplirse el deber de aconsejar la remisión del paciente; b) obligación de medio técnicos, consistente en la existencia del material adecuado “para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento”; así como en el “mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos”, ámbito en el que cabe incluir la profilaxis necesaria, y; c) obligación de continuidad en el tratamiento”. FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica., ob., cit., pp.257 a 269.

<sup>18</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007

En ese sentido, la Sala ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización – más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídica total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo – llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”<sup>20</sup>

Así entonces, siendo la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud de naturaleza subjetiva, es carga de la parte demandante probar la falla del servicio, al igual que el nexo de causalidad entre la acción u omisión de la Administración y el daño antijurídico<sup>21</sup>.

#### **5.- Pérdida de oportunidad**

Tratándose de la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la afectación física o de las condiciones de salud del paciente, las que en numerosos eventos resultan afectadas o en riesgo con ocasión de la patología que determina al paciente a acudir en procura de atención médica o como consecuencia inherente al tratamiento indicado. En tales acontecimientos, lo que se reprocha a título de daño no es la pérdida de la salud o eventualmente de la vida del afectado, sino la pérdida de la oportunidad de recuperación, esto es, que se prive al paciente del tratamiento idóneo que en condiciones acordes con la *lex artis* le hubiera generado una mayor probabilidad de éxito frente a su enfermedad.

En la pérdida de oportunidad el daño antijurídico no se deriva del hecho mismo de la lesión física, de la secuela fisiológica o la muerte, sino del hecho consistente en que se prive al paciente del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o que traiga aparejadas las mayores posibilidades de recuperación.

<sup>20</sup> Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras

Según lo sostenido en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, para que se configure la pérdida de oportunidad es necesario verificar la concurrencia de tres elementos: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima. Sobre el alcance de cada uno ha dicho la jurisprudencia<sup>22</sup>:

**“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

**Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

**Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.”

En lo tocante a la imputación, por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia<sup>23</sup>, los estados signatarios reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Ese derecho social no solo se interpreta como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; lo que debe traducirse en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe comprenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada y le será respetado su bien jurídico tutelado de poder recibir un beneficio o de evitar un riesgo so pena de configurarse coartarlo del goce de materializar tal oportunidad.

## **6.- Asunto de fondo**

BERENICE SILVA PATIÑO, OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ SILVA y LUISA FERNANDA REAY GUTIÉRREZ presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la extinta EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADA administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA), para que sea declarada administrativamente responsable de los daños causados con ocasión de la presunta falla en el servicio médico brindado a la señora Berenice Silva Patiño.

---

<sup>23</sup> Ley 74 de 1968



En opinión del abogado de los accionantes en el *sub lite* se configura la falla del servicio por las siguientes circunstancias: i) Se vulneró el derecho de la paciente de la tercera edad a recibir atención oportuna, eficaz y de calidad, en tanto la sometió a consultar el servicio médico en 9 veces durante 6 meses para que se programara un procedimiento ordenado que se llevó a cabo 5 meses después de una patología que tenía 3 años de evolución, ii) la EPS se abstuvo en el año 2013 de autorizar el procedimiento quirúrgico prescrito por el oftalmólogo bajo el argumento de que se había terminado el contrato o convenio con el Hospital Simón Bolívar iii) la dilación en la práctica de la intervención quirúrgica en el ojo derecho durante más de 1 año hicieron indignas las condiciones de vida de la paciente, al punto de sufrir caídas, limitación de su condición visual, de movilidad y de sus actividades funcionales, iv) Berenice Silva Patiño se vio obligada a presentar acción de tutela para que se le garantizara su derecho a la salud, dignidad humana y posteriormente al trámite incidental para que la EPS autorizara, gestionara lo pertinente y cumpliera la orden judicial para dar tratamiento efectivo de su patología de cataratas en ambos ojos a lo que facilitó solo la extracción extracapsular de cristalino con implante de lente del ojo derecho y v) sin embargo, la entidad demandada le negó la realización de la cirugía en su ojo izquierdo ordenado por el juez de tutela en el año 2014.

Conforme las piezas procesales que fueron allegadas por la parte demandante referente a la Historia Clínica de Berenice Silva Patiño elaborada con ocasión de la prestación del servicio médico brindado en virtud de su afiliación al régimen subsidiado ante la EPS-S CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (Hoy, PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADO)<sup>24</sup>, se evidencia:

.- El 12 de marzo de 2013, Berenice Silva Patiño de 68 años de edad acudió al servicio médico en donde informó padecer de catarata madura en ambos ojos y baja agudeza visual a lo que el oftalmólogo del Hospital Simón Bolívar que la atendió le diagnosticó “Catarata AO”, ordenó y solicitó la práctica de biometría en el ojo derecho<sup>25</sup>. El 18 de junio le fue practicado el examen por el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel en el que se le detectó “Qn1: 42.50 - Qn2: 43.75 - LA: 23.34 - A: 118.1 Poder: 21.00”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Folios 6 a 18, 29 a 3, 51, 52, 57 a 59, 66 a 70 C. principal 1

<sup>25</sup> Folio 6 C. principal 1

<sup>26</sup> Folio 10 C. principal 1



.- El 23 de julio de 2013, la paciente de 69 años, reingresó al Hospital Simón Bolívar con el resultado de los exámenes practicados y persistencia de los signos patológicos, oportunidad en la que el especialista en oftalmología ordenó el procedimiento quirúrgico de “*Extracción Extracapsular de Cristalino con Implante de Lente (EE+ LIO OD)*”, biometría en ambos ojos y control para programación de cirugía.<sup>27</sup>

.- El 4 de octubre de 2013<sup>28</sup> CAPRECOM EPS-S (hoy extinta) autorizó el examen de imagenología para el ojo derecho y omitió dar orden para el procedimiento quirúrgico así como para la realización del examen en el ojo izquierdo. Sin embargo, el 6 de noviembre de esa anualidad, el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel le practicó biometría en ambos ojos, en el que se le detectó en el ojo derecho “*Qn1: 42.5 - Qn2: 43.2 - LA: 23.34 - A: 118.1 Poder: 21.50*” y en el izquierdo “*Qn1: 42.5 - Qn2: 43.2 - LA: 22.88 - A: 118.1 Poder: 23.50*”.<sup>29</sup>

.- El 19 de noviembre de 2013, la paciente solicitó autorización del servicio de valoración por oftalmología a lo que la empresa promotora de salud del régimen subsidiado al día siguiente avaló consulta de primera vez por medicina especializada para ser brindada por la IPS Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ESE<sup>30</sup>.

Asimismo, conforme a las piezas procesales aportadas respecto del trámite adelantado por el Juzgado Cincuenta y uno penal del Circuito de Bogotá dentro de la acción constitucional No. 2013-0533, se evidencia:

-. El 29 de noviembre del año aludido, Olga Lucía Gutiérrez Silva en calidad de agente oficiosa de su progenitora Berenice Silva Patiño presentó acción de tutela contra la entonces Caprecom EPSS por la vulneración de los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana e integridad personal de la afiliada. El Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, el 3 de diciembre siguiente decretó como medida provisional la práctica de los exámenes ordenados por el médico tratante como prerrequisito para realizar la intervención quirúrgica prescrita el 23 de julio de ese año, en un término perentorio de 24 horas<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Folios 11 a 14 C. principal I

<sup>28</sup> Folio 15 C. principal I

<sup>29</sup> Folios 16 y 17 C. principal I

<sup>30</sup> Folio 18 C. principal I

<sup>31</sup> Folio 19 C. principal I



.- El 12 de diciembre de 2013, la orden anterior fue reiterada en el fallo de tutela, al desestimar el juez constitucional los inconvenientes administrativos argüidos por la entidad accionada por ser intolerable el término trascendido sin que se hubiere practicado la cirugía prescrita, razones por las cuales, amparó los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas y mandó a la demandada disponer en el término de 48 horas lo necesario para la realización de la intervención de “CATARATAS MADURAS EN AMBOS OJOS”, así como los exámenes y suministro de los elementos ordenados desde el 23 de julio de 2013 para el implante ocular, sin que el término otorgado excediera 1 mes contado a partir de la sentencia en comentario.<sup>32</sup>

.- En cuanto a la posterior atención médica se denota que el 26 de diciembre de 2013, la paciente acudió a control de oftalmología en el Hospital Simón Bolívar en el que el galeno registró como padecimiento la disminución progresiva de la agudeza visual por catarata madura en ambos ojos, orden de cirugía sin autorización y determinó insuficiencia de los exámenes médicos practicados previamente, en consecuencia, ordenó biometría computarizada en ambos ojos y esta vez calificó la remisión como electiva prioritaria<sup>33</sup>.

.- En la misma fecha, la paciente solicitó la autorización del examen de imagenología, el cual fue avalado por la empresa promotora de salud del régimen subsidiado el 30 de diciembre de 2013 para ser practicado por la IPS Hospital Occidente de Kennedy III Nivel ESE<sup>34</sup>, biometría que se llevó a cabo el 10 de febrero de 2014 en la que el especialista estableció para el ojo derecho “K1: 42.25 – K2: 43.00 – Ganancia: 64 (incompleto)” y del ojo izquierdo “K1: 41.75 – K2: 42.75 – Ganancia: 68 LA: 22.76 – A: 115.30/118.00/118.30 – Potencia: 20.50/23.50/24.00”.<sup>35</sup>

.- El 23 de febrero de 2014, Berenice Silva Patiño sufrió una caída desde su propia altura que le produjo trauma en hombro derecho, por lo que acudió con apoyo de su hija al servicio de urgencias del Hospital Simón Bolívar, entidad que luego de examinarla refirió que la paciente era invidente, determinó la inexistencia de luxación y procedió a la inmovilización del hombro por una semana.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Folios 20 a 27 C. principal I

<sup>33</sup> Folios 29 y 30 C. principal I

<sup>34</sup> Folio 31 C. principal I

<sup>35</sup> Folios 51 y 52 C. principal I

<sup>36</sup> Folios 57 a 59 C. principal I



- El 25 de marzo de esa anualidad, el juez de tutela decidió el trámite incidental incoado por la demandante por el incumplimiento de la orden judicial mediante proveído en el que consideró la desatención de Caprecom EPS y por tanto le impuso sanción de arresto y multa al Director Regional Bogotá Cundinamarca de la EPS hoy extinta.<sup>37</sup>

- Posterior a ello, el 8 de abril de 2014, a la paciente le fue practicada una ecografía ocular del ojo derecho en el que el especialista observó “LA: 22.47”.<sup>38</sup> El 30 del mismo mes y año<sup>39</sup>, el médico tratante del Hospital Simón Bolívar iteró la necesidad de intervención de “EECC + LIO OD” con atención prioritaria por lo que el servicio fue solicitado ese mismo día por Berenice Silva Patiño ante la EPS. Por su parte, la entidad emitió autorización el 20 de mayo de 2014<sup>40</sup> e incluyó la sutura del ojo derecho dentro del procedimiento quirúrgico programado para el 29 de julio de 2014<sup>41</sup>.

- El 25 de junio de 2018, el cirujano oftalmólogo Ítalo Astudillo Muñoz en calidad de perito judicial examinó a la demandante mayor adulta encontrando prurito en ojo derecho pseudofáquico, suturas sueltas que fueron retiradas, agudeza visual 20/70 – 20/60 y keratometría (sic): 41.00x10-45.00x100, mala visión en su ojo izquierdo con diagnóstico de catarata hipermadura y keratometría (sic): 42.50x0/3.50x90.<sup>42</sup>

- Seguidamente, el perito oftalmólogo rindió su experticia<sup>43</sup> en la que refirió los conceptos de la patología, exámenes e intervención quirúrgica practicada a la paciente en su ojo derecho así como la atención médica requerida en su ojo izquierdo, con fundamento en la historia clínica que reposa en el expediente judicial y el examen físico por él realizado. Asimismo, enfatizó la disminución de la agudeza visual que padeció Berenice Silva Patiño, además de los riesgos, afectaciones y efectos negativos que le trajo la demora de Caprecom EPS-S en la autorización de la cirugía de extracción de catarata e implante de lente en su ojo derecho, además de la continuada afectación a su visión funcional derivada de la negativa de intervención en el ojo izquierdo pese al diagnóstico inicial de cataratas maduras en ambos ojos determinado desde el año 2013.

<sup>37</sup> Folios 60 a 65 C. principal 1

<sup>38</sup> Folio 66 C. principal 1

<sup>38</sup> Folio 66 C. principal 1

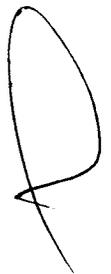
<sup>39</sup> Folios 67, 69 y 70 C. principal 1

<sup>40</sup> Folio 68 C. principal 1

<sup>41</sup> Folio 69 C. principal 1

<sup>42</sup> Folios 261 y 262 C. principal 1

<sup>43</sup> Folios 260 - 282 C. principal 2



También hizo hincapié en la irregularidad presentada en el control posquirúrgico de la cirugía como quiera que al examen físico realizado en junio de 2018, le halló a la paciente suturas sueltas en el ojo derecho correspondiente al procedimiento quirúrgico efectuado en el año 2014, cuando su plazo máximo estimado para retirarlas es de 6 meses luego de practicada la cirugía.

Con lo expuesto hasta el momento, el Despacho puede evidenciar que desde el 12 de marzo de 2013, a BERENICE SILVA PATIÑO de 68 años de edad, le fue diagnosticado cataratas en ambos ojos por un especialista en oftalmología de la IPS que le prestó el servicio de salud en esa fecha, en virtud del contrato o convenio con la entonces EPS-S CAPRECOM a la que se encontraba afiliada la usuaria en calidad de beneficiaria del régimen subsidiado. Asimismo, ante ese diagnóstico el oftalmólogo inició plan de manejo para la patología del ojo derecho que incluyó la práctica de biometría y orden de cirugía de “*Extracción Extracapsular de Cristalino con Implante de Lente (EE+ LIO OD)*”, tratamiento integral que demoró en ser autorizado varios meses al punto que la demandante se vio sometida a finales de ese año a incoar acción constitucional para que se le garantizara la protección de sus derechos fundamentales, pese a ello, la mora en avalar las órdenes prescritas perduró hasta el 20 de mayo de 2014 y finalmente la intervención quirúrgica de su ojo derecho se programó para el 29 de julio de esa anualidad.

Sin embargo, con relación a la patología del ojo izquierdo la atención brindada se restringió a la práctica de unos exámenes de imagenología que ratificaron la patología de catarata madura sin que se le proporcionara un tratamiento a su limitación de la agudeza visual de tipo progresiva.

Aunado a ello, se encuentra plenamente acreditado que durante ese lapso de pasividad administrativa por parte de la entidad demandada, la salud de la paciente se afectó toda vez que (i) el 23 de febrero de 2014, Berenice Silva Patiño sufrió una caída desde su propia altura que le produjo trauma en su hombro derecho e inmovilización de esa extremidad por 1 semana<sup>44</sup>, (ii) se registró progresividad de la disminución de su agudeza visual, (iii) se limitó su movilidad porque requería de apoyo para trasladarse de un lado a otro en atención a su mínima visión en ambos ojos y (iv) se generaron sentimientos

---

<sup>44</sup> Folios 57 a 59 C. principal 1



depressivos al ver su condición reducida sumado a la frustración de recibir tratamiento en su ojo izquierdo.

Ante esta demora, el Director de la Territorial Bogotá Cundinamarca, en calidad de representante legal de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM (hoy extinta), dentro del trámite constitucional reconoció que la patología de la paciente se encontraba cubierta por el Plan Obligatorio de Salud y adujo que la EPS estaba en proceso de renovación de contrato con el Hospital Simón Bolívar.<sup>45</sup>

De conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 19 de 2012, por el cual el Departamento Administrativo de la Función Pública dicta normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, entre ellas lo relacionado a la asignación de citas médicas con especialistas y la autorización de los servicios de salud, así:

**“ARTÍCULO 124. ASIGNACIÓN DE CITAS MÉDICAS CON ESPECIALISTAS.** La asignación de citas médicas con especialistas deberá ser otorgada por las Empresas Promotoras de Salud en el término que señale el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual será adoptada en forma gradual, atendiendo la disponibilidad de oferta por especialidades en cada región del país, la carga de la enfermedad de la población, la condición médica del paciente, los perfiles epidemiológicos y demás factores que incidan en la demanda de prestación del servicio de salud por parte de la población colombiana. Para tal efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social expedirá en los próximos tres meses a la vigencia del presente decreto la reglamentación correspondiente.

**ARTÍCULO 125. AUTORIZACIONES DE SERVICIOS DE SALUD.** Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, tendrán la obligación de contar con sistemas no presenciales para autorizar los servicios de salud, de tal forma que el afiliado no tenga que presentarse nuevamente para recibir la misma. En ningún caso las autorizaciones podrán exceder los cinco (5) días hábiles contados a partir de la solicitud de la autorización. De igual forma, las EPS contarán con sistemas de evaluación y seguimiento de los tiempos de autorización que deberán reportarse a la Superintendencia Nacional de Salud y publicarse periódicamente en medios masivos de comunicación.

El incumplimiento de esta disposición acarreará las sanciones previstas en la ley.”

Empero, en el presente caso se demostró que la empresa promotora de salud a la que la demandante se encontraba afiliada bajo el régimen subsidiado sobrepasó el periodo previsto por el legislador para expedir las autorizaciones de las órdenes médicas prescritas como plan de manejo de la patología de cataratas maduras, recostándose en inconvenientes con la contratación de la

<sup>45</sup> Folio 43 C. principal 2.

IPS Hospital Simón Bolívar, esto es, en trabas administrativas imputables a la EPS que no está en la obligación de soportar la beneficiaria del servicio de salud que por cierto se vio truncado porque la extinta CAPRECOM no le brindó oportunamente otras opciones como lo era remitirla a otra IPS que hiciera parte de la Red Alternativa Contratada con el fin de darle continuidad al tratamiento oftalmológico para recuperar su salud visual, como le era jurídicamente exigible hacerlo, luego de que los médicos tratantes determinaron la necesidad de la práctica de las biometrías, el insumo del lente ocular y realización de la cirugía de cataratas denominada extracción capsular e implante de la prótesis.

Al respecto, sea del caso dilucidar que la omisión, tardanza o negativa en agendar citas, autorizar procedimientos o realizar los mismos, así como en la remisión del paciente a otro ente hospitalario de mayor nivel de complejidad, han sido estimadas por el Consejo de Estado como las causantes del daño que se produce por la pérdida de la oportunidad de obtener la ganancia, el provecho o de eludir el detrimento que se pretendía evitar (en el caso de la responsabilidad médica, la muerte del paciente o el desmejoramiento de sus condiciones de salud), para lo cual sintetizó que *“cuando se pretende la indemnización de los daños derivados de la omisión o tardanza de las entidades obligadas a prestar los servicios médicos, debe quedar acreditado no el resultado final de la lesión o enfermedad que originó la solicitud de atención, sino la existencia de la probabilidad que tenía el paciente de recuperar su salud o preservar su vida y que esa expectativa se perdió en forma definitiva como consecuencia de la actuación imputable a la entidad”*.<sup>46</sup>

A su turno, en cuanto a la ausencia de contrato o convenio con los institutos prestadores de servicios de salud - IPS como impedimento para que las empresas promotoras de salud atiendan a sus usuarios oportunamente, la Sección Tercera del Alto Tribunal ha señalado:

*“Todos los obstáculos de carácter administrativo que hubiera tenido la entidad y que se tradujeron en la tardanza de brindar al paciente la atención médica que este requirió, hasta hacer desaconsejable la práctica de la cirugía por su total ineficacia, no la exoneran de responsabilidad. Esta debió superar de maneja ágil esos escollos de carácter administrativo y financiero, porque la situación del paciente así lo ameritaba. Bien hubiera podido la entidad demandada llevar esa cuenta al Fondo de Solidaridad y Garantía creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, esta es ‘una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin*

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 5 de marzo de 2015. Radicación número: 08001-23-31-000-2000-03119-01(34921)



*personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política, a través del cual podían compensarse los mayores costos para las entidades prestadoras del servicio de salud, como de manera reiterada, para esa misma época lo había señalado la Corte Constitucional<sup>47</sup>.*"

"Ahora bien, en relación con la cancelación de la cirugía ante la ausencia de especialista por la también cancelación de su contrato con la entidad demandada, la Sala no encuentra justificación alguna para que dicha razón hubiere frustrado el procedimiento y también lo hubiere postergado un año más, aspecto constitutivo de irregularidad en la prestación del servicio médico asistencial a cargo del hospital demandado."<sup>48</sup>

Si bien es cierto, en el caso concreto la parte demandante atribuyó la responsabilidad patrimonial que se imputa al Estado por la prestación del servicio médico de manera negligente, tardía y omisa, tal reproche es ajeno al acto médico en sí mismo de extracción extracapsular de cristalino con implante de lente en el ojo derecho por lo que, en aplicación del principio *iura novit curia* el Despacho procede a analizar el caso de marras bajo el título de imputación de pérdida de oportunidad sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la *causa petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria.<sup>49</sup>

Por tanto, los medios probatorios enunciados demuestran el daño antijurídico alegado por la parte demandante, pues si bien en la historia clínica aportada no se hace alusión puntualmente a las causas de la caída que sufrió la demandante el 23 de febrero de 2014, de lo referido en el dictamen pericial se colige que la enfermedad diagnosticada a la víctima "*cataratas maduras en ambos ojos*", implica afectaciones de gran magnitud a la salud visual e integridad física y moral, que puede traer como consecuencia accidentes, tropiezos, limitación en la movilidad y depresión.

No obstante, es necesario aclarar, que la omisión en la autorización de las prescripciones médicas con las cuales se había podido realizar un manejo eficaz, no puede catalogarse como causa directa del daño antijurídico alegado,

<sup>47</sup> Ob. Cit.

T-1125/00, T-1130/00, T-1166/00, T-1174/00, T-1176/00, T-1204/00, T-1219/00, T-1221/00, T-1298/00, T-1401/00, T-1524/00, T-1572/00, T-1607/00, T-1612/00, T-1668/00, T-1678/00, T-1693/00.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 27 de febrero de 2013. Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00051-01(25731).

<sup>49</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 1° de octubre de 2018. Radicación número: 13001-23-31-000-2005-00944-01(46375).



toda vez que al proceso no se aportó prueba que de habersele practicado la cirugía de cataratas en ambos ojos, la demandante no hubiese padecido de caídas, limitaciones en su visión y movilidad así como de depresión, sino que lo verificado en el presente caso es que a la paciente se le privó de la oportunidad de recibir un beneficio cual era recuperar su salud visual y de locomoción lo cual le hubiese permitido mejorar su calidad de vida así como evitar esos riesgos que atentaron con la integridad física y visual, razón por la cual es bajo este menoscabo que se analiza la responsabilidad de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADA administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA).

Es así, que aterrizados los razonamientos judiciales esbozados al caso en concreto, se infiere la concurrencia de los elementos esenciales para que se haya configurado la pérdida de oportunidad en el caso de la señora Berenice Silva Patiño por cuanto, en primer lugar, al haber sido diagnosticada la patología de cataratas maduras en ambos ojos por el médico tratante el 12 de marzo de 2013 y posteriormente ordenado el procedimiento quirúrgico de “Extracción Extracapsular de Cristalino con Implante de Lente (EE+ LIO OD)”, biometría en ambos ojos y control para programación de cirugía, surgió la probabilidad de que la paciente recuperara su salud visual en un alto porcentaje (90% de campo visual funcional) y evitara riesgos como las caídas o accidentes, entre otros.<sup>50</sup>

En segundo lugar, de lo conceptuado por el perito oftalmólogo en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de julio de 2018<sup>51</sup> se advierte que la expectativa de recibir ese beneficio y evitar esos peligros se perdió de manera definitiva como consecuencia de la mora en la autorización de los exámenes médicos, intervención quirúrgica del ojo derecho y ausencia de plan de manejo para la catarata del ojo izquierdo, debido a que según lo manifestado en el dictamen pericial soportado en los exámenes médicos practicados a la demandante, su agudeza visual disminuyó progresivamente, al punto que la paciente hubiese podido recuperar un 90% de su visión en ambos ojos sin embargo ante la mora y negativa de tratamiento oportuno, la paciente tan sólo logró restablecer un 60 – 70% en su ojo derecho y ningún porcentaje respecto de su ojo izquierdo del cual, en el caso hipotético de realizársele la extracción de catarata

<sup>50</sup> Folios 11 a 14 C. principal 1  
<sup>51</sup> Folios 381 y 382 C. principal 2

hipermadura que halló en la paciente solo recuperaría un 50%, es decir, en este ojo perdió la oportunidad de mejorar su salud visual en un 40%.

Por tanto, las falencias evidenciadas frente a la mora en la práctica de los exámenes de biometría detallados y la autorización para el suministro de la prótesis como prerequisites sin las cuales no era viable intervenir quirúrgicamente a Berenice Silva Patiño en su ojo derecho, restaron ineludiblemente oportunidad a la paciente, de recibir la atención adecuada y oportuna de la patología que la aquejaba en ambos ojos, pues a pesar de haberse emitido la orden de intervención quirúrgica del ojo derecho, no demostró la entidad demandada haber desplegado trámite diligente y preferente para que ello se concretara, permaneciendo la paciente en espera de su cirugía desde el 23 de julio de 2013 y hasta el 29 de julio de 2014, esto es, por más de un año después de que le fue ordenada la cirugía por el especialista tratante.

Además, la calificación de servicio prioritario para la demandante solo fue dada en virtud del fallo de tutela en el que el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá le ordenó a la entidad demandada adelantar las gestiones necesarias para llevar a cabo la cirugía de cataratas en ambos ojos y con ello brindarle atención efectiva a la patología prescrita por el médico tratante del Hospital Simón Bolívar, esto es, 5 meses posterior al diagnóstico de cataratas maduras en sus órganos visuales, es ostensible la irregularidad cometida por la EPS, pues pese a ello, dilató por 5 meses adicionales el trámite de autorización de la intervención y prótesis, lapso al que se le debe sumar otros 2 meses más que tuvo que esperar la paciente para el fenecimiento de la fecha programada para la extracción de la catarata de su ojo derecho.

Aunado a ello, se encuentra la circunstancia advertida por el perito judicial respecto a la imposibilidad de realizar intervención quirúrgico simultánea en los ojos de la paciente en consideración a los factores negativos en una operación ambulatoria, tales como su avanzada edad y la prolongación del tiempo en sala de cirugía, entre otros. Sostuvo también que el proceder actual del Sistema de Salud Colombiano en caso de cataratas maduras en ambos ojos es darle tratamiento integral a un ojo que incluye la extirpación de catarata, implante de prótesis junto con los controles posoperatorios y culminado éste replicar el procedimiento en el otro ojo, circunstancia que denota que la mora en la práctica de la "Extracción Extracapsular de Cristalino con Implante de Lente

(EE+ LIO OD)", incidió directamente en la negativa de tratársele adecuadamente la catarata madura que padecía la demandante al punto que avanzó a un estado mayor catalogado como "hipermadura" y coartó su posibilidad de recuperar su capacidad visual funcional en un 90%.

Por lo brevemente expuesto, el Despacho declarará administrativamente responsable a la **EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM** (hoy, **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES CAPRECOM LIQUIDADADO** administrado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**) por el daño autónomo que sufrió BERENICE SILVA PATIÑO al haber sido privada de la oportunidad de mejorar su estado de salud visual.

### 7.- Indemnización de perjuicios

Teniendo en cuenta que se declarará la responsabilidad extracontractual en cabeza del EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM LIQUIDADADA administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA), procede el Despacho a fijar los montos indemnizatorios, de conformidad con lo demandado y teniendo como base lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En sentencia del 5 de abril de 2017<sup>52</sup> el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló:

"(i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

(ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.

<sup>52</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706). M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



(iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales - daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.

(iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.”

Asimismo, el Consejo de Estado refirió que la indemnización de la pérdida de oportunidad se hará en equidad “*como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”, cuando no se cuente con elementos de juicio que permitan establecer la cuantía del daño.<sup>53</sup>

Así las cosas, como el perjuicio que se indemniza en el caso de marras, no deviene de las lesiones físicas y depresivas de la señora Berenice Silva Patiño, sino de la pérdida de oportunidad de haber obtenido un tratamiento oportuno, adecuado e integral para la patología que presentaba, lo cual le hubiese permitido contrarrestarla y recuperar su agudeza visual funcional en los porcentajes probados, la indemnización se limitará al pago del daño moral, derivado de ese daño autónomo.

### **7.1.- Legitimación en la causa**<sup>54</sup>

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se percata el Despacho que la demandante se encuentra legitimada en la causa por activa, ya que se trata de BERENICE SILVA PATIÑO<sup>55</sup>, víctima directa de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud visual.

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera Sentencia 34125 de 12 de febrero de 2014. CP. Carlos Alberto Zambrano.

<sup>54</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>55</sup> Folio 73 C. principal 1



Asimismo, OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ SILVA y LUISA FERNANDA REAY GUTIÉRREZ, en calidad de hija y nieta de la víctima directa, respectivamente, se encuentran legitimadas conforme los registros civiles de nacimiento que reposan en el expediente judicial<sup>56</sup>.

Por su parte, la extinta EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM (hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADADA administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA), se encuentra legitimada en la causa por pasiva, toda vez que es la entidad responsable de la producción del daño antijurídico padecido por las accionantes.

Dicho lo anterior, el Despacho entrará a pronunciarse sobre la condena en cuestión.

## 7.2.- Perjuicios morales

La parte actora en el libelo introductorio, solicita el reconocimiento de daños morales en cuantía de 100 SMLMV para la víctima directa y 50 SMLMV para cada una de las demás demandantes.

Sin embargo, se tasarán los daños morales, aplicando los parámetros fijados por el Consejo de Estado en casos similares<sup>57</sup> y atendiendo los porcentajes acreditados de pérdida de la oportunidad de recuperar la visión funcional de la paciente en ambos ojos sufrida por la paciente, de la siguiente manera:

Respecto de la señora **BERENICE SILVA PATIÑO**, en calidad de víctima directa, el Despacho le reconocerá por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 40 SMLMV<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Folios 74 y 75 C. principal I

<sup>57</sup> El Consejo de Estado ha proferido condenas dentro del rango entre 30 y 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes por la pérdida de un ojo, así: En sentencia de 30 de abril de 2014, condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 50 SMLMV para la víctima directa y 20 SMLMV para cada hija (exp. 28214, C.P. Danilo rojas Betancourth). En sentencia del 22 de octubre de 1997, condenó por este perjuicio al pago de 400 gramos oro (lo que equivalía a 30 SMLMV para el año 1997) a favor de una señora que fue operada de cataratas y con motivo de la cirugía adquirió una infección ocular y perdió el ojo derecho (exp. 11607, C.P. Carlos Betancur Jaramillo); el 29 de enero de 2014, condenó por concepto de perjuicios morales al pago de 30 smlmv en favor de un hombre que perdió el ojo derecho en un accidente por caída a una alcantarilla destapada (exp. 76001-23-31-000-1999-02042-01(30356), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera); el 30 de octubre de 2013 condenó por perjuicios morales al pago de 60 smlmv en favor de un niño que perdió el ojo izquierdo con motivo de una falla médica (exp. 66001-23-31-000-1998-00181-01(24985), C.P. Danilo Rojas Betancourth).

<sup>58</sup> Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para la señora **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ SILVA**, en calidad de hija de la víctima<sup>59</sup>, el Despacho les reconocerá por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 40 SMLMV.

Para **LUISA FERNANDA REAY GUTIÉRREZ**, en calidad de nieta de la víctima<sup>60</sup>, el Despacho le reconocerá por perjuicios morales, el equivalente a 20 SMLMV.

### **7.3.- Otros perjuicios Daño a la Salud o a la vida de relación**

El Despacho denegará las pretensiones de perjuicios por daño a la salud (antes denominado a la vida de relación), por concepto de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados así como los materiales formulados en el escrito de demanda toda vez que no se configura su causación en el presente asunto por tratarse del daño autónomo de pérdida de oportunidad acreditada en el presente asunto.

### **8.- Costas**

Si bien el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas”*, de ello no se sigue necesariamente que ante un pronunciamiento adverso la parte vencida deba ser condenada en costas. Por tanto, como la parte demandada no acudió a maniobras reprochables, el Juzgado no la condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO: DECLARAR** administrativa y extracontractualmente responsable a la extinta **EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM**, (hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PAR CAPRECOM LIQUIDADA** administrado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**),

<sup>59</sup> Conforme al Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 74 del C. principal 1

<sup>60</sup> Conforme al Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 74 del C. principal 1



por los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad de recuperar su salud visual y evitar los riesgos que padeció la señora **BERENICE SILVA PATIÑO**.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **EPS CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM**, (hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM LIQUIDADA** administrado por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**), a pagar a las demandantes las siguientes sumas de dinero:

A la señora **BERENICE SILVA PATIÑO**, en calidad de víctima directa cuarenta (40) SMLMV por perjuicios morales.

A la señora **OLGA LUCÍA GUTIÉRREZ SILVA**, en calidad de hija de la víctima directa, la suma de dinero equivalente a cuarenta (40) SMLMV, por concepto de perjuicios morales.

A la joven **LUISA FERNANDA REAY GUTIÉRREZ**, en calidad de nieta de la víctima directa, la suma de dinero equivalente a veinte (20) SMLMV, por concepto de perjuicios morales.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO: ORDENAR** la liquidación de los gastos procesales, si hay lugar a ello. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente dejando las anotaciones del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE**  
**Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.**

*mlb*