

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN**

Popayán, catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 118

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Juzgado a decidir la demanda que a través del medio de control de reparación directa, promueven los señores **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA** identificado con la C.C. No. 1.061.698.883, **ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES** identificada con la C.C. No. 34.548.384, **KARLA MARCELA VILLAMARÍN NOGUERA** identificada con la C.C. No. 1.061.727.572 y **LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES** identificada con la C.C. No. 34.552.379, en contra de **CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN**, tendiente a que se declare administrativa y patrimonialmente responsable por la tardanza en brindar a **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, el procedimiento quirúrgico denominado **VITRECTOMÍA POSTERIOR + RETINOPEXIA**, causándole la pérdida de la oportunidad de restablecer su salud y la pérdida de la visión de su ojo izquierdo.

Como consecuencia de la declaración, solicitan que se condene a la entidad demandada a pagar las siguientes indemnizaciones:

Por perjuicios morales a favor de **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA** y **ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES** la suma de 100 smmlv para cada uno y a favor de **KARLA MARCELA VILLAMARÍN NOGUERA** y **LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES** la suma de 50 smmlv para cada uno.

Por daño a la salud el equivalente a 400 smmlv para **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, quien perdió la visión por el ojo izquierdo.

Por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente futuro la suma de \$100.000.000 para **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, o lo que resulte probado, por los gastos en que incurrirá en razón al tratamiento médico al cual deberá someterse para restablecer su salud.

¹ Folios 1-9 Cuaderno Principal.

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante pasado, la suma de \$100.000.000 para JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, o lo que resulte probado, en consideración al dinero dejado de percibir por su pérdida de capacidad laboral.

Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, la suma de \$100.000.000 para JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, o lo que resulte probado, en consideración al dinero que dejará de percibir por su pérdida de capacidad laboral.

Que la condena sea ajustada conforme el IPC, según lo previsto en el art. 187 del CPACA; que la demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 192 y 195 del CPACA; que se condene en costas a la demandada; que de no pagarse en forma oportuna la condena, la entidad pague y liquide los intereses comerciales y moratorios.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

El 1º de enero de 2013, JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán, para ser atendido por urgencias después de haber recibido un golpe en el ojo izquierdo, lo cual le ocasionó el estallido del globo ocular.

Una vez valorado, el oftalmólogo del centro de salud, advirtió que requería de manera urgente consulta por retinología, la cual no pudo llevarse a cabo, porque CAPRECOM, entidad a la que se encontraba afiliado JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA desde el año 2012, no expidió la orden correspondiente bajo el argumento de que no tenía contrato con el Hospital Universitario San José de Popayán en el momento.

Por lo anterior, el joven NOGUERA NOGUERA acudió el 10 de enero de 2013, a la Fundación Oftalmológica Vejarano para ser examinado de manera particular por un especialista en retinología, que al valorarlo estableció la necesidad de practicar con urgencia un procedimiento quirúrgico denominado VITRECTOMÍA POSTERIOR + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMIA + CAPSULOTOMIA + IRIDECTOMIA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, el que debía ser realizado de manera inmediata a fin de evitar la pérdida de la funcionalidad del ojo izquierdo, que no pudo llevarse a cabo porque CAPRECOM no autorizó su realización.

En acción de tutela resuelta por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, con sentencia del 4 de febrero de 2013, se dispuso proteger los derechos fundamentales del señor JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA y en consecuencia, se ordenó a CAPRECOM de forma inmediata, poner a disposición los medios y trámites correspondientes para la práctica de exámenes, procedimientos y entrega de medicamentos para restablecer el estado de salud del ojo izquierdo, de acuerdo a las recomendaciones de los médicos tratantes.

El 6 de marzo de 2013, JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA acudió nuevamente a consulta en la Fundación Oftalmológica Vejarano, donde el médico tratante reafirmó la necesidad de someterse a la cirugía de retina ordenada desde hacía 2 meses atrás y que no se había podido realizar por la negativa de CAPRECOM EPS a expedir la autorización correspondiente en desacato a la orden del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán.

El 22 de marzo de 2013, finalmente se autorizó el procedimiento quirúrgico, se llevó a cabo en la Fundación Oftalmológica Vejarano, sin embargo no fue efectivo por el retraso en su realización y JORGE ANDRÉS perdió la visión por el ojo izquierdo.

Este hecho afectó económica y emocionalmente a JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA y a su familia, dado que no puede acceder a un empleo, no posee los recursos

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

económicos para un tratamiento médico y tampoco puede ayudar económicamente a su familia; el joven presenta una pérdida de capacidad laboral del 26,15%.

2. Contestación de la demanda

2.1. De CAPRECOM EPS²

Sostuvo que no estaba dentro de sus funciones prestar el servicio de urgencias, y que debido a que el Hospital Universitario San José de Popayán fue quien brindó la atención inicial de urgencias es responsable de la atención integral médico quirúrgica, que igualmente conlleva la hospitalización, suministro del material médico quirúrgico, medicamentos, tratamiento y procedimientos quirúrgicos, servicios de diagnóstico que debe prestar hasta la rehabilitación final.

Expuso que la remisión urgente a retinología que se hizo por el Hospital Universitario San José de Popayán no requería de la previa existencia de contrato alguno entre dicha institución y CAPRECOM, porque según el art. 168 de la Ley 100 de 1993, debe ser prestada de forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud a todas las personas, lo otro es que el Hospital en mención no tenía tal especialidad y como se plasmó en la historia clínica no se estaba dando una orden para un procedimiento quirúrgico, que lo que debió hacer el Hospital fue remitir al paciente a una IPS que contara con la especialidad.

Cuestionó que el Hospital Universitario San José de Popayán le haya dado egreso al paciente el 3 de enero de 2013, con remisión de urgencias; insistió en que el Hospital debió remitir a una institución con la especialidad requerida y que no era oponible la falta de contrato, si era un caso de urgencia.

Aseveró que se dio una remisión de urgencias, pero el Dr. Carlos M. de Rosa B, pasó por alto consignar a qué IPS se hacía la remisión, situación que le quitó al paciente la posibilidad de tener una atención integral, oportuna y continua, obligación legal que a su juicio estaba en cabeza del Hospital Universitario San José de Popayán y quien debió presentar las cuentas de prestación del servicio de urgencias, mediante resolución motivada ante CAPRECOM quien debería pagar dentro de los 3 meses siguientes a la radicación de la factura o cuenta de cobro, sin que para ello se necesitara contrato, ni orden previa.

Sostuvo que no hubo una negación de la orden de apoyo para el manejo que se le debió dar al señor NOGUERA NOGUERA y que el Hospital Universitario San José que atendió al paciente por el servicio de urgencias fue quien no hizo la remisión dentro del mismo servicio de urgencias.

Anotó que el 29 de enero de 2013, se ordenó la expedición de la orden de apoyo NUA 745000, para que el paciente fuera atendido en el Hospital Universitario del Valle Evaristo García por el retinólogo, con vigencia de 60 días, orden de apoyo que fue cancelada a petición del mismo paciente y cambiada por la orden de apoyo NUA 7804225 del 1º de marzo de 2013.

Adujo que dentro del período de la atención de urgencias del 1º de enero de 2013 al 6 de marzo de 2013, no es cierto que se haya establecido por parte de médico o especialista alguno adscrito a la EPS, la orden incuestionable de la realización de cirugía alguna.

² Folios 75-87 cuaderno principal

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Precisó que solo el 6 de marzo de 2013, la Fundación Oftalmológica Vejarano ordenó de manera urgente y concreta la realización del procedimiento quirúrgico requerido por el paciente y no antes, pues a partir del 3 de enero de 2013, únicamente se ordenó la remisión a la valoración urgente por retinología – valoración vitrectomía, en ningún momento se ordenó procedimiento alguno.

Resaltó que la omisión de realizar la remisión a una IPS que manejara la especialidad, recae sobre la IPS o ESE que prestó la atención inicial de urgencias, máxime si para evitar la pérdida de la visión por desprendimiento de retina, la cirugía debió realizarse el mismo día y no habiendo dado de alta el 3 de enero de 2013, negando la oportunidad de restablecer la salud del ojo izquierdo posterior al golpe contundente que le causó el desprendimiento de retina.

Propuso como excepciones:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Porque los posibles hechos enmarcados en una falla del servicio no son atribuibles a CAPRECOM, por cuanto la obligación legal en atención integral, oportuna y continua, recae sobre el Hospital Universitario San José de Popayán.
- Inexistencia del derecho invocado y exclusión de la responsabilidad del demandado: Porque CAPRECOM no está obligado a prestar la atención inicial de urgencias, que le corresponde en forma obligatoria a las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago.
- Inexistencia de nexo causal en tanto no hay una falla u omisión imputable a CAPRECOM.
- Hecho de un tercero: Porque CAPRECOM es ajeno a cualquier falla, error o responsabilidad derivada de los servicios médicos que por intermedio del Hospital Universitario San José de Popayán se hubieren prestado en atención inicial de urgencias.
- Innominada para que se declare cualquier medio exceptivo que se llegue a configurar.

Solicitó que se nieguen las pretensiones porque CAPRECOM no tiene responsabilidad alguna en los hechos narrados en la demanda.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda se presentó el día 13 de febrero de 2015³; fue admitida mediante auto interlocutorio del 5 de mayo de 2015⁴; se notificó en debida forma⁵, se corrió traslado de las excepciones propuestas como consta en el Sistema de Información Judicial Justicia Siglo XXI, el 17 de julio de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial⁶, el 30 de noviembre de 2017, se llevó a cabo audiencia de pruebas⁷ y se continuó los días 25 de enero de 2018⁸

³ Folio 62 cuaderno principal

⁴ Folios 65-66 cuaderno principal

⁵ Folios 71-74 cuaderno principal

⁶ Folios 158-162 cuaderno principal

⁷ Folios 165-168 cuaderno principal

⁸ Folio 172-175 cuaderno principal

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

y 28 de junio de 2018⁹, en esta oportunidad se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

4. Los alegatos de conclusión

4.1. De la parte demandante¹⁰

Con base en lo expuesto por el perito, Dr. Héctor Eduardo Ortiz Bermúdez, lo manifestado por el retinólogo, Gustavo Adolfo Navarro, quien valoró a Jorge Andrés Noguera Noguera y en la historia clínica, refirió la necesidad de la práctica de la cirugía VITRECTOMÍA POSTERIOR + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMIA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, de la manera más pronta posible, pero al realizarla de manera tardía, 3 meses después de la ocurrencia de la lesión, en razón de la demora de CAPRECOM de autorizar el servicio, la funcionalidad del ojo izquierdo no pudo recuperarse.

A su juicio la responsabilidad de CAPRECOM se evidencia con el fallo de tutela del 4 de febrero de 2013, dando lugar a una orden que solo fue cumplida el 22 de abril de 2013, es decir después de 2 meses de proferida la decisión y meses después de ocurrida la lesión.

Expuso que en cuanto a las afectaciones de Jorge Andrés Noguera Noguera y su familia, por la pérdida de funcionalidad del ojo izquierdo, hay coherencia entre lo manifestado por la testigo Jessica Marcela Serna Anacona y las consideraciones del especialista perito, porque desde lo sucedido el afectado principal ha cambiado su forma de ser y de relacionarse con los suyos, viviendo con tristeza por la imposibilidad de conseguir trabajo, lo que lo ha llevado a ser una persona retraída, incluso a caer en la drogadicción.

Argumentó que la renuencia de CAPRECOM a expedir la autorización del procedimiento quirúrgico, privó al señor Jorge Andrés Noguera Noguera de la oportunidad de acceder al tratamiento prescrito por el médico tratante necesario para evitar la pérdida de funcionalidad del ojo izquierdo, conducta contraria al ordenamiento jurídico, el cual radica en cabeza de las Empresas Promotoras de Salud la obligación de garantizar la calidad en la prestación de los servicios de salud, y que sea integral, eficiente y oportuna. De esta forma refirió una falla del servicio.

4.2. De Caprecom en Liquidación¹¹

Explicó que la función de la EPS es administrativa, no asistencial en salud, no encontrándose entre sus funciones la atención de urgencias; que en este caso correspondía al Hospital Universitario San José de Popayán.

Sostuvo que Caprecom es ajeno a cualquier falla, error o responsabilidad derivada de los servicios médicos que por intermedio del Hospital Universitario San José de Popayán se hubieren prestado al señor Noguera Noguera, pues esta institución tiene autonomía científica, técnica y administrativa en la prestación de los servicios de salud; esto significa que tal entidad está llamada a responder por sus propios actos.

Adujo que no existe prueba de que se hayan realizado por parte del Hospital Universitario San José de Popayán los trámites para la remisión y que por parte de Caprecom se hayan negado las autorizaciones.

⁹ Folios 186-188 cdno. ppal.

¹⁰ Folios 189-192 cuaderno principal

¹¹ Folios 193-210 cuaderno principal

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Argumentó que el Hospital no debió darle salida al paciente, sino garantizarle una atención integral y remitirlo a una IPS que contara con la especialidad requerida. Cuestionó que el paciente no tramitó las órdenes con Caprecom para consulta con la especialidad de retinología y por el contrario ingresó a otro centro de salud.

Solicitó al igual que en la contestación de la demanda, no acceder a las pretensiones.

5. Concepto del Ministerio Público

No se pronunció.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad y competencia

En el presente proceso se tiene establecido que el daño se conoce cuando se realiza el procedimiento quirúrgico de VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AS + RETINOPEXIA + + ENDOLASER + LENSECTOMIA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS y el señor Jorge Andrés Noguera Noguera no recupera la visión por el ojo izquierdo, lo cual ocurrió el día 2 de abril de 2013 (reverso folio 41 cdno. ppal.); el término de dos años vencía el 2 de abril de 2015 y la demanda fue instaurada el día 13 de febrero de 2015 (fl. 62 cdno. ppal.), por tanto no se ha configurado la caducidad del medio de control, sin necesidad de considerar la suspensión del término por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

Por la naturaleza del proceso, el lugar de los hechos y la cuantía de las pretensiones, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en **PRIMERA INSTANCIA** conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 # 6 y 156 # 6 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Se centra en determinar si CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN es responsable administrativa y patrimonialmente de los perjuicios que se dice fueron ocasionados a la parte demandante como consecuencia de la demora de la demandada en la expedición de la autorización para el procedimiento quirúrgico denominado VITRECTOMÍA POSTERIOR + RETINOPEXIA lo cual privó al paciente de restablecer su salud, causando la pérdida de visión en su ojo izquierdo.

3. Del régimen de imputación aplicable

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia del 19 de abril 2012¹², 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 concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas 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 sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que

¹² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual del Consejo de Estado, se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.

3.1. De la responsabilidad del Estado por la pérdida de chance u oportunidad

El Consejo de Estado en relación con la pérdida de chance u oportunidad, expone:

“(…) Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010 [exp. 18593] (...) señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado (...) Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente

(…) el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

(...) Respecto a los supuestos del daño por pérdida de oportunidad, la Sala precisa que pueden presentarse de dos maneras, uno positivo -chance de gain- y otro negativo -chance d'éviter une perte-. Positiva, cuando la víctima tiene la expectativa legítima de recibir un beneficio o adquirir un derecho, pero por la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza de concreción. Negativa, cuando la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se evite o eluda un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado. En materia médica los supuestos de daño por pérdida de oportunidad en su perspectiva negativa se suelen presentar, de un lado, por la privación de las expectativas de sobrevivir y, del otro, por la privación de la esperanza de curarse, restablecerse o mejorar su estado de salud (...) En conclusión, cuando se considera la pérdida de oportunidad como un supuesto en el que la secuencia fáctica podría conducir a la víctima a recibir un beneficio, pero su proceso de concreción es paralizado como consecuencia de la acción de un tercero, el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, pues para la Sala sería absurdo proferir un juicio de imputación en su contra cuando este no ha causado la privación de la oportunidad; pero, en eventos en los que la pérdida de oportunidad de evitar un perjuicio se manifiesta como una omisión absoluta, es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad.”¹³

De acuerdo con todo lo anterior se hace necesario verificar si de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, en el *sub examine* concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, por la falla en el servicio médico asistencial, concretamente, si la parte demandante ha sufrido un daño entendido como el perjuicio o menoscabo que no tenía el deber de soportar, y la relación de causalidad para evidenciar si el daño se originó como consecuencia de una falla administrativa que a su vez generó una pérdida de chance u oportunidad para el paciente, derivados de los presuntos yerros en los procedimientos, adelantados en la institución hospitalaria demandada.

4. Lo probado en el proceso

4.1. Las relaciones de parentesco

A folio 13 del cuaderno principal reposa copia del folio del registro civil de nacimiento de Jorge Andrés Noguera Noguera donde consta que es hijo de Esther Julia Noguera Chaves.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Sentencia del cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706).

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

A folio 14 del cuaderno principal reposa copia del folio del registro civil de nacimiento de Karla Marcela Villamarín Noguera donde consta que es hija de Esther Julia Noguera Chaves, por lo tanto hermana de Jorge Andrés Noguera Noguera.

A folios 15 y 16 del cuaderno principal reposa copia del folio de los registros civiles de nacimiento de Esther Julia Noguera Chaves y Lucy Amparo Noguera Chaves donde consta que son hijas de Jorge Isaac Mosquera y María Isabel Chaves, por lo tanto Lucy Amparo Noguera Chaves es tía de Jorge Andrés Noguera Noguera.

4.2. Atenciones médicas

En el Hospital Universitario San José de Popayán

- El 1º de enero de 2013, Jorge Andrés Noguera Noguera ingresa a urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán, como diagnóstico de ingreso se consigna en la valoración inicial del paciente no traumatizado trauma ocular, considerar desprendimiento de retina (fl. 20 cdno. ppal.).

El paciente ingresa como beneficiario de CAPRECOM EPS Subsidiado. (fl. 22 cdno. ppal.), lo mismo se consigna en la hoja del triage (fl. 26 cdno. ppal.).

- Se anota que hace dos horas recibe golpe contundente (puñetazo), en ojo izquierdo con posterior hemorragia conjuntival, diagnósticos de trauma ocular y descartar desprendimiento de retina. (fl. 19 cdno. ppal.)

Al ingreso el 1º de enero de 2013 a las 20+15 horas, se observa ojo izquierdo con edema, equimosis, sangrado, se ordena canalizar vena periférica.

- En ecografía ocular izquierda del 2 de enero de 2013, se consigna que Jorge Noguera presenta signos de estallido del globo ocular izquierdo (fl. 27 cdno. ppal.).

- En la epicrisis se consigna con estallido del globo ocular, por cuanto recibió puño en el ojo izquierdo, se remite a valoración urgente por retinología.

Se anota como causa de egreso: remisión, en los datos de contrareferencia se consigna: nivel de atención requerido IV nivel, no se nombra la IPS a la que se solicita la atención, la especialidad requerida es oftalmología retina, tipo de atención requerida es urgente (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

- En la orden médica de salida se resume ingreso a urgencias el 1º de enero de 2013 y egreso del mismo servicio el 3 de enero siguiente, causa de salida: orden médica, tipo Dx principal: Confirmado nuevo, diagnóstico egreso: trauma ocular, desprendimiento, estallido ocular. (fl. 21 cdno. ppal.)

- En la historia clínica igualmente se consigna que el 3 de enero de 2013, se da salida con remisión a retinólogo. (reverso fl. 30 cdno. ppal.).

- En las notas de enfermería del 3 de enero de 2013 a las 8+20, se consigna: “V/ Revaloración por oftalmología, paciente quien por orden médica da de alta con fórmula para mtos, orden de remisión por retinología trámite ambulatorio, se retira acceso venoso, se dan recomendaciones, acompañado por familiar.” (fl. 23 cdno. ppal.)

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

Atención en el Hospital Susana López de Valencia

- El 18 de enero de 2013 en el área de urgencias, se refiere que consulta porque no ve por el ojo izquierdo, recibió un golpe (puño) el "13 de enero" (sic). Enfermedad actual: En una riña sufre trauma ocular al recibir golpe con el puño a nivel del ojo izquierdo con dolor inmediato, edema, equimosis palpebral y pérdida inmediata de la visión, no ha consultado hasta ese día, automedica con nemesulid, refiere mejoría del edema pero persiste pérdida de la visión por lo cual consulta. Se aprecia congestión conjuntiva, coágulo en la cámara anterior, completa opacidad y desviación de la pupila hacia la línea nasal y pérdida completa de la agudeza visual. (fl. 33 cdno. ppal.)

Siente mucha molestia, se formulan medicamentos, ecografía urgente y se remite urgente para valoración por retinólogo (fl. 34 cdno. ppal.).

- El 19 de enero de 2013, sigue a la espera de remisión donde haya retinólogo y se insiste en la remisión (fl. 54 cdno. de pruebas). El 21 de enero se solicita nueva valoración por oftalmología (reverso fl. 55 cdno. de pruebas) y sigue a la espera de la valoración de retina (fl. 57 cdno. de pruebas), sigue en el mismo estado los días subsiguientes (fl. 59 cdno. de pruebas).

El 24 de enero de 2013, sigue pendiente remisión a tercer nivel para valoración por retinólogo (fl. 35 cdno. ppal.). Se indica Dx de trauma ocular, valorado por oftalmología de turno, quien refiere que el paciente se puede manejar ambulatoriamente, se da salida con medicamentos, recomendaciones especiales, signos de alarma para que consulte por urgencias, cita de control por consulta externa prioritaria por cirugía de retina, se describen como exámenes consulta ambulatoria de medicina especializada ambulatoriamente cita prioritaria con cirugía de retina (fl. 37 cdno. ppal.).

Atención en la Fundación Oftalmológica Vejarano

- En la historia clínica del 10 de enero de 2013, se aprecia que Jorge Andrés Noguera Noguera consulta por golpe con puño en ojo izquierdo hace 10 días, con disminución de visión posterior al golpe, refiere buena visión por ojo izquierdo antes del golpe. Diagnósticos: Trauma ocular contundente OI. Plan: VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEBRANAS + LAVADO DE HIFEMA. Urgente. (fl. 32 cdno. ppal.)

- En atención del 6 de marzo de 2013, en consulta con el retinólogo se consigna "*Caprecom no ha autorizado procedimiento solicitado hace 2 meses*". Se vuelve a indicar VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA, biometría, valoración anestésica urgente (fl. 38 cdno. ppal.).

- El 6 de marzo de 2013, Jorge Andrés Noguera Noguera solicita historia clínica con destino a orden de apoyo para cirugía. (fl. 40 cdno. ppal.). En esa fecha se entrega fórmula para el procedimiento indicado de urgente, por trauma ocular contundente. (fl. 44 cdno. ppal.)

- El 22 de marzo de 2013, se entrega consentimiento informado para el procedimiento mencionado. (fl. 38 cdno. ppal.)

- El 27 de marzo de 2013, presenta signos de ruptura escleral (reverso folio 38 cdno. ppal.).

- El 2 de abril de 2013, bajo anestesia general previa asepsia y antisepsia se realiza VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC + RETINOPEXIA + ENDOLASER +

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

LENSECTOMÍA + PELAJE DE MEMEBRANAS + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA OI.
(reverso folio 41 cdno. ppal.).

- El 20 de junio de 2013, se anota desprendimiento total de retina (fl. 42 cdno. ppal.), se prescribe adaptación de lente de contacto cosmético.

- El 9 de julio de 2013, se indica que el paciente se siente muy bien, no hay dolor, ni molestia. (fls. 45 y 46 cdno. ppal.)

4.3. Dictamen de pérdida de capacidad laboral

La junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño le dictamina como pérdida de capacidad laboral a Jorge Andrés Noguera Noguera un 26,15%. (fls. 48 a 50 cdno. ppal.)

4.4. Actuación en sede de tutela

En virtud de una medida provisional decretada en el proceso de tutela 19001310500220130002100, accionante Jorge Andrés Noguera Noguera, accionado Caprecom, esta última entidad expidió la autorización de servicio NUA 7456000 del 29 de enero de 2013, para la valoración por retinología en el Hospital Universitario del Valle Evaristo García con vigencia de 60 días, sin embargo en la respectiva sentencia de fecha 4 de febrero de 2013, se dispuso que CAPRECOM EPS-S debía disponer los medios necesarios y realizar los trámites correspondientes para la práctica de exámenes, medicamentos y procedimientos necesarios encaminados a restablecer el estado de salud del ojo izquierdo (fls. 31 a 60 cdno. ppal.).

4.5. Autorizaciones de servicio emitidas por CAPRECOM para servicios de salud de Jorge Andrés Noguera Noguera

- Autorización de servicio NUA 7230825 del 1º de enero de 2013, para consulta de urgencias por medicina general, IPS que solicita el servicio: Hospital Universitario San José de Popayán, IPS de referencia: Hospital Universitario San José de Popayán (fl. 88 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7467644 del 30 de enero de 2013, para internación en servicio complejidad mediana, habitación de 4 camas, IPS que solicita el servicio: ESE Popayán Centro de Salud Suroccidente, IPS de referencia: Hospital Susana López de Valencia (fl. 89 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7804225 del 1º de marzo de 2013, para consulta de control o de seguimiento por medicina especializada, IPS que solicita el servicio: ESE Popayán Centro de Salud Suroccidente, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 90 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7882523 del 8 de marzo de 2013, para biometría ocular SOD, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 91 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7882589 del 8 de marzo de 2013, para recuento de células endoteliales, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 92 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7882636 del 8 de marzo de 2013, para ultrasonografía ocular modo A y B, con contenido orbitario y transductor de 7 MHZ o más ACR, IPS que

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 93 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7882712 del 8 de marzo de 2013, para consulta de control o de seguimiento por medicina especializada - anestesia, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fls. 94 y 95 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 7883122 del 8 de marzo de 2013, para IRIDECTOMIA (BASAL; PERIFÉRICA Y TOTAL) SOD, LISIS DE SINEQUIAS ANTERIORES DE OJO SOD, EXTRACCIÓN INTRACAPSULAR DE CRISTALINO SOD, CAPSULOTOMIA CON LASER, RETIRO DE ACEITE DE SILICON CON PELAJE DE MEMBRANAS GAS Y ENDOLASER, VITRECTOMÍA VÍA POSTERIOR CON INSERCIÓN DE SILICON O GASES, VITRECTOMÍA VÍA POSTERIOR CON RETINOPEXIA, VITRECTOMIA VÍA POSTERIOR CON ENDOLASER, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 96 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 8010359 del 21 de marzo de 2013, para hemograma III, creatinina en suero, orina u otros y glucosa en suero, IPS que solicita el servicio: ESE Popayán Centro de Salud Suroccidente, IPS de referencia: Hospital Susana López de Valencia (fl. 97 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 8681787 del 28 de mayo de 2013, para consulta de control o de seguimiento por medicina especializada – consulta externa - oftalmología, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 98 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 8948112 del 20 de junio de 2013, para corticoide 011% suspensión oftálmica, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Droguería Gómez Chará (fl. 99 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 8948261 del 20 de junio de 2013, para consulta de control o de seguimiento por medicina especializada – consulta externa - oftalmología, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 100 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 9348142 del 23 de julio de 2013, para lente de contacto rígido permeable, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Óptica Canadá Ltda. (fl. 101 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 9215468 del 12 de julio de 2013, para VISOCAP, IPS que solicita el servicio: ESE Popayán Centro de Salud Suroccidente, IPS de referencia: Comercializadora H y M Suministros SAS. (fl. 102 cdno. ppal.).

- Autorización de servicio NUA 10576759 del 1º de noviembre de 2013, para consulta de control o de seguimiento por medicina especializada – consulta externa - oftalmología, IPS que solicita el servicio: ESE Popayán Centro de Salud Suroccidente, IPS de referencia: Clínica La Estancia. (fl. 103 cdno. ppal.).

Prueba testimonial de los médicos tratantes

CARLOS MAURICIO DE ROSA BALEN, Médico general desde el 22 de diciembre de 1987 y Oftalmólogo desde el 1º de octubre de 1994, no tiene subespecialidad y ejerce como oftalmólogo desde 1995. Sobre el caso en concreto: Dice que el paciente consulta el 1º de enero de 2013, que recibió golpe contundente en ojo izquierdo, hemorragia

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

conjuntival, hemodinámicamente estable, todo era normal, presenta equimosis del párpado superior o sea un morado en el ojo, que no podía ver, eso lo encuentra el médico general. Entonces el médico hace diagnóstico de trauma ocular y descartar desprendimiento de retina. Ese día a las 21:30 horas, el testigo valora al paciente, tenía un trauma ocular en ojo izquierdo, no tenía percepción luminosa es decir no veía nada, inflamación de los párpados y completamente negros, era imposible valorar la apertura ocular por el grado de inflamación, hipema del 100% (sangre en la parte anterior del ojo, el ojo lleno de sangre), al paciente se le coloca analgesia, esteroides endovenosos para bajar la inflamación y medicamentos tópicos, se solicita ecografía ocular. Posteriormente el 2 de enero de 2013, revisa el paciente y encuentra hipema del 100% y pendiente ecografía. Suspende esteroides endovenosos, se le colocan vía oral, en reposo absoluto. Después el médico del Hospital lo evoluciona, ojo izquierdo estaba cubierto con apósito. A las 7 pm del mismo día aparece la ecografía del paciente con signos de estallido del globo ocular izquierdo, revaloración por oftalmología. El testigo lo vuelve a valorar el 3 de enero de 2013, da remisión al retinólogo, ordena tópicos, esteroides, se le entrega la remisión al paciente y se le da salida porque en el HUSJ no se contaba con el servicio de retinología.

Explica hay varias clases de urgencias: Urgencia vital cuando está comprometida la vida del paciente, que no es el caso concreto y urgencia relativa o sea que la debería tramitar la EPS por medio de su red de apoyo. En primera instancia con el grado de afectación del ojo y el diagnóstico ecográfico, el pronóstico de visión de ese ojo era nulo, porque el nervio óptico no percibía la luz. La remisión a retinología tenía como fin darle una oportunidad al paciente para ver cómo le podían solucionar el problema de baja visión, de tratar de reconstruir las estructuras oculares, para ver si ganaba algo de visión, a pesar del mal pronóstico. El médico insiste en que se trataba de urgencia relativa, no estaba en peligro la vida del paciente.

Aclara que la retina es una capa que cubre el ojo por dentro, esa retina conecta el ojo con el cerebro con una especie de cable, ese es el nervio óptico y cuando él no percibe los estímulos que le manda la retina, no hay visión. Entonces si el ojo no percibe la luz, el daño es terrible. Por eso sugería daño terrible en retina y nervio óptico. Que no se remitió porque le tocaba a la IPS. Indicó que él le dio la salida con remisión al retinólogo. Sobre la clasificación del paciente en estado amarillo que según el abogado de CAPRECOM debe ser atención inmediata, el testigo indica que si dice que es urgencia amarilla, en el cual no estaba en peligro la vida del paciente y daba tiempo para hacer la remisión, porque de acuerdo a su experiencia el ojo no necesariamente era para intervenir inmediatamente porque el pronóstico del ojo no le iba a cambiar y el 10 de enero en la Fundación Vejarano vuelven y le ponen urgente e igual a los 18 días en el Susana López donde ponen urgente y al paciente lo operan 4 meses después.

Conforme la Resolución 5596 de 2015, que hace referencia al sistema de selección y clasificación de los pacientes en los servicios de urgencia, se pregunta si no consideraron la atención inmediata, el testigo dice que no estaba en riesgo la vida del paciente y por el pronóstico de la lesión no se consideraba urgencia inmediata y que no esperaban que una EPS se demorara 4 meses en autorizar una cirugía. Insiste el testigo que su labor no era conseguirle clínica al paciente, sino valorarlo y remitirlo con el médico tratante y que esa labor la debe hacer la IPS que tiene a cargo el paciente. Dijo que si hubieran operado inmediatamente al paciente el pronóstico era muy malo, que operar a un paciente de estos inmediatamente no es prioridad porque hay que esperar a que se desinflame, porque el ojo no se podía abrir, todo era con ecografías, había que esperar 8 o 10 días para que desinflame y operarlo.

Se le preguntó cuál era el concepto del testigo sobre cuánto tiempo es necesario en un pronóstico como el de Jorge Noguera para la atención por retinología y el procedimiento y responde 15 días o un mes, esperando se desinflame el ojo. Sobre la pérdida de

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

funcionalidad del ojo izquierdo, dijo que desde que el paciente ingresó, la pérdida de la visión era 100% probable que pasara. Que como al paciente se le entregó la remisión, seguramente debía hacer las gestiones ante la EPS para que lo remitieran al retinólogo.

GUSTAVO ADOLFO NAVARRO NARANJO, médico oftalmólogo desde el 2000, supraespecialidad retina y vítreo desde el 2002. Manifiesta que el paciente consulta el 10 de enero de 2013, por haber sufrido un golpe con puño en el ojo izquierdo 10 días antes de consultar, con posterior pérdida de visión del ojo izquierdo, veía bien antes del trauma, al examen físico en el ojo izquierdo tenía percepción de luz a 10 cm, tenía como diagnóstico un trauma ocular contundente, hemorragia en cámara anterior del 70% y no se observaba el interior del ojo por la misma hemorragia, en ese momento se le pide cirugía, VITRECTOMÍA POSTERIOR CON ACEITE DE SILICON + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEBRANAS + LAVADO DEL HIFEMA, que es la hemorragia que estaba en el segmento anterior, se solicita de manera urgente debido a la severidad del trauma, se considera urgencia en oftalmología cuando hay amenaza de pérdida de la función visual o pérdida del órgano, así se registró en la historia como urgente.

El procedimiento se debía hacer en las siguientes 24 horas, porque de lo contrario se podía perder la función o el órgano.

En el sistema de salud se considera que las urgencias deben ser manejadas en las siguientes 24 horas, en oftalmología incluso se considera que ese tiempo es menor, cuando hay trauma severo o trauma con ojo abierto por riesgo de infección, por daño del órgano que se produce rápidamente, porque empieza un proceso de cicatrización dependiendo de la severidad del trauma, desprendimiento de retina, desprendimientos coroides, que no son fáciles de solucionar, entre más pasa el tiempo, va a haber más cicatrización, va a haber más procesos de daños de los tejidos que van a impedir que se solucione el problema.

Cuando se le pregunta sobre la orden de salida del Hospital Universitario San José, considera que el paciente debió haber sido remitido a un centro hospitalario donde se le recibiera, el Hospital San José es responsable de la salud de ese paciente y en ese caso de urgencia si no tiene los medios, tiene que ubicar la referencia del paciente, que el paciente sea aceptado en el centro de referencia y allí le solucionen el problema, no se le puede dar de alta, es como si el paciente tuviera una puñalada en el abdomen o tórax, no le puede decir aquí no tengo cirujano vaya a la casa y busque la remisión por consulta externa, el Hospital tiene que buscar, mandarlo en ambulancia, contactar el Hospital de referencia y mandarlo allí.

En la valoración inicial del paciente vio que el trauma era cerrado, no había una herida penetrante al ojo, pero todos los pacientes con trauma contundente hay que valorarlos en cirugía, para entrar a hacer el diagnóstico y corregir.

Los traumas se operan inmediatamente del edema palpebral, dijo que no estaba de acuerdo con lo que opinó el Dr. De la Rosa, si lo remite al retinólogo es precisamente para que le solucione el problema.

Respecto a las posibilidades del paciente de recuperación visual, dijo que de entrada es imposible decir cuánto puede llegar a ver el paciente en un trauma severo, pero los protocolos de medicina basada en la evidencia han establecido qué hacer en esos pacientes, independientemente del pronóstico visual, puede que recupere o no, por eso con los pacientes que tienen trauma severo con rotura escleral hay que entrar a cirugía y cerrar la ruptura escleral y solucionar todos los problemas, se debe hacer en las primeras

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

24 horas, si no se hace en ese tiempo empeora el pronóstico visual, incluso puede perder el ojo, de manera irrecuperable.

Aclara que vio el paciente el 10 de enero, pero volvió 2 meses después, el 6 de marzo, donde pone en la historia que CAPRECOM no ha autorizado procedimiento solicitado hace dos meses y ya el examen físico sigue más o menos igual y vuelve a pedir la cirugía urgente, pero tampoco la autorizan y solo lo opera el 2 de abril, entonces lo único que se ha hecho es retrasarlo y retrasarlo, y entre más tiempo el pronóstico visual es más malo. Puede ser que el trauma lo dejara ciego, pero eso no se sabe desde la medicina, lo único es que hay cumplir unos protocolos de manejo que ya se sabe que tienen buen resultado, un paciente se puede infartar e igual hay que hacer el protocolo, unos vivirán y otros morirán y se ha demostrado que a la mayoría que se les hace el protocolo, no se mueren por el infarto. Lo mismo se ha demostrado con el ojo, a estos pacientes hay que operarlos rápidamente, porque entre más tiempo pase menos posibilidad de visión van a tener.

Respecto a la urgencia relativa que refirió el otro testigo, dijo que urgencia relativa no existe en medicina, que hay urgencia o no. Que hay otra clasificación que es urgencia vital, que la persona se va a morir si no se soluciona, pero hay otras urgencias como esta que determinan la pérdida de un órgano, pero que urgencia relativa es como decir si y no, que esa clasificación no está ni en el sistema de salud ni en medicina.

El Dr. refirió que la atención del 10 de enero para el paciente fue particular.

Dijo que el paciente tiene más oportunidades de recuperar visión si es atendido a tiempo.

Contradicción del dictamen pericial efectuado por Héctor Eduardo Ortiz

En la audiencia de pruebas del 28 de junio de 2018, el perito manifestó que trabaja en los dos centros que prestan servicio de urgencias oftalmológicas en el Cauca y que en casos como el presente, la conducta mandatoria es la remisión inmediata para salvar el órgano de la visión.

Dijo que en el Hospital San José en la oficina del centro regulador de urgencias, tramitan las órdenes del médico, para conseguir un sitio para remitir el paciente y la EPS decide la prontitud y el sitio hasta donde se va a determinar el envío de dicho paciente.

Que desde el ingreso el paciente se remitió al retinólogo y que después de 48 horas, el 3 de enero la EPS al parecer no había conseguido a dónde enviarlo, ni cómo enviarlo y por lo tanto un paciente en el servicio de urgencias no debe permanecer más tiempo del necesario porque el paciente se puede sobreinfectar, por lo que si pasadas 48 horas y la EPS no responde y si no se le está aportando algo, el paciente únicamente tenía tratamiento con unas gotas, la conducta pasa a ser que se le da la remisión urgente en la mano para que él tramite con su EPS de manera ambulatoria ya que en el Hospital no se le está ofreciendo nada más que un tratamiento con colirio en gotas.

El Hospital San José no posee el servicio del retinólogo, posee es una oficina que se encarga de las remisiones de los pacientes, el Hospital hace una remisión intrahospitalaria urgente o ambulatoria urgente, eso lo determina el centro regulador de urgencias, pero si el paciente no tiene una urgencia vital, después de 48 horas se necesita determinar qué hacer con ese paciente para que sea remitido de manera ambulatoria urgente.

Dijo que el paciente Jorge Noguera no tenía urgencia vital, sino una urgencia. Que urgencia vital desde la raíz griega significa vida y que el paciente no tenía riesgo para la vida, era urgencia no vital.

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

La remisión del paciente era una urgencia pero no necesariamente intrahospitalaria, ambulatoria no quiere decir consulta externa, la remisión se hace como una urgencia con un paciente ambulatorio que no amerita ser hospitalizado pero sigue siendo una urgencia, el paciente debe presentarse con esa remisión urgente a la EPS y sigue siendo una urgencia para su atención.

El hecho de mantener hospitalizado a un paciente implica un riesgo de una infección nosocomial, riesgo inherente al ingreso al medio hospitalario y se valora riesgo y beneficio de mantener al paciente sentado más de 48 horas en el servicio sin ofrecerle nada más, o permitirle que pueda tramitar de manera urgente su remisión al retinólogo.

El ojo se debe intervenir en el menor tiempo posible, porque las membranas implicadas, entre ellas la retina inicia un proceso de cicatrización que haría que después de pasados dos meses sea imposible recuperar un tejido desvitalizado, por lo que si se opera en menos de 48 horas, el paciente tiene un buen pronóstico para que sus tejidos permanezcan vitales y tenga una buena evolución, de ahí en adelante el pronóstico empieza a disminuir. Entre menos tiempo pase entre el trauma y la atención inicial será mejor el pronóstico pero no hay un tiempo determinado, lo ideal es que sean las primeras 48 horas, de ahí en adelante tiene una ventana hasta los dos meses, los procedimientos se pueden hacer pero el pronóstico es muy malo para la visión.

Dijo que al paciente se le da salida pasadas esas 48 horas y que igual se valora el riesgo del paciente a infectarse y los trámites administrativos no son competencia del médico y que algo pasa con el paciente que no lo han remitido y el médico evalúa lo que le está ofreciendo al paciente teniéndolo dos días sabiendo que él necesita una atención en otro lado, lleva dos días en una silla y necesita una atención de urgencias, que pasa por el trámite de la EPS para saber a dónde mandarlo, el paciente demanda hacer los trámites él mismo, porque él sabe que tiene un ojo que no está viendo, en esos casos el paciente prefiere salir a hacer los trámites él mismo.

El 1º de enero el paciente se remitió al retinólogo urgente, y en esos dos días el centro regulador de urgencias se comunica con la EPS para saber a dónde lo remiten; explica que esos son los trámites administrativos al interior del Hospital San José y lo conoce porque ahí trabaja, pero esas anotaciones no están en la historia clínica, ahí no se escribe lo del centro regulador.

De haberse efectuado la operación en las primeras 48 horas, dijo que era imposible determinar el porcentaje de oportunidad de recuperar la visión normal.

Que la recuperación de desprendimientos coroideos es de un 45% en condiciones ideales, es decir dentro de las 48 horas. Entre más tiempo pase entre la atención inicial y el pronóstico para corregir tejidos desvitalizados va disminuyendo hasta llegar a cero.

5. Caso concreto

El 1º de enero de 2013, Jorge Andrés Noguera Noguera ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán (fl. 20 cdno. ppal.), por golpe contundente (puñetazo), en ojo izquierdo con posterior hemorragia conjuntival, los diagnósticos son trauma ocular y descartar desprendimiento de retina. (fl. 19 cdno. ppal.)

En ecografía ocular izquierda del 2 de enero de 2013, se consigna que Jorge Noguera presenta signos de estallido del globo ocular izquierdo (fl. 27 cdno. ppal.).

El 3 de enero de 2013, se da salida con remisión a retinólogo (reverso fl. 30 cdno. ppal.); se anota como causa de egreso: remisión, en los datos de contrareferencia se consigna: nivel de atención requerido IV nivel, no se nombra la IPS a la que se solicita la atención, la

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

especialidad requerida es oftalmología retina, tipo de atención requerida es urgente (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

En las notas de enfermería del 3 de enero de 2013 a las 8+20, igualmente se consigna: “V/ *Revaloración por oftalmología, paciente quien por orden médica da de alta con fórmula para mtos, orden de remisión por retinología trámite ambulatorio, se retira acceso venoso, se dan recomendaciones, acompañado por familiar.*” (fl. 23 cdno. ppal.)

Al contrastar el actuar del Hospital Universitario San José de Popayán se tiene que no hay constancia de los trámites efectuados por referencia y contrareferencia para ubicar una IPS con retinólogo y deja en manos del paciente el trámite ambulatorio de la respectiva remisión.

Hasta ese momento no se observa que CAPRECOM se haya negado a prestar algún servicio o que haya omitido poner a disposición de Jorge Andrés Noguera Noguera la atención con un retinólogo porque no están acreditadas las gestiones administrativas del Hospital Universitario San José de Popayán.

El 10 de enero de 2013, se logra la valoración por retinología pero con una atención particular en la Fundación Oftalmológica Vejarano y se ordena VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA. Urgente. (fl. 32 cdno. ppal.)

Después de ello, nuevamente el paciente consulta el 18 de enero de 2013 en el área de urgencias del Hospital Susana López de Valencia; se observan algunas inconsistencias en lo que se consigna en la historia clínica, se refiere que recibió un golpe (puño) el “13 de enero”, cuando las primeras consultas se dieron fue el 1º de enero, también dice que no había consultado hasta ese día, lo cual no corresponde a lo que se demuestra con la historia clínica del Hospital Universitario San José de Popayán. Para esa fecha se aprecia congestión conjuntiva, se aprecia coágulo en la cámara anterior, completa opacidad y desviación de la pupila hacia la línea nasal y pérdida completa de la agudeza visual (fl. 33 cdno. ppal.). Se formulan medicamentos, ecografía urgente y se remite urgente para valoración por retinólogo (fl. 34 cdno. ppal.).

Sin embargo, queda pendiente la remisión los días subsiguientes y el 24 de enero de 2013, se da salida con medicamentos, recomendaciones especiales, signos de alarma para que consulte por urgencias, cita de control por consulta externa prioritaria por cirugía de retina, se describen como exámenes consulta ambulatoria de medicina especializada ambulatoriamente cita prioritaria con cirugía de retina (fl. 37 cdno. ppal.).

Así, aunque Jorge Andrés Noguera Noguera recibió atención inicial del servicio de urgencias tanto en el Hospital Universitario San José de Popayán como en el Hospital Susana López de Valencia, debido a la gravedad del trauma ocular, se requería una valoración por la especialidad de retinología, pero las dos instituciones dispusieron finalmente se debía obtener la autorización por el paciente ante la EPS de manera ambulatoria, sin dejar de descartar su carácter urgente.

CAPRECOM pretende exonerarse de responsabilidad, trasladando la responsabilidad al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN.

El perito Héctor Eduardo Ortiz, precisó que la remisión del paciente era una urgencia pero no necesariamente intrahospitalaria, que ambulatoria no quiere decir consulta externa, la remisión se hace como una urgencia con un paciente ambulatorio que no amerita ser hospitalizado pero sigue siendo una urgencia, el paciente debe presentarse con esa

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

remisión urgente a la EPS y sigue siendo una urgencia para su atención. Explicó que el hecho de mantener hospitalizado a un paciente implica un riesgo de una infección nosocomial, riesgo inherente al ingreso al medio hospitalario y se valora riesgo y beneficio de mantener al paciente sentado más de 48 horas en el servicio sin ofrecerle nada más, o permitirle que pueda tramitar de manera urgente su remisión al retinólogo.

Por el contrario, el Dr. Navarro Naranjo adujo que en el sistema de salud se considera que las urgencias deben ser manejadas en las siguientes 24 horas, en oftalmología incluso se considera que ese tiempo es menor, cuando hay trauma severo o trauma con ojo abierto por riesgo de infección, por daño del órgano que se produce rápidamente, porque empieza un proceso de cicatrización dependiendo de la severidad del trauma, desprendimiento de retina, desprendimientos coroides, que no son fáciles de solucionar, entre más pasa el tiempo, va a haber más cicatrización, va a haber más procesos de daños de los tejidos que van a impedir que se solucione el problema.

Cuando se le pregunta sobre la orden de salida del Hospital Universitario San José, considera que el paciente debió haber sido remitido a un centro hospitalario donde se le recibiera, asevera que el Hospital San José es responsable de la salud de ese paciente y en ese caso de urgencia si no tiene los medios, tiene que ubicar la referencia del paciente, que el paciente sea aceptado en el centro de referencia y allí le solucionen el problema, expresó que al paciente no se le puede dar de alta; dijo, es como si el paciente tuviera una puñalada en el abdomen o tórax, no le puede decir aquí no tengo cirujano vaya a la casa y busque la remisión por consulta externa, el Hospital tiene que buscar, mandarlo en ambulancia, contactar el Hospital de referencia y mandarlo allí.

Claramente hay una divergencia entre lo expuesto por el perito y el testigo Navarro Naranjo; no obstante, el Juzgado no puede hacer un juicio de responsabilidad al Hospital Universitario San José de Popayán, en tanto no se vinculó en este asunto. La entidad pudo conformar un litisconsorcio facultativo con CAPRECOM y en ese entendido el demandante, podía convocar a las dos entidades, pero dicha potestad sólo podía ser ejercida por la parte actora sin que la no vinculación a la cual se ha hecho referencia hubiere generado algún tipo de nulidad procesal ni impida decidir de fondo el asunto.

Incluso de haberse vinculado al Hospital Universitario San José de Popayán se podría haber planteado una responsabilidad solidaria. Sobre el particular se tiene lo siguiente:

“El artículo 2.344 del Código Civil prevé al respecto que “[s]i un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2.350 y 2.355”.

33. La solidaridad faculta al acreedor para demandar –a su arbitrio– a cualquiera de los deudores o a todos ellos de forma conjunta, “sin que le esté dada la facultad al juez de conocimiento de vincular de forma oficiosa o a petición de parte –como demandados principales–, a sujetos no citados por aquella”¹⁴. Esto significa que los deudores solidarios no ostentan la calidad de litis consortes necesarios porque la presencia de todos ellos dentro del litigio no es indispensable para que el proceso pueda desarrollarse. Desconocer este hecho haría nugatorio uno de los beneficios de la solidaridad, el cual consiste, justamente, en la posibilidad de hacer exigible el cumplimiento de la totalidad de la obligación a una sola persona.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, auto de 27 de octubre de 2006, exp. 25.659, reiterado en la sentencia de 22 de julio de 2009 dentro del mismo proceso, con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez. En similar sentido, véase la sentencia de

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

34. En relación con la naturaleza solidaria de las obligaciones que encuentra su fundamento en el referido artículo 2344 del Código Civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

1. Como norma general, la acción de responsabilidad delictual y cuasidelictual, por el aspecto activo o de su titularidad, le corresponde a quien ha sufrido un daño y, por el aspecto pasivo, debe intentarse contra el autor del mismo.

Con todo, puede acontecer que el daño no se haya cometido por una única persona, sino que en su producción han concurrido o participado varias. En este evento cada una de ellas será solidariamente responsable del perjuicio proveniente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones legales, pues sobre el particular el artículo 2344 del Código Civil establece la regla siguiente ...

(...)

2. Si por ministerio de la ley se establece que siendo varios los autores del daño cada uno de ellos será solidariamente responsable de todo perjuicio ocasionado con el hecho dañino, se tiene, con fundamento en la misma normatividad, que la víctima o acreedor queda facultado para exigir la totalidad del crédito respecto de todos los deudores solidarios conjuntamente, o igualmente por la totalidad contra cualquiera de ellos, a su arbitrio, sin que éstos puedan oponerle el beneficio de división (artículos 1568, inciso 2º y 1571 del Código Civil).

(...)

4. Entonces, cuando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son solidariamente responsables y, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su arbitrio, puede demandar a cualquiera de ellos por el total de los perjuicios. Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación que “la posible culpa concurrente del tercero, a quien por serlo no se puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo a términos del artículo 2344 del Código Civil, respecto del cual ha dicho la Corte: “Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil, en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes (LXX, página 317 y LXXII, página 810). Siendo, pues, solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos”” (casación civil de 4 de julio de 1977, aún no publicada)

5. Entonces, cuando la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, legalmente no es posible fraccionar o dividir la responsabilidad, por lo que la víctima, como ya quedó visto, está facultada para demandar a todos los coautores del daño o a uno solo por el valor total de los perjuicios¹⁵. (...)”¹⁶

Recientemente el H. Consejo de Estado reiteró:

“(...) conviene aclarar que cuando la parte demandante persigue la indemnización de un daño que, a su juicio, le resulta imputable a varios sujetos, en virtud de lo previsto en el

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de septiembre de 1.982, G.J., t. CLXV, pág. 267, citada por el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 27283 (acumulados). (C.P. Danilo Rojas Betancourth; 26 de junio de 2014).

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

artículo 2344 del Código Civil¹⁷, puede demandarlos en su integridad o a solo uno de ellos, sin que sea necesaria la intervención de todos y sin que esa falta de asistencia sea impedimento para decidir de fondo la controversia. La decisión tomada por los afectados debe ser respetada por el juez, dado que actuar en sentido contrario implicaría suplantar la voluntad de la parte demandante.”¹⁸

Por ello, prosigue el despacho con el análisis de responsabilidad respecto a CAPRECOM, sin emitir un juicio adicional sobre la actuación del Hospital Universitario San José de Popayán.

Con la acción de tutela interpuesta por Jorge Andrés Noguera Noguera, se da cuenta de la atención médica brindada en el Hospital Susana López de Valencia; pero solo en virtud de la medida provisional dispuesta en la tutela se entregó una autorización de servicios para valoración por retinología el 29 de enero de 2013 por parte de CAPRECOM.

Sin embargo, el Juzgado Segundo Laboral de Popayán en el fallo de tutela de fecha 4 de febrero de 2013, ordena a CAPRECOM disponer de forma inmediata los medios necesarios y realizar los trámites correspondientes para que al señor Jorge Andrés Noguera Noguera, le practiquen los exámenes, medicamentos y procedimientos necesarios encaminados a restablecer la salud del ojo izquierdo, de acuerdo a las recomendaciones de los médicos tratantes. (fls. 51 a 60 cdno. ppal.)

El actor ya contaba con una valoración por retinología desde el 10 de enero de 2013, cuando acudió a la Fundación Oftalmológica Vejarano y se ordenó VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, sin embargo CAPRECOM no se observa que haya autorizado inmediatamente el procedimiento o una valoración para desvirtuar la necesidad de ese tratamiento. El hecho de que el procedimiento lo haya prescrito un médico no adscrito a la red de la EPS, no es justificación para negar el servicio y el demandado solo podría ofrecer argumentos científicos para oponerse a suministrar la atención.

El 6 de marzo de 2013, en consulta con el retinólogo donde se da una atención al usuario, como afiliado a CAPRECOM se consigna “*Caprecom no ha autorizado procedimiento solicitado hace 2 meses*”. Por lo que se insiste en prescribir el procedimiento ya referido, biometría, valoración anestésica urgente (fl. 38 cdno. ppal.).

La misma entidad demandada, da cuenta de que autorizó con orden No. NUA 7883122 del 8 de marzo de 2013, el procedimiento IRIDECTOMIA (BASAL; PERIFÉRICA Y TOTAL) SOD, LISIS DE SINEQUIAS ANTERIORES DE OJO SOD, EXTRACCIÓN INTRACAPSULAR DE CRISTALINO SOD, CAPSULOTOMIA CON LASER, RETIRO DE ACEITE DE SILICON CON PELAJE DE MEMBRANAS GAS Y ENDOLASER, VITRECTOMÍA VÍA POSTERIOR CON INSERCIÓN DE SILICON O GASES, VITRECTOMÍA VÍA POSTERIOR CON RETINOPEXIA, VITRECTOMIA VÍA POSTERIOR CON ENDOLASER, IPS que solicita el servicio: Fundación Oftalmológica Vejarano, IPS de referencia: Fundación Oftalmológica Vejarano (fl. 96 cdno. ppal.).

El 22 de marzo de 2013 se entrega consentimiento informado para el procedimiento mencionado (fl. 38 cdno. ppal.). El 6 de marzo de 2013, Jorge Andrés Noguera Noguera solicitó historia clínica con destino a orden de apoyo para cirugía. (40 cdno. ppal.). En esa

¹⁷ “Artículo 2344. Responsabilidad solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso 55109. (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; 22 de febrero de 2019).

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

fecha se entregó fórmula para el procedimiento en comento con indicación de urgente, por trauma ocular contundente (fl. 44 cdno. ppal.).

Hasta que finalmente el 2 de abril de 2013, bajo anestesia general previa asepsia y antisepsia se realiza VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA OI. (reverso folio 41 cdno. ppal.).

Así, hay una tardanza en la atención por retinología y la autorización del procedimiento VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, que se observa imputable a CAPRECOM EPS, a quien solo se le observa procede a autorizar los servicios de salud con ocasión de una acción de tutela y aún después del respectivo fallo, retarda las autorizaciones.

Finalmente con el procedimiento que se llevó a cabo, Jorge Andrés Noguera Noguera no recuperó la visión por el ojo izquierdo; el 20 de junio de 2013, se anotó que presentaba desprendimiento total de retina (fl. 42 cdno. ppal.), disminución de tamaño, preptísico, se prescribe adaptación de lente de contacto cosmético.

Para establecer si hubo pérdida de oportunidad en el caso concreto, debemos recurrir a los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, ya referidos en esta providencia.

Entonces, tenemos que la situación del señor Noguera Noguera, se enmarca dentro del daño por pérdida de oportunidad, por cuanto su diagnóstico por el trauma ocular severo, desde que llega por primera vez al servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán el 1º de enero de 2013, es de difícil pronóstico como lo ponen de presente los galenos que declararon en este proceso como testigos y el perito, y por lo tanto la salud del paciente estaba sumergida en un curso causal desfavorable.

No obstante, tenía la expectativa que por la valoración por retinología y la autorización del procedimiento médico requerido se evitara la pérdida del órgano o función visual, pero en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de CAPRECOM al no garantizar una atención médica oportuna, el resultado dañoso se produjo y la víctima padeció el perjuicio indeseado, que en el sub examiné, fue la pérdida de la visión del ojo izquierdo.

Los galenos tratantes siempre refirieron la urgencia de la atención por retinología; el procedimiento VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, se postergó en el tiempo, siendo necesario acudir a la tutela para solicitar el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud a efectos de obtener una atención integral y oportuna por la demandada.

Si bien, no es posible determinar que la causa de la pérdida de visión del ojo izquierdo de Jorge Andrés Noguera Noguera fue la falta de autorización oportuna de los servicios de salud por parte de CAPRECOM, si es procedente concluir que la omisión en la prestación oportuna del servicio, redujo las posibilidades de restaurar su salud visual.

Esta conclusión, se apoya en las explicaciones del testigo Dr. Gustavo Adolfo Navarro Naranjo a quien se le preguntó respecto a las posibilidades del paciente de recuperación visual, y dijo que de entrada era imposible decir cuánto puede llegar a ver el paciente en un trauma severo, pero los protocolos de medicina basada en la evidencia han establecido qué hacer en esos pacientes, independientemente del pronóstico visual, puede que recupere o no la visión, por eso con los pacientes que tienen trauma severo con ruptura escleral hay que entrar a cirugía y cerrar la ruptura escleral y solucionar todos los

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

problemas, se debe hacer en las primeras 24 horas, si no se hace en ese tiempo empeora el pronóstico visual, incluso puede perder el ojo, de manera irrecuperable.

Aclaró que vio el paciente el 10 de enero, pero volvió 2 meses después, el 6 de marzo, donde pone en la historia que CAPRECOM no ha autorizado procedimiento solicitado hace dos meses y ya el examen físico sigue más o menos igual y vuelve a pedir la cirugía urgente, pero tampoco la autorizan y solo lo opera el 2 de abril, entonces lo único que se ha hecho es retrasarlo y retrasarlo, y entre más tiempo el pronóstico visual es más malo. Agregó, que puede que ser que el trauma lo dejara ciego, pero eso no se sabe desde la medicina, lo único es que hay cumplir unos protocolos de manejo que ya se sabe que tienen buen resultado, un paciente se puede infartar e igual hay que hacer el protocolo, unos vivirán y otros morirán y se ha demostrado que a la mayoría que se les hace el protocolo, no se mueren por el infarto; lo mismo se ha demostrado con el ojo, a estos pacientes hay que operarlos rápidamente, porque entre más tiempo pase menos posibilidad de visión van a tener.

En igual sentido, quien fungió como perito en esta causa, expuso que de haberse efectuado la operación en las primeras 48 horas, era imposible determinar el porcentaje de oportunidad de recuperar la visión normal con la historia clínica. Pero que la recuperación de desprendimientos coroides es de un 45% en condiciones ideales, es decir dentro de las 48 horas, que entre más tiempo pase entre la atención inicial y el pronóstico para corregir tejidos desvitalizados va disminuyendo hasta llegar a cero.

Entonces, el paciente conservaba una expectativa cierta y razonable de recuperar la visión o sufrir el menor daño posible al momento en que ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán y con los días, con la falta de autorización de los servicios de salud por CAPRECOM, dicha expectativa se diluyó, sin perjuicio del curso natural de su enfermedad.

Así las cosas, es dable concluir que efectivamente, en el caso del señor Jorge Andrés Noguera Noguera, hubo una pérdida de oportunidad atribuible a CAPRECOM y por lo tanto, se condenará a la entidad demandada.

Ahora bien, para efectos de establecer el monto de indemnización en los casos de pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha fijado los siguientes parámetros:

“ (...)

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.

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 inmaterial¹⁹.

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.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina²⁰, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad²¹, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998²²-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados²³.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará

¹⁹ Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizaría o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: “insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño” GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

²⁰ TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

²¹ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

²² “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

²³ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos²⁴, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.”²⁵

En el caso bajo examen, no es posible determinar científica ni técnicamente el porcentaje de probabilidades que tenía Jorge Andrés Noguera Noguera de recuperar la visión si hubiera sido autorizada la valoración por retinología y el procedimiento VITRECTOMÍA POSTERIOR CON AC SILICA + RETINOPEXIA + ENDOLASER + LENSECTOMÍA + CAPSULOTOMÍA + IRIDECTOMÍA + PELAJE DE MEMBRANAS + LAVADO DE HIFEMA, una vez se ordenó, por lo tanto, se reconocerá un 50% de los perjuicios indemnizables.

CAPRECOM será obligado a cubrir la totalidad de los perjuicios que se disponga reconocer y pagar en esta providencia, considerando que incluso de haberse demandado al Hospital Universitario San José y de haberse establecido su responsabilidad, la condena habría sido solidaria, teniendo el acreedor de la obligación la facultad de cobrar la totalidad de la indemnización a una sola de las entidades.

6. Perjuicios reclamados y acreditados

6.1. Perjuicios inmateriales

6.1.1. Perjuicios de orden moral

Pretende la parte actora que por este concepto se condene a CAPRECOM, a pagar a favor de JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA y ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES la suma de 100 smmlv para cada uno y a favor de KARLA MARCELA VILLAMARÍN NOGUERA y LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES la suma de 50 smmlv para cada una.

Con relación al monto a reconocer por este concepto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación²⁶, fijó criterios específicos para los eventos de lesiones personales, en consideración a la gravedad o levedad de la lesión para la víctima directa, fijando unos topes indemnizatorios de acuerdo a la afectación a partir del 1%; para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado. Se expuso por dicha Corporación lo siguiente:

“Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas

²⁴ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

²⁵ Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de abril de 2017, Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706), Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014. C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. Expediente: 31172.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.”²⁷

En este orden, resulta pertinente advertir que en el presente evento se dictaminó una disminución de la capacidad laboral del señor JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA del 26.15%²⁸. En consecuencia para determinar el monto a reconocer por perjuicio moral se tomará el rango “Igual o superior al 20% e inferior al 30%” de la tabla que se recoge en la providencia que se citó de manera precedente²⁹.

Así las cosas, se reconocerá la indemnización por perjuicios morales de acuerdo al daño ocasionado a la víctima directa y el sufrimiento y dolor de sus familiares, pero se reducirá la indemnización en un 50%, conforme lo arriba expuesto sobre la pérdida de oportunidad. Se reconocerá:

- A favor de JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a 20 smmlv.
- A favor de ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES, en calidad de madre de la víctima directa, la suma equivalente a 20 smmlv.
- A favor de KARLA MARCELA VILLAMARÍN NOGUERA, en calidad de hermana de la víctima directa, la suma equivalente a 10 smmlv.
- A favor de LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES, en calidad de tía de la víctima directa, la suma equivalente a 7 smmlv.

6.1.2. Por daño a la salud

El daño a la salud según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es la categoría autónoma que resulta adecuada para indemnizar los perjuicios cuando el daño provenga de una lesión corporal, toda vez que dicha denominación comprende toda la órbita psicofísica del sujeto y está encaminado a resarcir económicamente una lesión o alteración a la unidad corporal de las personas³⁰, desplazando a las demás categorías del daño inmaterial, como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia – antes denominado daño a la vida de relación o fisiológico-, concluyendo que los únicos perjuicios inmatrimales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

A partir de las sentencias de unificación del Consejo de Estado³¹, se consideró:

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración

²⁷Ibíd.

²⁸ Fls.- 49-50 del cdno ppal

²⁹ Ibíd.

³⁰Consejo De Estado, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicación número: 88001-23-31-000-1998-00026-01(24133), sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012)

³¹Radicados 38222 y 19031 ambas del 14 de septiembre de 2011.

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud...

...Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material³² (Resalta el Juzgado)

La Alta Corporación en cuanto a la forma de tasar el perjuicio, unificó lo siguiente:

“En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Luis Ferney Isaza Córdoba, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011 (...) en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. (...) para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

(...)”³³

El H. Consejo de Estado también ha unificado el criterio respecto de la indemnización por daño a la salud, indicando que éste no se limita a la ausencia de enfermedad, por cuanto en el mismo se encuentran la alteración del bienestar psicofísico y bien puede constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma³⁴:

³² Sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031 y 38222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Enrique Gil Botero.

³³ Consejo de Estado. Sentencia de unificación jurisprudencial, del 28 de agosto de 2014, expediente 31170, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, 28 de agosto de 2014, radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804).

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

“En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.”³⁵

En tal sentido se han fijado por la misma Corporación en pro a determinar la afectación a la salud, unas variables *“para lo cual se deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima”³⁶*

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto³⁷:

La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. Los factores sociales, culturales u ocupacionales. La edad. El sexo. Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En este sentido, el Despacho observa que se encuentra demostrada dentro del plenario la afectación a la integridad física de Jorge Andrés Noguera Noguera con la ceguera de ojo izquierdo, siendo dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 26.15% (fls. 49 y 50 cdno. ppal.).

En virtud de lo anterior, es factible ubicar la lesión padecida por la víctima directa en la tabla establecida por el Consejo de Estado³⁸, en la categoría *“Igual o superior al 20% e inferior al 30%”*, correspondiéndole así a JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, una indemnización que aplicando la reducción que corresponde por pérdida de oportunidad da un valor de VEINTE (20) smmlv.

6.2. Perjuicios materiales

6.2.1. Daño emergente futuro

Se solicita la suma de \$100.000.000 para JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, o lo que resulte probado, por los gastos en que incurrirá en razón al tratamiento médico al cual deberá someterse para restablecer su salud.

Sobre el particular, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le corresponde para demostrar qué va a requerir el afectado principal a partir de la expedición de esta

³⁵ Ibíd.

³⁶ Ibíd.

³⁷ Ibíd.

³⁸ Consejo de Estado. Sentencia de unificación jurisprudencial, del 28 de agosto de 2014, expediente 31170, M.P. Enrique Gil Botero.

EXPEDIENTE:	190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE:	JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO:	CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA

providencia para restablecer su salud, aparte de la cirugía que ya se le practicó y el implante del lente cosmético.

6.2.2. Lucro cesante pasado y futuro

En la demanda se solicitó el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante pasado y futuro a favor del señor JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, en cuantía de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000) o lo que resulte probado.

El Despacho accederá a tal pretensión considerando que para la fecha de los hechos el señor JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA estaba en una edad productiva, la declarante que acudió a la audiencia de pruebas el 30 de noviembre de 2017, dio cuenta de que laboraba como vendedor y como consecuencia del problema visual, perdió el 26.15% de su capacidad laboral, porcentaje que se liquidará sobre el salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de esta sentencia³⁹, que es de (\$828.116), por cuanto resulta superior al vigente para la ocurrencia de los hechos actualizado a la fecha.

Sobre la mencionada suma se adicionará el 25% que, se presume, recibiría el afectado por concepto de prestaciones sociales (\$207.029), lo que determina un ingreso base de liquidación de: \$1.035.145; la incapacidad que se le dictaminó al actor fue de 26.15%, razón por la cual el salario base de liquidación es de \$270.690 (Ra).

En donde,

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

S = Es la indemnización a obtener;

Ra = En este caso corresponde al salario mínimo legal mensual vigente al año 2019 + 25% y al resultado se le deduce el 26.15% por pérdida de capacidad laboral⁴⁰.

Entonces:

Ra = \$270.690

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable⁴¹.

$$S = \$270.690 \times \frac{(1 + 0.004867)^{77.43} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$25.381.367$$

Total indemnización lucro cesante consolidado = \$25.381.367

➤ Indemnización futura:

³⁹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera- Subsección A- C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez- Sentencia del 21 de Febrero de 2011. Dte: Juan Carlos Caicedo Álvarez y Otros. Ddo: Nación- Minidefensa- Ejército Nacional. Rad: 73001-23-31-000-1998-00842-01 (16484).

⁴⁰ Dado que el resultado de actualizar a valor presente el salario mínimo legal vigente para el año 2013 (\$589.500) arroja una cifra inferior (\$771.440,72) a la del salario mínimo legal vigente a la fecha (\$828.116), habrá de adoptarse este último como base para calcular la renta actualizada.

⁴¹ Desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha de la presente sentencia (junio de 2019).

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Para la fecha de ocurrencia de los hechos, el demandante tenía 25 años de edad y, por ende, una probabilidad de vida adicional de 55.1 años⁴², equivalentes a 661.2 meses, de los cuales se descontará el período consolidado (77.43 meses), lo cual arroja un total de 583.77 meses.

La indemnización futura se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

En donde,

S = Es la indemnización a obtener
Ra = \$270.690
I = Interés puro o técnico: 0.004867

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \$270.690 \times \frac{(1+0.004867)^{583.77} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{583.77}} = \frac{16.018770}{0.082830}$$

S = \$52.349.642
Total indemnización lucro cesante futuro = \$52.349.642

Total perjuicios materiales: \$77.731.009

Así las cosas, considerando que ocurrió la pérdida de oportunidad, se reconocerá la mitad por concepto de lucro cesante, lo cual corresponde a \$38.865.505.

7. Costas

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer “sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Sin embargo, el Juzgado no condenará en costas en los términos del numeral 5 del art. 365 del C.G.P., debido a que la demanda prosperó parcialmente por no haberse reconocido la totalidad de los perjuicios reclamados.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar a **CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN**, administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios que sufrieron **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA** identificado con la C.C. No. 1.061.698.883, **ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES** identificada con la C.C. No. 34.548.384, **KARLA MARCELA**

⁴² Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera.

EXPEDIENTE: 190013333006 2015 00058 00
DEMANDANTE: JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA Y OTROS
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

VILLAMARÍN NOGUERA identificada con la C.C. No. 1.061.727.572 y **LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES** identificada con la C.C. No. 34.552.379, como consecuencia de la pérdida de oportunidad padecida por el señor JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA, al no recibir las autorizaciones y el servicio de salud de manera oportuna para acceder al tratamiento del trauma del ojo izquierdo, según las prescripciones médicas suministradas desde el 1º de enero de 2013, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas:

- A favor de **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a **20 smmlv**.
- A favor de **ESTHER JULIA NOGUERA CHAVES**, en calidad de madre de la víctima directa, la suma equivalente a **20 smmlv**.
- A favor de **KARLA MARCELA VILLAMARÍN NOGUERA**, en calidad de hermana de la víctima directa, la suma equivalente a **10 smmlv**.
- A favor de **LUCY AMPARO NOGUERA CHAVES**, en calidad de tía de la víctima directa, la suma equivalente a **7 smmlv**.

TERCERO.- CONDENAR a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a pagar por concepto de daño a la salud:

- Para **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a **20 smmlv**.

CUARTO.- CONDENAR a CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN a pagar por concepto de lucro cesante pasado y futuro:

- Para **JORGE ANDRÉS NOGUERA NOGUERA**, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a **TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$38.865.505)**.

QUINTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

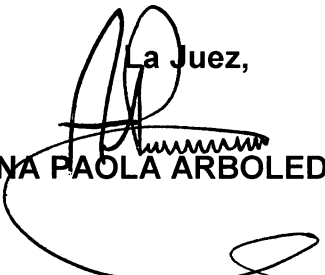
SEXTO.- Se dará cumplimiento a la condena en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Sin costas, por las razones expuestas.

OCTAVO.- Una vez liquidados, por Secretaría devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

NOVENO.- Una vez ejecutoriada esta providencia, envíese copia de la misma a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

ADRIANA PAOLA ARBOLEDA CAMPO