



**Rama Judicial del Poder Publico  
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del  
Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO  
SECCIÓN C**

Barranquilla D.E.I.P., junio treinta (30) de dos mil veinte (2020)

<b>Medio de Control</b>	Reparación Directa
<b>Radicado</b>	08-001-33-33-012-2005-02274-01
<b>Demandante</b>	Carlos Arturo Rico Cantillo
<b>Demandado</b>	Instituto de los Seguros Sociales (ISS)
<b>Magistrado Ponente</b>	CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA

**I. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Quince (15°) Administrativo del Circuito de Barranquilla, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. DEMANDA**

**- Pretensiones<sup>1</sup>**

El señor CARLOS ARTURO RICO CANTILLO, a través de apoderado judicial, presentó demanda de reparación directa contra el Instituto de los Seguros Sociales (ISS) – Clínica Oftalmológica del Caribe – Oscar Vergara García, a fin de que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales y morales causados a raíz de la falla médica que conllevó a la pérdida del órgano de la visión.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas a pagar la suma equivalente a cuatro mil quinientos (4.500) gramos oro en su condición de víctima, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2004, más los 25% a título de prestaciones sociales, la edad actual del demandante y la edad de vida probable según las tablas de la

<sup>1</sup> F. 1

Superintendencia Bancaria. Que las sumas sean debidamente actualizadas y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

- **Hechos<sup>2</sup>**

Narra el apoderado de la parte demandante, que el señor Carlos Arturo Rico Cantillo nació el 24 de septiembre de 1959 en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), de la unión de Carlos Rico Imitola con la señora Rosa Cantillo y era un hombre relativamente joven de apenas 46 años de edad.

Que en su condición de beneficiario del Instituto de Seguros Sociales el señor Rico Cantillo acudió a este organismo aquejado de una catarata en su ojo izquierdo, que para corregirle los males que le aquejaban fue sometido a una cirugía en la Clínica del Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, después de la operación sostiene que los malestares eran los mismos.

Seguidamente explica que por órdenes del Instituto de Seguros Sociales, el señor Rico Cantillo fue sometido a una segunda operación en la Clínica Oftalmológica del Caribe pero esta no le resolvió nada, por tanto, fue remitido de nuevo a la Clínica Oftalmológica del Caribe donde es nuevamente intervenido por el oftalmólogo Doctor Oscar Vergara García.

Señala que el demandante fue al Instituto de Seguros Sociales en busca de cura para sus males, pero luego de las operaciones su situación es más crítica y compleja, ya que según certificación de médicos, el ojo izquierdo que le operaron lo tiene totalmente perdido y que comenzó a perder el ojo derecho como secuela de perder el izquierdo.

Que antes de operaciones a que fue sometido, el señor Rico Cantillo se desempeñaba con total y absoluta facilidad en todos sus quehaceres y en sus relaciones laborales e interpersonales, mientras que hoy, tiene grandes frenos para su desenvolvimiento cotidiano, no le dan trabajo en ninguna empresa, ya que cuando va al examen óptico, automáticamente es objetado por los médicos por la grave lesión que sufre en ambos ojos.

---

<sup>2</sup> Folio 2-3

- **Normas violadas y concepto de violación**

La parte actora señala como fundamento de sus pretensiones, lo contemplado en las siguientes disposiciones:

- Artículos 1, 2, 5 y 89 de la Constitución Política.
- Artículos 1494, 1602, 1603, 1618, 2341, 2343, 2344 y 2347 del Código Civil.
- Artículo 396 y ss del Código de Procedimiento Civil.
- Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

A grandes rasgos y de una interpretación integral de la demanda puede advertirse que la parte actora considera que se halla comprometida la responsabilidad de la parte demandada porque las operaciones que le fueron practicadas en su ojo izquierdo, lejos de conjurar la patología que en ese momento le aquejaba (cataratas), conllevaron a que perdiera totalmente su visión, con lo que se evidencia una falla en el servicio de salud que le fue prestado a través de la Clínica Oftalmológica del Caribe y el médico Oscar Vergara García.

Máxime si en ninguna de las operaciones realizadas al demandante le entregaron un comprobante o un escrito donde le manifestaran las consecuencias negativas y positivas de las intervenciones en su órgano de la visión.

## **2.2. CONTESTACIÓN**

El Instituto de los Seguros Sociales, dentro de la oportunidad legal, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora atendiendo a que no existió falla en el servicio médico porque al paciente se le brindó el servicio y se le prestó la atención en las condiciones que fueron detectadas al momento de presentarse al ISS.

Que el Instituto de Seguros Sociales, los médicos y el personal paramédico actuaron con idoneidad, oportunidad, cuidado y diligencia, tal como se demuestra en toda la historia clínica aportada con la demanda.

Plantea que según lo consignado en la historia clínica del actor, específicamente la nota de evolución de fecha 3-2-2001, al actor se le diagnosticó GLAUCOMA por parte del Dr. Adolfo Mora Sierra, en la consulta externa de fecha 11/23/200 se remite a retinólogo, orden de autorización N° 0036261 al proveedor Clínica Oftalmológica del Caribe de fecha 22 de diciembre de 2000, es decir, en ningún momento se avizora falla presunta del servicio médico por parte del seguro social como lo quiere erradamente hacer valer el apoderado del actor, en ningún momento se evidencia presunta falla en el servicio médico brindado por la entidad de salud.

Que no se puede perder vista que tanto el personal médico como el Instituto de Seguros Sociales actuaron con idoneidad, diligencia, oportunidad y cuidado tal como se demuestra en toda la historia clínica del actor, no existiendo por tanto nexo de causalidad entre el resultado sufrido y el servicio médico, por tanto, la entidad que representa no es responsable de la pérdida del órgano de la visión, no estando obligado a cancelar suma alguna por concepto de perjuicios y daños.

Propone las siguientes excepciones de inexistencia del nexo causal entre el actuar del ISS y el resultado sufrido y caducidad.

### **2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>**

El Juzgado Quince (15°) Administrativo del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de fecha veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018), negó las súplicas de la demanda, al considerar que no se acreditó el primer elemento estructural de la responsabilidad estatal, esto es, el daño antijurídico. Al respecto, argumentó lo siguiente:

*"(...) El Despacho encuentra probado el daño que ha sufrido el demandante por la pérdida de su visión; no obstante, en este caso no está demostrado que el mismo sea antijurídico, imputable a una falla en la prestación del servicio de salud como ya se señaló, pues a pesar de que el Instituto de Seguro Social no allegó la historia clínica del paciente, se logra evidenciar que al actor le fueron prestados los servicios requeridos, pues oportunamente fue remitido a las diferentes especialidades relacionadas a sus padecimientos (Oftalmólogos, retinólogo, cirujanos entre otros), el prestador del servicio en este caso la Clínica Oftalmológica del Caribe practicó las cirugías correspondientes y se le brindaron los controles médicos oportunamente; lo que nos lleva a concluir que el instituto de seguro social, prestó la atención adecuada al señor Rico Cantillo.*

---

<sup>3</sup> Fls 183-206

*También habrá que decirse en este punto, que existen algunas contradicciones entre las manifestaciones realizadas en la demanda, las historias clínicas y las valoraciones realizadas por el instituto de medicina legal y la Junta Regional de Calificación, es así que en algunos apartes de dichos exámenes el demandante mencionó que: «el desprendimiento de retina fue espontáneo», «le cayó sangre en su cornea», «fui operado de miopía en el año 2004», « él médico que me operó dejó una banda en su retina para que pegara y no le sirvió», mientras que en la demanda sólo enfoca un problema de cataratas.*

*Pues bien, se resalta que ninguna de dichas aseveraciones tiene sustento fáctico, como sí lo tiene el hecho de que el señor Rico fue diagnosticado en el año con miopía maligna, operado por primera vez en el año 1995 para extraer las cataratas que presentaba en ambos ojos y operado en dos ocasiones más para tratar de revertir el desprendimiento de retina que presentó.*

*Para el Despacho, las historia clínicas allegadas al proceso, así como la documentación relacionada nos lleva concluir que la pérdida de visión del señor Carlos Arturo Rico Cantillo se produjo como consecuencia del padecimiento de miopía maligna y no producto de las intervenciones quirúrgicas realizadas, que tal como se dijo fueron las indicadas para el tipo de enfermedades que surgieron a casusa de ese primer padecimiento.*

*Es así, que él actor no logro demostrar que la pérdida de visión fue producto de las intervenciones quirúrgicas o de la falta de atención del Instituto de Seguro Social (...)*

*En conclusión no existe ningún elemento de prueba válidamente aportado al proceso del cual se pueda concluir, sin hesitación alguna, que el hecho imputable a la administración, por cuya indemnización se reclama, haya ocurrido como consecuencia de una falla en la prestación del servicio por parte del Instituto de Seguro Social; de tal suerte que si existió la falla alegada, esta resulta ajena a la administración.*

*Consecuente con lo anterior, debe destacarse que, las decisiones judiciales, deberán ser soportadas con las pruebas que dentro de la oportunidad se alleguen al expediente, configurándose como uno de los principios el ONUS PROBANDL que está establecido en el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 177 (Sic)*

## **2.4. APELACIÓN DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>4</sup>**

Inconforme con lo decidido, el apoderado de la parte actora recurrió la sentencia, con los siguientes argumentos:

En primer término, cuestiona que la Clínica Oftalmológica del Caribe y el doctor Oscar Vergara García, a pesar de estar vinculados al proceso mediante providencias del 9 de junio y el 15 de septiembre de 2010, prefirieron guardar silencio ante el proceso contencioso administrativo por cuanto no comparecieron al proceso, no contestaron la demanda, evadieron la entrega de la historia clínica y por el contrario, aportaron una errada para inducir en error al juez de conocimiento y propusieron un incidente de nulidad, que a la luz del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, no era motivo de anulación de las actuaciones, como lo señala el auto adiado 15 de septiembre de 2010.

Reprocha que la A quo no declarara la responsabilidad de la Clínica Oftalmológica del Caribe y el doctor Oscar Vergara García de allí que considere que la decisión

---

<sup>4</sup> Fls. 213-220

desborda cualquier análisis entre personas sensatas y conocedoras de las consecuencias que acarrea no contestar una demanda o evadir el cerco de la justicia.

En lo que respecta al Instituto de los Seguros Sociales, expresó que dicha entidad es la que origina el servicio médico al demandante ante un ente privado como lo es la Clínica Oftalmológica del Caribe. Es decir, el actor acudió al ISS en procura de un bienestar para su órgano de la visión, fue objeto de 3 operaciones por parte del doctor Oscar Vergara García, después de las cuales finalmente perdió la vista.

Considera que el juez omitió valorar la declaración del doctor Oscar Vergara García, quien confesó que “en la última operación le cayó sangre en la córnea” y por esta circunstancia ya no había nada que hacer, con lo cual se evidencia que el galeno incurrió en una grave falla profesional. También arguye que se encuentra transgredido el principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 1603 del Código Civil.

De otra parte, cuestiona que el juzgado de conocimiento expresara en el fallo que no se detendría a estudiar la responsabilidad de la Clínica Oftalmológica del Caribe y del doctor Oscar Vergara García por no haberse notificado la demanda a éstos, ya que este es un grave error atribuible al Despacho, pues este último fue el que decidió a través de auto del 9 de junio de 2010 rechazar la solicitud de nulidad formulada por la Clínica. Por lo anterior solicita que en esta instancia judicial se vinculasen y de suyo, sean condenadas por los daños ocasionados al actor.

## **2.5. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad legal, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el escrito de apelación. El Instituto de los Seguros Sociales, por su parte, guardó silencio.

### **2.5.1. Concepto del Ministerio Público.**

El Procurador 118 Judicial II para asuntos Administrativos emitió concepto de fondo dentro del asunto de la referencia, en virtud del cual solicita la confirmación de la sentencia de primer grado.

Lo anterior por cuanto se observa, que pese al daño traducido a la lamentable pérdida de la visión del actor logró acreditarse dentro del plenario que al mismo se le prestaron los servicios médicos requeridos más no que estos fueren defectuosos.

Seguidamente señala que no basta con que la parte actora afirme que se le ha ocasionado un daño porque es necesario además que su dicho esté sustentado en el proceso a través del ejercicio de la libertad probatoria, so pena de que el resultado sea adverso a los intereses de la parte actora. Ello para significar que no logró acreditarse la responsabilidad de las demandadas a título de falla en el servicio.

## **2.6. TRÁMITE PROCESAL IMPARTIDO**

La demanda fue presentada El 9 de septiembre de 2005 (Fls. 1 - 66). El 13 de octubre de 2006, el Juzgado 12 Administrativo del Circuito de Barranquilla declaró la falta de competencia para conocer del asunto y ordenó remitir el expediente a la oficina de servicios para que fuera repartido en el Tribunal Administrativo del Atlántico (Fl. 67-68). El proceso fue asignó al doctor Ángel Hernández Cano, magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, quien mediante auto de fecha 29 de agosto de 2007 inadmitió la demanda para que fueren subsanados algunos defectos formales en el término de cinco (5) días (Fl. 70-71). Mediante autos de fechas 30 de noviembre de 2007 (F. 76-77) y 16 de abril de 2008 (F. 79), el Despacho declaró la falta de competencia y ordenó la devolución del expediente al Juzgado Doce Administrativos de Barranquilla (fl. 77)

El 28 de mayo de 2008, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Barranquilla admitió la demanda (fl. 83), y el 07 de julio de 2008 y notificó al Director General del ISS (fl. 84), el que contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, habiéndolo hecho el día 14 de agosto de 2008 (fls, 85-91). Mediante auto del 25 de febrero de 2009 dio apertura al período probatorio

El 10 de mayo de 2012 el Juzgado Trece Administrativo de Descongestión de Barranquilla avocó el conocimiento del proceso de acuerdo a lo dispuesto en los Acuerdos PSAA11-8471 y PSAA11-8947 de 2011 (fl. 185). Posteriormente, mediante providencia de fecha 25 de febrero de 2009, abrió a pruebas el proceso

(fls. 97-98) y el día 09 de junio de 2010, el Juzgado puso en conocimiento de las partes la nulidad por falta de notificación propuesta por la Clínica Oftalmológica del Caribe (fl. 182-183), sin embargo, mediante auto de fecha 15 de septiembre de 2010, se dejó sin efectos la providencia en mención, en su lugar, se rechazó la solicitud de nulidad propuesta y se tuvo por subsanada la irregular acontecida en el auto admisorio de la demanda.

Mediante auto del 31 de marzo de 2011, se amplió el período probatorio (fl. 194), el 03 de agosto de 2011 y se requieren pruebas documentales y testimoniales (fl.208-209).

Posteriormente, el Juzgado Cuarto Administrativo de Barranquilla apprehendió el conocimiento del proceso (F. 400), ordenó la presentación de los alegatos conclusivos mediante auto adiado 4 de julio de 2014, derecho que ejercieron ambas partes. El Juzgado de conocimiento dictó sentencia el día 19 de agosto de 2014 (F. 419-427) declarando probada la excepción de caducidad propuesta por el Instituto de los Seguros Sociales. La decisión que fue objeto de apelación por el apoderado judicial de la demandante (F. 429-437) y el conocimiento de este correspondió a la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Atlántico, el que a través de providencia de fecha 24 de febrero de 2015 revocó la decisión y ordenó la devolución del expediente para que se produjera una decisión de fondo (F. 443-448).

Una vez el juzgado Cuarto (4°) Administrativo de Barranquilla recibió el proceso, dictó un auto de mejor proveer el día 16 de junio de 2015 (F. 461-462). Luego, el Juzgado Trece (13°) Administrativo de Barranquilla, avocó conocimiento mediante providencia del 11 de diciembre de 2015 (F. 465), y propendió por la recaudación del despacho comisorio y dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. A través de auto del 27 de enero de 2017 ordenó la remisión del expediente al Juzgado Quince Administrativo de Barranquilla, encargado de depurar los expedientes regidos por el sistema escritural (F. 683); este último avocó el conocimiento el día 27 de marzo de 2017 (F. 684. Por auto del 27 de marzo de 2017 requirió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Atlántico para que allegara el dictamen que le fue requerido (fl. 174-175 C. 2).

Seguidamente, mediante providencia del 12 de junio de 2017, se accedió a la solicitud de ampliación del dictamen presentado por el apoderado de la parte demandante (fl. 188 C.2), el 27 de octubre de 2017 se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión (fl. 196 C. 2), derecho que ejerció únicamente la parte actora (fl. 198-217 C, 2).

Estando el expediente a cargo del juzgado, a través de auto del 20 de febrero de 2018, se profirió auto de mejor proveer solicitando a la Sociedad Colombiana de Oftalmología para que responda un cuestionario realizado por el juzgado (fl. 222 C. 2) y el 20 de junio de 2018, el Juzgado Quince (15) Administrativo de Barranquilla dictó sentencia denegatoria de las pretensiones del actor (F. 231-239).

La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia (F. 244-265) y el conocimiento de este fue asignado al Despacho que hoy presenta la ponencia, el que procedió a su admisión el día 24 de octubre de 2008 (F. 268). La presentación de los alegatos fue dispuesta mediante proveído del 23 de enero de 2018, ejerciendo tal derecho la parte actora exclusivamente (F. 272-278). El señor agente del Ministerio Público emitió concepto de fondo (F: 279-285)

### **III. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite legal señalado en el C.C.A. y encontrándose el Tribunal en la oportunidad para decidir el fondo del asunto, se advierte que no se evidencian vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial.

### **IV. CONSIDERACIONES**

#### **4.1. COMPETENCIA**

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, en tratándose de una sentencia dictada por un juez administrativo de

esta ciudad dentro de un proceso de reparación directa cuya cuantía no supera los 500 SMLMV, según lo señalado en el artículo 133-1 del C.C.A<sup>5</sup>.

#### **4.2. PROBLEMA JURÍDICO**

El principal problema jurídico que plantea esta Sala consiste en determinar si en el caso de autos se reúnen los presupuestos constitucionalmente establecidos para la declaración de la responsabilidad extracontractual en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales, es decir, primeramente, el daño antijurídico, y en caso afirmativo, si el mismo resulta fáctica y jurídicamente atribuible – imputable a la entidad demandada.

#### **4.3. TESIS**

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

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

#### **4.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

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

---

<sup>5</sup> **Artículo 133.** *Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.* Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia: 1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

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

Sobre el primero de los elementos – el daño antijurídico – es menester precisar que no existe una disposición normativa que consagre una definición, no obstante lo anterior, puede afirmarse que este se refiere a *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho.”*<sup>6</sup>

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

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

*“La antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.*

*“Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.”*<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11945, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>7</sup> Cf. DE CUPIS, Adriano “El Daño”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª edición, 1970, pág. 82.

*“En ese orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico; se transforma para convertirse en una institución deontológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico.*

*“De allí que, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.”<sup>8</sup>*

Del mismo modo, la Alta Corporación en cita ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud<sup>9</sup>, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva; es la falla probada del servicio la que hace posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica y hospitalaria, de suerte que, en términos generales, es carga del demandante acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y este<sup>10</sup>.

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de febrero de 2012, Exp. 21.466

<sup>9</sup> Es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que este puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. Es decir, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deberán resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto– válidamente considerar que existen razones, tanto jurídicas como fácticas, que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente. Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, del mismo ponente.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

<sup>11</sup> Artículo 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009](#). La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional<sup>12</sup>, la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

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

*“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’<sup>13</sup>. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.<sup>14</sup>”* (Subraya la Sala)

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia<sup>15</sup>, los estados signatarios reconocen *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

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

<sup>12</sup> Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 845 de 2006.

<sup>14</sup> En la sentencia T- 736 de 2004, la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere “(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.” Puede verse sentencia T- 438 de 2004.

<sup>15</sup> Ley 74 de 1968

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

Por otra parte, en relación con la carga de la prueba de la relevancia de la falla en la causación del daño o del nexo causal entre este y aquella como correspondería a un juicio casualista de imputación, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios<sup>16</sup>. En palabras del H. Consejo de Estado<sup>17</sup>:

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

*La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio<sup>18</sup>.*

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

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>18</sup> “[3] Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

*Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística<sup>19</sup>, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.*

*Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata<sup>20</sup>. La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.*

*En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”<sup>21</sup>, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”<sup>22</sup>, que permitían tenerla por establecida.*

*De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios<sup>23</sup>.*

---

<sup>19</sup> “[4] Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

<sup>20</sup> “[5] Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

<sup>21</sup> “[6] Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.

<sup>22</sup> “[7] *Ibidem*, págs. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida...haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11169, C.P. Ricardo Hoyos Duque”.

<sup>23</sup> “[8] Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332, [C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

*Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso”.*

#### **4.5. CASO CONCRETO**

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

Las anteriores súplicas no fueron acogidas por el fallador primario al considerar que el daño padecido por el accionante, no se reputa antijurídico, más bien fue producto de la enfermedad degenerativa que le aquejaba- miopía maligna.

Inconforme con lo decidido, el apoderado judicial del accionante apeló la sentencia argumentando que debió declararse la responsabilidad del Instituto de los Seguros Sociales, por cuanto dicha entidad fue la que autorizó que el servicio médico fuera prestado al demandante en la Clínica Oftalmológica del Caribe. Que el actor acudió al ISS en procura de un bienestar para su órgano de la visión, sin embargo, fue objeto de 3 operaciones después de las cuales finalmente perdió la vista.

Del mismo modo, reprocha que el juez no estudiara la responsabilidad de la Clínica Oftalmológica del Caribe y del doctor Oscar Vergara García pues estos también fueron demandados y sus actuaciones y omisiones tuvieron injerencia en el daño irrogado al demandante. Que si bien estos no fueron debidamente notificados ello obedeció a un error del Despacho, el que finalmente decidió prescindir de su respectiva comparecencia.

El Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, con fundamento en los siguientes:

##### **4.5.1. HECHOS PROBADOS**

De acuerdo con las pruebas relacionadas en precedencia, se encuentra demostrado:

En la historia clínica N° 0184 seguida al señor Carlos Arturo Rico Cantillo se observan los diferentes controles e intervenciones médicas de que fue objeto el demandante así:

- En la consulta del 28 de marzo de 1984 se consignó “*Motivo de la Consulta y enfermedad actual. Enviado por el Dr. albis por miopía*”. En la impresión diagnóstica se anotó: 1. **Miopía maligna.** 2. Coroidosis Miópica<sup>24</sup> 3. Vitritis<sup>25</sup> **(fls. 31 Cuad. Principal)**
- Angiografía practicada al demandante el 2 de octubre de 1993 donde se consigna:

“A.V.: O.D.: 20/300  
O.I.: 20/300

**FOTO CLÍNICA:**  
**OD:**

*Al igual que el examen directo del paciente muestran un disco con inserción oblicua y una marcada creciente ceroidea y escleral. El polo posterior muestra un adelgazamiento vascular generalizado con múltiples áreas de atrofia coriorretiniana parciales y la presencia de lesiones tipo lacker-cracks en área ocular. La periferia muestra áreas de blanco sin presión y degeneraciones microquísticas y reticulares.*

*OI: Muestra características similares a las del ojo derecho*

*I.D.: 1) Coroidoretinopatía miópica AO”*

**SUGERENCIAS: Control clínico semestral”**

- En la consulta del 5 de octubre de 1993 se consigna “*Disminución agudeza visual bilateral (...)*” y las conclusiones de la Angiografía.

---

<sup>24</sup> Conjunto de fenómenos degenerativos asociados a la miopía y que se caracterizan fundamentalmente por áreas de atrofia coriorretiniana de localización peripapilar y del polo posterior. En ocasiones, se asocia la aparición de membranas neovasculares subretinianas que cicatrizan dejando una zona pigmentada conocida como mancha de Fuchs. Es la principal causa de ceguera y baja visión en los pacientes con miopía magna o maligna. <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/coroidosis-miopica>

<sup>25</sup> Presencia de células inflamatorias en la cavidad vítrea.

- En la consulta del 11 de marzo de 1994 se indica que el paciente *“presenta cataratas en ambos ojos (...) se recomienda cirugía”*
- En la consulta del 5 de septiembre de 1994 se consigna que el paciente *“fue a la clínica Barraquer (...) insistió en operar”*
- En la consulta del 2 de octubre de 1995 se indican, entre otras cosas, que el paciente presenta cataratas en ambos ojos – sugiero extracapsular de catarata (...)”
- En la hoja Quirúrgica de fecha 12 diciembre 1995 (fl. 38 reverso Cuad. Principal), se anotó *“Cirugía: Extracap LID O.D Cirujano: Dr. Escaf Anestesia Local Complicaciones: NO”*
- En la Nota de Enfermería de fecha 13 de diciembre de 1995 (fl. 39 Cuad. Principal), se explica el procedimiento efectuado y se deja por sentado:

*“Ingresa el paciente orientado en sus tres esferas con orden administrativa para ser intervenido por el Dr. Luis Escaf de extracapsular O.D. (Nombre de medicamentos ilegibles). Se traslada al quirófano N° 1, oxígeno húmedo a razón de 3 litros, comienza cirugía. Termina cirugía. Se ocluye ojo operado. Recuperación sólida en compañía de sus familiares”.*

- El accionante dio su consentimiento para intervención quirúrgica de 27 de abril de 2000 (fl. 39 reverso-40 Cuad. Principal)
- En la Hoja pre quirúrgica de fecha 02 de mayo de 2000 (fl. 41 Cuad. principal), se anotó:

*“Nombre: Carlos Rico      Edad: 40 años  
Fecha cirugía: S.S.A  
Remitido: 05-2-2000      N° 184  
Cirujano: Dr. Vergara  
Tipo de anestesia: Peribulbar  
Cirugía a practicarse: Retina + vitrio + crio+ silicon + láser  
Ojo izquierdo”*

- En la nota de enfermería de fecha 02 de mayo de 2000 se consignó: *“ 11: a.m. Ingresa al servicio consciente y orientado trae orden del Dr, Vergara para cirugía, baja anestesia peribulbar. Se describe procedimiento y*

medicamentos aplicados. Seguidamente se indica "Todo salió bien, termina cirugía, se coloca apósito en ojo izquierdo, traslado a la sala de recuperación" (F. 321)

- Posteriormente se refieren las conclusiones de las consultas médicas realizadas por el paciente los días 2 de mayo, 12 de mayo de 2000, 22 de junio, 4 de agosto, 15 de septiembre, 10 de noviembre de 2000, entre otras, pero **con redacción ilegible**.
- Según nota operatoria de fecha 1 de junio de 2000, el demandante fue intervenido una segunda vez (vitrectomía + silicona), la descripción del procedimiento es ilegible.
- Nota de enfermería de fecha 1 de junio de 2000 donde se indica:

*"Observaciones: 11:30 ingresa paciente a cirugía consciente, orientado con orden de administración para ser operado por el Dr. Vergara (nota ilegible) inicia cirugía: 2:05 pm, se termina cirugía 3:00 pm, durante el procedimiento todo salió normal, se traslada a recuperación en buenas condiciones generales"*

- Hoja de evolución y tratamiento - Consulta externa del Instituto de Seguro Social en donde se realiza remisión el día 25 de noviembre de 2000, del paciente Rico Cantillo a especialista Retinólogo, se consigna igualmente - Diagnostico: Desprendimiento de retina- Para: Cirugía (fl. 14 Cuad. Principal).
- Autorización de orden de servicio para remisión a retinólogo con fecha de recibido de los Seguros Sociales Clínica Sur (fecha ilegible). Se indica motivo de consulta: Dolor ojo izquierdo, ANTECEDENTES PERSONALES: DX de retina OI (...) TIEMPO DE EVOLUCIÓN; 6 meses. (fl. 15 Cuad. Principal)
- Autorización N° 0036261 de fecha 22 de diciembre de 2000, para consulta ambulatoria de medicina especializada a la Clínica Oftalmológica del Caribe (fl. 16 Cuad. Principal).

- El 9 de junio de 2001 se le practicó ecografía en el ojo izquierdo donde se le diagnostica al demandante "desorganización de estructuras intraoculares. Desprendimiento total de retina. (F. 17, cuaderno principal)
- A través de Nota de Evolución de fecha 03 de marzo de 2001, se remite al señor Carlos Rico a Oftalmología (nota ilegible) DX. Glaucoma (fl. 12 Cuad. Principal)
- Historia Clínica Oftalmológica de fecha 14 de enero de 2008, seguida por la Fundación Oftalmológica del Caribe, donde se reporta (fl. 48-49 Cuad. Principal),:

**"Motivo de consulta y última revisión de los ojos**

*Dolor permanente en OI desde hace varios meses.*

*Visión borrosa en OD desde hace 1 año.*

*Diagnostico:*

*Pseudofaquia complicada OD*

*Ptisis Bulbi OI Ojo Único OD*

*Notas médicas de control (fl. 49 reverso-58), se detallan diagnósticos similares, plan de manejo y observaciones como:*

*"Alteraciones cicatrízales ocasionadas por la miopía no reversible con cirugía. Baja visión ojo derecho"*

*"Degeneración miopica OD, cicatriz macular OD, palidez nervio óptico, se explica que no existe cirugía para recuperar fibras nerviosas, ni para quitar cicatrices a nivel de nervio óptico".*

*"No está usando el timólo"*

*"Se insiste en uso de timolol no está usando"*

- En el Informe rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal- Dirección Regional Norte, de fecha 13 de julio de 2009 (fl. 126 Cuad. Principal), se reporta:

*1. Opacidad corneal por el ojo izquierdo*

*Se solicita historias clínicas de los procedimientos quirúrgicos, declaraciones de oftalmólogos, valoración actualizada por oftalmología para saber el estado actual de su ojo izquierdo.*

- Mediante Dictamen N° 23023 rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, se determinó que la pérdida de capacidad laboral del demandante equivale a un 80,60%. Refiere el paciente en dicho dictamen: *"Que sufría de miopía y catarata por el ojo izquierdo y utilizaba*

*lentes y veía, tiene antecedentes de desprendimiento de retina en el año 2003 y por el ojo izquierdo y fue de manera espontánea la cual no guarda relación con los hechos, posteriormente me operaron de catarata más o menos en el año 2004, refiere que le cayó sangre a la córnea la cual se dañó totalmente y perdí la visión por el ojo izquierdo"(fl. 177-179 Cuad. 2)*

- El Instituto de Medicina Legal, mediante oficio N° GRCOPPF-DRNT-09787-2016 de fecha 14 de julio de 2016 le diagnosticó al demandante pérdida de la agudeza visual en ambos ojos, pero no dictamina la existencia de alguna falta en el servicio. Refiere el señor Rico Cantillo en el acápite de enfermedad actual:

*"En el año 2000 fui operado de miopía pero no tuvo éxito porque la retina nunca pegó, intentó una segunda vez y tampoco opero la cuestión es que él hace otro daños, actualmente yo estoy botando una secreción poruña banda que él me dejo para que la retina pegara pero al fin eso no me sirvió para nada y no veo absolutamente nada porque también se me afectó el ojo derecho"*

*Se realiza examen físico, examen mental, se transcriben apartes de las historias clínicas.*

*Impresión Diagnostica: 1. Ptísis bulbiojo izquierdo. 2. Perdida de agudeza visual ambos ojos. Solicitan expediente completo, con el fin de hacer un buen análisis del caso. (Fl. 504 Cuad. 4)*

- **Testimonio del doctor** Oscar Vergara García, recaudado ante Juzgado Veinte Administrativo de Cali, quien se refirió al caso del demandante así:

Que el señor RICO CANTILLO fue su paciente a quien valoró por primera vez en mayo de 2000. Presentaba una miopía maligna que le fue diagnosticada en el año 1984, que dicha patología obedece a un desorden congénito que altera todo el globo ocular, especialmente la retina. Que el señor RICO CANTILLO tenía una miopía exageradamente alta en -27.00, que debido al comportamiento tan malo de la retina y a la susceptibilidad de tener muchas complicaciones y muy mala visión a este tipo de miopías les denominan degenerativas, magnas o malignas, tiene mal desenlace visual.

Que desde 1984 el paciente tenía una visión de 20/200 en ambos ojos, es decir, tenía una ceguera legal. Que cuando lo atendió ya tenía una cirugía de cataratas, que había consultado en otros centros, entre ellos la clínica Baraguer en Bogotá donde le sugirieron un procedimiento refractivo. Que cuando lo atendió el ojo izquierdo presentaba una visión de movimiento de manos y el desprendimiento de retina muy avanzado, con proliferación vitreoretiniana, por lo que le ordenó la cirugía que corresponde en estos casos, pero por las condiciones del actor, la operación no tuvo éxito, agregó que al momento de la intervención se observó además un agujero macular.

Seguidamente explica que como se observa en la historia clínica hubo un redespaldamiento de retina por lo cual debió operar una segunda vez, aproximadamente un mes después de la primera cirugía, para hacer un procedimiento que se hace en estos casos, que es poner silicona intraocular.

Que a pesar de eso, la evolución del paciente no fue satisfactoria, como era de esperarse, volvió a presentar proliferación y glaucoma. Que según las notas que hay en la historia clínica el sugiere volver a operarse pero el demandante decide no hacerlo. Que la última vez que vio al paciente fue en enero de 2001, ocho meses después de la operación y en ese momento ya presentaba una visión pobre en ese ojo, con hemorragia vítrea y un glaucoma secundario.

Por virtud de una pregunta efectuada por el juez comisionado para la recepción del testimonio, el declarante agregó que las fallas en la cirugía de retina pueden producirse por la misma patología que presenta el paciente o a problemas intraoperatorios. Que el paciente en este caso tenía una miopía maligna era muy difícil reparar el desprendimiento de retina, así las cosas se hagan muy bien, por la proliferación vitreoretiniana consistente en la aparición de unas membranas sobre la superficie de la retina y hacen que esta se desprenda, que este anomalía se presentaban inclusive antes de la primera operación, como quedó consignado en la hoja pre operatoria y persistió después de la intervención.

Aclara que el otro ojo del paciente, que no fue objeto de operación alguna, también estaba prácticamente ciego lo que demuestra la gravedad de la miopía que presentaba el paciente. Que las complicaciones que presentó posteriormente el demandante en el ojo derecho no tienen nada que ver con la cirugía que practicó en el ojo izquierdo. Que la única manera de que haya una afectación colateral de los ojos es a través de una oftalmia simpática, la cual no presentó el demandante, según se sigue de su historia clínica.

Finalmente manifestó que el demandante firmó el consentimiento informado, el cual está en la historia clínica.

#### **4.6. ANALISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURIDICO**

En primer término, el Tribunal se referirá a la vinculación de la Clínica Oftalmológica del Caribe y el doctor Oscar Vergara García. En efecto, el demandante dirigió su demanda contra éstos y el Instituto de los Seguros Sociales, sin embargo, la acción solo fue admitida respecto de este último sin que

la parte actora manifestara, a través del medio legal consecuente, algún inconformismo frente a ello.

El artículo 140, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil<sup>26</sup>, establece que el proceso será nulo, en todo o en parte *“Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición”*.

No obstante lo anterior, el artículo 143 ibídem advierte que *“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada”*, y que *“Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5. a 9. del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla”*. Seguidamente, el numeral 1 del artículo 144 advierte que *“La nulidad se considerará saneada (...). Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente”*.

Las anteriores previsiones normativas sirvieron de fundamento para que el Juzgado Doce Administrativo de Barranquilla considerara como saneada la irregularidad puesta de presente, esto es, que no se admitiera la demanda respecto de la Clínica Oftalmológica del Caribe y el doctor Oscar Vergara. Pues bien, el Tribunal prohíba dicha decisión teniendo en cuenta que una vez configurada la eventual nulidad<sup>27</sup>, la parte actora actuó en el proceso sin proponerla<sup>28</sup>, asimismo, el auto quedó en firme sin que fuere recurrido, con lo cual se infiere su conformidad.

De allí que la réplica de la parte actora sobre esta situación y que su solicitud de vinculación en esta instancia judicial no sean atendidos por esta Corporación en tanto representan planteamientos que ya tuvieron lugar dentro del proceso y su respectiva resolución. Entenderlo en forma distinta conllevaría a reabrir un debate jurídico ya decantado, lo que es abiertamente contrario a los principios procesales de preclusión y debido proceso.

---

<sup>26</sup> Estatuto Procesal Vigente al momento de trabar la litis

<sup>27</sup> La demanda fue admitida a través de auto de fecha 28 de mayo de 2008.

<sup>28</sup> Intervino en las declaraciones de parte y la recepción de los testimonios (F. 112-122) y radicó distintos memoriales (Ver F. 130 y 133, entre otros)

Lo anterior impide a esta Corporación suscitar juicio de responsabilidad alguno respecto de la Clínica Oftalmológica del Caribe y el doctor Oscar Vergara, luego entonces, no serán atendidos aquellos reparos que fueron esgrimidos en el escrito de alzada que implique analizar las actuaciones u omisiones de estos en los hechos materia de la presente acción.

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad del Instituto de los Seguros Sociales, es preciso recordar que la ley 100 de 1993, reguló lo pertinente a las Entidades Promotoras de Salud, en los siguientes términos:

**“ARTICULO. 156-Características básicas del sistema general de seguridad social en salud.** El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características:

(...)

*k) Las entidades promotoras de salud podrán prestar servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones prestadoras de salud, o contratar con instituciones prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional, debidamente constituidos (...)*

**ARTICULO. 159.-Garantías de los afiliados.** Se garantiza a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud la debida organización y prestación del servicio público de salud, en los siguientes términos:

1. *La atención de los servicios del plan obligatorio de salud del artículo 162 por parte de la entidad promotora de salud respectiva a través de las instituciones prestadoras de servicios adscritas (...)*

**ARTICULO. 177.-Definición.** Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.

**ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud.** Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:

1. *Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
2. *Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
3. *Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*
4. *Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área*

de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.

5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.

6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.

7. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.

**ARTICULO. 179.-Campo de acción de las entidades promotoras de salud.** Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el consejo nacional de seguridad social en salud.

**PARAGRAFO.** -Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.”

A su vez, a través del decreto 1750 de 2003, se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas Empresas Sociales del Estado. En su artículo 24 ibídem dispone:

**“Artículo 24. Contratación de servicios de salud.** Con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, el Instituto de Seguros Sociales contratará la prestación de servicios de salud con las empresas de que trata el presente decreto, de acuerdo con el portafolio de servicios que estén en capacidad de ofrecer (...)”

Bajo este contexto, pese a la transformación de que fue objeto el Instituto de Seguro Sociales, en virtud del Decreto 1750 de 2003, esto no implicó la liberación de sus responsabilidades, pues si bien no era quien debía prestar directamente el servicio de salud, sí era quien debía garantizar que el procedimiento médico se practicara, y que se realizara por el operador contratado de manera integral, eficiente y oportuna.

Al respecto, ha dicho el H. Consejo de Estado lo siguiente<sup>29</sup>:

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Providencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01762-01(38805)

*“(...) Conforme a lo anterior, para la Sala resulta evidente que si bien el Instituto de Seguros Sociales no prestó los servicios médicos por sí mismo, estos fueron brindados a la paciente en virtud de la afiliación que esta tenía vigente con él, y de acuerdo con los anteriores planteamientos, la Entidad Promotora de Salud, está llamada a responder por las acciones u omisiones de las instituciones con las cuales contrató la prestación de los servicios, por ser el ISS el responsable de la afiliación, el recaudo de cotizaciones, y de verificar que las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritas, atiendan a los usuarios, de acuerdo con el Plan Obligatorio de Salud (...)*

En ese sentido, es claro que en este caso se configura el carácter personal del daño, el Instituto de Seguros Sociales estará llamado a responder por los daños alegados por el demandante, eso sí, de encontrarse estructurados los restantes elementos para la afirmación de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Precisado lo anterior, es menester la constatación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual, esto es, i) El daño antijurídico<sup>30</sup> y ii) La imputación plena<sup>31</sup> -fáctica y jurídica<sup>32</sup>.

#### **4.6.1. El daño**

Como se dijo, el daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”<sup>39</sup>.

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 2003, “...antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 2003. “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación: 504222331000950196-01 (16.630). Salvamento de Voto, Consejero Mauricio Fajardo Gómez. “Esta Corporación antes ha manifestado muy clara y acertadamente que: “Las imputaciones fácticas son las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y, que considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En cambio las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones —constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales— en las cuales se plasma el derecho de reclamación”

En respuesta, la Sala encuentra acreditada la lesión o menoscabo del derecho a la salud e integridad física sufrida por el señor RICO CANTILLO, concretamente la pérdida de la visión, a través de la historia clínica-oftalmológica que reposa en el expediente y el dictamen rendido por la Juna Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, sin embargo, dicho daño no se reputa antijurídico según se explica a continuación:

En el presente caso logró comprobarse, a través de la historia clínica del demandante, que desde el año 1984 este venía realizando reiteradas consultas médicas por presentar problema en su visión y, desde entonces, le fue diagnosticada y tratada miopía maligna.

Según la literatura médica, la miopía magna o maligna se produce por el alargamiento posterior del globo ocular asociado a un adelgazamiento de las paredes del ojo. Dicha patología afecta a cerca del 2% de la población y aumenta la predisposición a padecer ciertas enfermedades oculares, especialmente de la retina.<sup>33</sup>

También se asevera que *“tener miopía magna no consiste únicamente en tener muchas dioptrías. Las personas con miopía magna tienen una mayor susceptibilidad de presentar complicaciones oculares. La miopía magna se ha asociado con un mayor riesgo de tener cataratas, glaucoma o alteraciones del polo posterior del ojo (atrofia corioretiniana, degeneración retiniana, desprendimiento de retina, alteraciones del disco óptico o degeneración macular). Este riesgo es mayor cuanto más alargado está el globo ocular. Aunque muchas de estas alteraciones tienen tratamientos efectivos, en ocasiones las consecuencias de estas complicaciones pueden comprometer de forma importante la visión de la persona con miopía magna”*<sup>34</sup>.

Pues bien, en criterio del Tribunal, las anteriores precisiones conceptuales se acompañan no solo con las conclusiones consignadas en la historia clínica del demandante, sino también la declaración rendida por el doctor Oscar Vergara García, quien atestiguó que la pérdida total de la visión del demandante no fue producto de una mala praxis, por el contrario, obedeció a la gravedad de la patología que aquejaba su visión, que tuvo severas y diferentes manifestaciones,

<sup>33</sup> <http://oftalmologiaofoa.com/riesgos-de-la-alta-miopia/>

<sup>34</sup> [www.miopiamagna.org](http://www.miopiamagna.org)

entre ellas, el desprendimiento de retina, la degeneración macular y la proliferación vitreorretiniana, todas estas descritas reiteradamente en los diagnósticos dados al demandante por los distintos galenos que lo trataron.

Dado lo anterior, la Sala coincide con las conclusiones del A quo, quien consideró que las condiciones en que quedó el demandante luego de la práctica del procedimiento quirúrgico no fue el resultado de una mala praxis médica, sino de una secuela inherente a la enfermedad que ya estaba en estado avanzado, pues como pudo verse, al momento de la operación que es considerada por el demandante como la causa eficiente del daño, ya contaba, en efecto, con una ceguera legal<sup>35</sup>.

Significa lo anterior que las afecciones que se mencionan como secuelas de la cirugía, venían presentándose con anterioridad, como síntomas de la enfermedad, y que terminaron desencadenando en el demandante la lamentable pérdida de su visión.

También es imperioso afirmar, según se sigue de la historia clínica que al accionante se le practicaron los exámenes de diagnóstico requeridos (ecografías oculares y angiografías), asimismo, se llevaron a cabo las intervenciones quirúrgicas necesarias, las cuales tuvieron lugar de manera oportuna, pero no efectiva, como quiera que estas tienen riesgos propios ya descritos.

La conclusión dada por el Tribunal, en cuanto la pérdida de la visión obedeció a las fatídicas consecuencias de la enfermedad padecida por el actor y no al acto quirúrgico propiamente dicho se robustece al constatar que pese al tratamiento médico en el ojo derecho se erigió en el concepto de otro especialista y en diferentes tiempos (a partir de enero de 2008<sup>36</sup>), la conclusión finalmente fue la misma, esto es, que también se perdiera la funcionalidad de este, según se sigue de las consignaciones clínicas hechas en la Historia visible a folio 148 del expediente.

---

<sup>35</sup>La ceguera legal es la pérdida de visión en uno o en los dos ojos. Cuando una persona tiene una visión por debajo de una [agudeza visual](#) de 20/200 (0,1), incluso tras una corrección con gafas o lentes de contacto, se considera que tiene una ceguera “legal”.

Son muchas las personas, que pese a ser consideradas legalmente ciegas, pueden distinguir formas y sombras, aunque no pueden apreciar los detalles normales en su visión. <https://asociaciondoce.com/que-es-la-ceguera-legal/#:~:text=La%20ceguera%20legal%20es%20la,tiene%20una%20ceguera%20E2%80%9Clegal%E2%80%9D.>

<sup>36</sup>

Así las cosas, en el caso de autos el menoscabo a la salud de CARLOS ARTURO RICO CANTILLO no se reputa antijurídico, por cuanto se deriva de la patología preexistente del demandante y de los riesgos propios de las cirugías practicadas, sin que haya quedado acreditada la impericia o negligencia del personal médico, por el contrario, del historial clínico se concluye que el paciente fue atendido por personal especializado.

En este sentido, es pertinente recordar que las obligaciones derivadas de la actividad médica son de medio y no de resultado, razón por la que el deber que tienen los profesionales de la salud se circunscribe a “*desplegar una actividad diligente, enderezada a satisfacer en lo posible, el interés primario de su [paciente] que dista de un resultado particular (...)*”<sup>37</sup>, tal como se evidencia en el caso de autos, donde está probado que la entidad demandada y el personal médico, pusieron a disposición del paciente todos los medios humanos y científicos para garantizarle su derecho a la salud.

También queda desvirtuado el argumento del apelante tendiente a aseverar que no le fueron puestas de presente al momento de la intervención quirúrgica realizada el 2 de mayo de 2000, las posibles consecuencias derivadas de dicha cirugía, pues obra dentro del plenario documento suscrito por el demandante contentivo del consentimiento informado, en el cual manifestó que le fueron indicados los riesgos inherentes al procedimiento de que fue objeto<sup>38</sup>.

De conformidad con lo expuesto, para la Sala, bajo el panorama probatorio antes descrito, el daño padecido por el demandante, consistente en la pérdida total de la agudeza visual del ojo izquierdo, no puede considerarse antijurídico ni imputarse a la demandada, pues esta no tuvo incidencia en el desenlace final de la enfermedad. En consecuencia, se dispondrá la confirmación de la sentencia de primer grado.

#### **4.6.2. COSTAS**

El Tribunal se abstendrá de condenar en costas por no advertir temeridad o mala fe en alguna de las partes.

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Exp. 33.817

<sup>38</sup> Ver folios 309-310

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

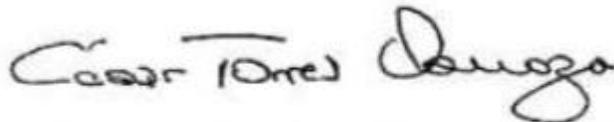
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Quince (15°) Administrativo del Circuito de Barranquilla, por las motivaciones que anteceden.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS,**



**CESAR AUGUSTO TORRES ORMAZA**  
Magistrado Ponente



**JAVIER EDUARDO BORNACELLY CAMPBELL**



**JORGE ELBER FANDIÑO GALLO**