



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50 001 3331 005 2011 00289 01
 Acción : Reparación directa
 Demandante : Ángela María Quiroga Vergara y otros
 Demandado : Hospital Departamental de Villavicencio -ESE
 Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2018 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Ángela María Quiroga Vergara y otras personas presentaron demanda (fl. 1-103) contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E, en ejercicio de la acción de reparación directa.

Dentro de los hechos que invocan, señalan que Ángela María Quiroga Vergara después de conocer su estado de embarazo asistió a los controles prenatales fijados por los médicos tratantes en los que no se evidenció alteración alguna de su gestación, que el 12 de junio de 2008 nació el menor Samuel Herrera Quiroga en el Hospital Departamental de Villavicencio con 31 a 33 semanas de gestación y 1.770 gramos de peso, por lo que fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal y posteriormente a Cuidado Intermedio donde recibió tratamiento por 21 días; que el menor por ser un neonato de bajo peso y expuesto a oxígeno durante esos días, era un paciente en riesgo de retinopatía de la prematuridad, que debía ser valorado por oftalmología, conforme con Guía y Norma técnica del Ministerio de Protección Social, lo que no se adelantó, por lo que no pudo ser detectada y tratada con un medio científico adecuado, y el 4 de julio de 2008 se le dio de alta faltando las valoraciones especializadas exigidas sin que los médicos percibieran el trastorno ocular que desarrolló intrahospitalariamente, por lo que el paciente pierde la oportunidad de tener una visión normal.

Expresan que la madre al notar que el menor no fijaba la mirada y no seguía objetos, le informó al médico de la E.S.E que la atendió, sin que lo remitiera al especialista de oftalmología; por lo que el 29 de noviembre de 2008 fue valorado por un especialista particular quien le diagnosticó retinopatía del prematuro y el 3 de diciembre del mismo año se le practicó cirugía en



ambos ojos; y agregan que por la atención médica deficiente en el hospital, el menor Samuel Herrera Quiroga quedó con ceguera total en ambos ojos.

Como **pretensiones**, solicitan declarar responsable al demandado por la lesión de gravedad del menor Samuel Herrera Quiroga, y condenarlo a pagar los perjuicios materiales, morales, daño a la vida de relación y daño a la salud, entre otras.

2. La contestación de la demanda

2.1. El Hospital Departamental de Villavicencio contestó la demanda (fl. 130-369); se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y derecho que las soporten, y frente a los hechos manifiesta que se atiende a lo que se encuentre probado; se refiere a la inexistencia de la relación de causalidad entre el presunto perjuicio sufrido y la prestación del servicio médico de parte del Hospital Departamental de Villavicencio y a la responsabilidad médica.

Señala que la atención médica consignada en la historia clínica demuestra que *"(...) la entidad demandada le prestó la atención oportuna y eficiente, se le realizaron los estudios que la lex artis aconseja para esta clase de dolencia, se prescribieron los medicamentos necesarios en las dosis adecuadas, se le rodeo de personal médico especializado y experimentado, hecha la evaluación del estado de salud, ordeno los exámenes previos para precisar el diagnóstico, ordeno su hospitalización y la terapia correspondiente, realizo el tratamiento adecuando, suministro los medicamentos indicados, utilizo los equipos médicos necesarios, controlo los signos vitales del paciente, dio las ordenes y las instrucciones y se mantuvo control y vigilancia sobre el enfermo, es decir desplegó toda su capacidad en la atención al paciente".¹*

3. La sentencia apelada

El Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio en providencia del 13 de junio de 2018, negó las pretensiones; consideró:

"En este orden, si bien es cierto que en el plenario se acreditó que no se realizó atención médica por parte de los galenos del Hospital Departamental de Villavicencio, tendiente a establecer si el neonato había desarrollado la retinopatía de la prematuridad, no es menos cierto, que dicha valoración especializada, conforme la contempla la Norma Técnica para la Detección Temprana de Alteraciones de la Agudeza Visual y Patologías Oculares, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, podía realizarse incluso hasta la sexta semana después de su nacimiento.

Recuérdese que al menor se le da de alta el día 4 de julio de 2008, con la orden de cita de control por medicina externa para el día siguiente, sin que aparezca acreditado

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



en el plenario el cumplimiento de dicha orden médica, dado que el primer control que se constata fue realizado, data del 16 de julio de 2008, esto es, 12 días después del alta hospitalaria.

En este orden, y dadas las condiciones de salud de la progenitora aunado a las circunstancias en que se produce el nacimiento del menor, las cuales incidieron en el cuadro clínico que presentó en los días posteriores a su nacimiento, conforme se acreditó con la historia clínica, los testimonios de los médicos tratantes y el dictamen pericial, el Despacho concluye que en este caso el daño no es imputable a la entidad demandada, dado que la retinopatía de la prematurez se desarrolló como consecuencia de las mismas condiciones individuales del neonato, sin que sea dable indicar la configuración de una pérdida de oportunidad, en cuanto la no realización del examen reclamado en la demanda, no es la causa directa de ese padecimiento.

En conclusión, al no ser atribuible el daño a la accionada, no hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa solicitada, en consecuencia la respuesta al primer problema jurídico planteado es negativa, circunstancias que releva al despacho de continuar con el estudio del segundo. Por lo anteriormente expuesto, el despacho negará las pretensiones de la demanda”.

4. El recurso de apelación

La parte demandante expresa (fl. 880-883) que en la sentencia se confunde la pérdida de la oportunidad con el daño final, desconociendo la naturaleza jurídica de la figura y la jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado; que la responsabilidad de la demandada no se configura por el detrimento de la visión de la víctima, sino porque la actuación de la administración redujo su esperanza de no sufrir una pérdida de esas dimensiones; y que se evidencia un defecto fáctico por indebida apreciación de la prueba, pues la falla médica probada en el proceso consiste en la omisión de la valoración por oftalmólogo pediatra, retinólogo u oftalmólogo general, que debió hacer el Hospital a la víctima antes de darlo de alta, lo que hace incongruente la sentencia con lo pretendido en la demanda y lo probado en el proceso.

5. Trámite en la segunda instancia

Se admitió recurso de apelación (fl. 5. c.TAM) y se corrió traslado para alegatos de conclusión y concepto (fl. 6, c.TAM).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. El Hospital Departamental de Villavicencio (fl. 7-12 c.TAM) se refiere a los hechos de la demanda, a las pruebas allegadas al proceso, al régimen de responsabilidad, y expresa que no es procedente concluir la responsabilidad del Hospital Departamental de Villavicencio, porque no existe la relación de causalidad entre la actuación de esta entidad y el daño alegado, ya que el paciente una vez es recibido en el Hospital fue valorado, se estableció su condición, se le brindó la atención pertinente por su patología, contó con un equipo médico interdisciplinario, con los equipos médicos para la práctica de exámenes y RX, realizó el tratamiento adecuado y suministró los medicamentos indicados, lo que demuestra que la demandada desplegó toda su capacidad en la atención del paciente.



Señala que si bien es cierto que el menor durante su estadía en el Hospital no fue valorado por el oftalmólogo pediatra para determinar la existencia de la retinopatía, dicha valoración para estos pacientes se debe hacer en la semana cuatro después de su nacimiento y él salió del Hospital el 4 de julio de 2008, cuando tenía tres semanas de vida, con orden de cita para el día siguiente para valoración por medicina externa, sin prueba alguna que acudió a dicha cita médica; y agrega que se debe excluir de toda responsabilidad a la entidad, toda vez que según Medicina Legal el menor presenta daño en su sistema nervioso central y la retina como consecuencia del nacimiento prematuro por los factores maternos y placentarios que confluyeron para la prematuridad.

6.2. La parte demandante no presentó alegatos.

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no efectuó pronunciamiento en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia impugnada, conforme con los planteamientos del recurso de apelación que radicaron los demandantes?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. En la contestación de la demanda no se propusieron, y en el recurso de apelación no se planteó discusión sobre el tema, por lo cual no amerita pronunciamiento en esta instancia. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)³.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, demás presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código



2.3. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo de Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de segunda instancia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

- a. Registros civiles de nacimiento de Fabián Orlando Herrera Fuentes, Samuel Herrera Quiroga y Ángela María Quiroga Vergara (fl. 23-25).
- b. Documentos de la Historia Clínica del menor Samuel Herrera Quiroga en la Institución Prestadora de Servicios de Salud Rehabilitación Médica Integral LTDA (fl. 26-27).
- c. Ecografía bilateral de ojos (fl. 32-35).
- d. Documentos de la Historia Clínica del menor Samuel Herrera Quiroga con el médico oftalmólogo David Mauricio Medina Ortega (fl. 36-38).
- e. Historia Clínica de Ángela María Quiroga Vergara y del menor Samuel Herrera Quiroga en el Hospital Departamental de Villavicencio (fl. 39-93, 137-369, 566-699, 703-844; a.01; a.02).
- f. Constancia de la Asociación de Limitados Visuales del Meta-Alivmeta, sobre la limitación visual del menor Samuel Herrera Quiroga (fl. 97).
- g. Constancia de los servicios de salud que presta el Hospital Departamental de Villavicencio (fl. 397-402).
- h. Norma Técnica para la Detección Temprana de Alteraciones de la Agudeza Visual y Patologías Oculares, Resolución No. 412 de 2000 del Ministerio de Salud, y Guía de promoción de la salud y prevención de enfermedades en la salud pública-Tomo I (fl. 404-405 CD).
- i. Testimonios de Olga Lucía Ortiz Velásquez, Luisa Inés Velásquez Monzón, Luisa Fernanda Hernández García, Luis Alejandro Díaz Torres, Donatyla del Carmen García Nigrinis, Miguel Tadeo Mendoza Sarmiento y Miguel Danilo Torres Silva (fl. 408-412, 426-430, 464-467, 473-474).

de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas y "c.TAM" es el cuaderno del Tribunal Administrativo de Meta. Si no se cita c., se hace referencia al principal.



j. Oficios 095394 y E-6564-2016 del Hospital Departamental de Villavicencio, sobre servicio oftalmológico y de retinólogo (fl. 494, 703).

k. Certificado psicológico de Ángela María Quiroga Vergara y Fabián Orlando Herrera Fuentes (fl. 457).

l. Informe pericial y complementación, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 531-549, 854).

m. Facturas de pago por servicios médicos y educativos del menor Samuel Herrera Quiroga (fl. 28-31, 94-97).

4. Caso concreto

Mediante la acción de reparación directa, la parte demandante considera que el Hospital Departamental de Villavicencio es patrimonialmente responsable por los perjuicios que reclaman, pues en su criterio existió falla médica-pérdida de la oportunidad en el tratamiento dado al menor Samuel Herrera Quiroga.

El Juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, decisión impugnada con el recurso de apelación que aquí se resuelve.

4.1. Del Régimen de responsabilidad

4.1.1. La Constitución Política de Colombia (C. Po) establece el centro general de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, en el artículo 90, que consagra: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste"*.

Así culminó por ahora, luego de un largo proceso de discusión en donde estaban involucrados los más profundos temas de la sociedad, el reconocimiento expreso y normativo de la responsabilidad patrimonial que debía asumir el Estado, cuando por algunas circunstancias, se causaran daños antijurídicos a sus asociados. De manera que luego de una inicial etapa en donde no era pensable endilgar responsabilidad al Estado, el tema se fue aceptando hasta llegar, en nuestro caso, a la consagración constitucional de 1991 que se ha transcrito. Sin duda alguna, fueron valientes Jueces de todos los niveles los que han estructurado el estado actual del asunto, por cuanto de manera especial, ha sido de plena construcción jurisprudencial el avance logrado.

La responsabilidad patrimonial del Estado puede derivarse de múltiples causas, por lo que debe indagarse cuál produce el daño específico que se



demanda, pues de ello depende el instrumento judicial de reclamo (Nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, grupo, reparación directa, popular, entre otros); para cuando se aduce causa extracontractual, se han estructurado varios regímenes o títulos de imputación que las agrupan teniendo en cuenta el tipo de acción u omisión, la naturaleza del hecho, u otras circunstancias especiales de que se trate en cada caso concreto⁴.

4.1.2. Cuando se trata de cuestionamientos por la prestación de servicios de salud, procede aplicar en primer momento –Si es del caso, luego se abordarían otros-, el régimen de responsabilidad de la falla del servicio⁵.

El recurso de apelación plantea discusión en esta instancia sobre el régimen de responsabilidad que aplicó el *a quo*, el de falla del servicio; pero se debe tener presente que la sentencia también se pronunció sobre el que reclaman los apelantes, pues de forma expresa consideró que "*sin que sea dable indicar la configuración de una pérdida de oportunidad, en cuanto la no realización del examen reclamado en la demanda, no es la causa directa de ese padecimiento*".

Es necesario precisar también que procede el análisis a través de la falla probada del servicio, si bien en una época anterior se acudía al de falla presunta, que ha quedado revaluado. Con lo cual si bien en principio la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante pues tiene la obligación de concretar y demostrar –al menos con indicios⁶- lo que endilga, lo que no puede fundarse en vaguedades y generalidades para que con ese solo hecho se le traslade a su contraparte dicha carga, se le exige a la demandada que cuenta con los elementos técnicos y científicos apropiados, demostrar lo que efectivamente ocurrió en el hecho discutido, exponer las causas y examinar las consecuencias de las intervenciones que realizó, según las particularidades de cada caso. Así, las dos tienen la responsabilidad probatoria para que el sentenciador adquiera la mayor certeza a la hora de decidir, y además porque tienen el deber de lealtad y buena fe procesal, el de colaboración con la administración de Justicia, y el de solidaridad social.

No obstante, se advierte que en forma excepcional, algunos casos médico-sanitarios se pueden decidir por responsabilidad objetiva, "*dada la*

⁴ Dentro de los varios regímenes existe el de riesgo excepcional, el de daño especial y el de falla del servicio, y para otro tipo de casos, el enriquecimiento sin causa, y la importancia de su adecuada selección radica en las consecuencias y obligaciones probatorias que genera cada uno para las partes. Su aplicación en cada proceso es de naturaleza compleja, pues puede darse que un mismo suceso exija que se analicen varios de los regímenes existentes, por lo que *eo iuris* (de derecho) no puede considerarse de antemano que algún tipo de hecho u omisión o actividad se enmarca *per se* (de por sí) dentro de un determinado y exclusivo régimen, como también lo precisa el Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de M.P. Danilo Rojas Betancourth, 30 de enero de 2013, rad. 050012331-000-1997-0017601, 26201, 27 de septiembre de 2013, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 20011345, 28711 y M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 12 de febrero de 2014, rad. 66001233100020060067201, 40.802.

⁵ Sobre este régimen se ha pronunciado el Consejo de Estado, entre otras sentencias, M.P. Guillermo Sánchez Luque, 26 de noviembre de 2015, rad. 2000123-31-000-2003-00716-01, 34954.

⁶ Estos criterios han sido reiterados, entre otras, en las sentencias de abril 5 de 2013, exp. 2001 01537, 25.887, M. P. Danilo Rojas Betancourth y del 13 de noviembre de 2014, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 31182, rad. 050012331000199903218-01.



peligrosidad que revisten ciertos procedimientos médico quirúrgicos, sin que con ello se hubiere pretendido desconocer que la responsabilidad médico-hospitalaria se encuentra asentada sobre la base de un criterio culpabilista, por lo que mal haría la jurisprudencia contencioso administrativa en tildar a la medicina como una actividad riesgosa” (M. P. Hernán Andrade Rincón, 25 de enero de 2017, rad. 2500023260002003 02133 01, 36.816)⁷.

Y cuando la cuestión en debate involucra, como en este caso en razón de lo expuesto en el recurso de apelación, la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, se estructuran reglas aplicables, que se establecen en acápites posteriores⁸.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁹.

4.2.1. Se revisa el texto del recurso de apelación para establecer los motivos de inconformidad y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

- La sentencia confunde la pérdida de la oportunidad con el daño final, desconociendo la naturaleza jurídica de la figura y la jurisprudencia reiterada por el Consejo de Estado; que la responsabilidad de la demandada no se configura por el detrimento de la visión de la víctima, sino porque la actuación de la administración redujo su esperanza de no sufrir una pérdida de esas dimensiones; y que se evidencia un defecto fáctico por indebida apreciación de la prueba, pues la falla médica probada en el proceso consiste en la omisión de la valoración por oftalmólogo pediatra, retinólogo u oftalmólogo general, que debió hacer el Hospital a la víctima antes de darlo de alta, lo que hace incongruente la sentencia con lo pretendido en la demanda y lo probado en el proceso.

4.2.2. Sin perjuicio del análisis que más adelante se hace de las distintas circunstancias que integran el cargo de la impugnación contra la sentencia de primera instancia, es necesario indicar que el *a quo* sí analizó la prueba

⁷ La sentencia relaciona los siguientes: i) Manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento o el tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa; ii) Cuando un medicamento, tratamiento o procedimiento que implique o conlleve un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considere novedoso, se desconozcan las consecuencias o secuelas del mismo a largo plazo; iii) Cuando en el acto médico se empleen químicos o sustancias peligrosas; iii) En supuestos de vacunas; v) Cuando el daño sea producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

⁸ Sentencias del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 17001233100020000064501, 25706 y la del 1 de agosto de 2016, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 19001233100020010142901, 35116, entre otras.

⁹ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia *-ad quem-* deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



que demostraba la omisión en la valoración del menor por oftalmología pediatra, retinología u oftalmólogo general dentro de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, pues contrario al dicho de los apelantes, se pronunció de manera expresa sobre ello, al señalar que *"En este orden, si bien es cierto que en el plenario se acreditó que no se realizó atención médica por parte de los galenos del Hospital Departamental de Villavicencio, tendiente a establecer si el neonato había desarrollado la retinopatía de la prematurez, no es menos cierto, que dicha valoración especializada, conforme la contempla la Norma Técnica para la Detención Temprana de Alteraciones de la Agudeza Visual y Patologías Oculares, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, podía realizarse incluso hasta la sexta semana después de su nacimiento"*.

Agregó que *"Recuérdese que al menor se le da de alta el día 4 de julio de 2008, con la orden de cita de control por medicina externa para el día siguiente, sin que aparezca acreditado en el plenario el cumplimiento de dicha orden médica, dado que el primer control que se constata fue realizado, data del 16 de julio de 2008, esto es, 12 días después del alta hospitalaria. En este orden, y dadas las condiciones de salud de la progenitora aunado a las circunstancias en que se produce el nacimiento del menor, las cuales incidieron en el cuadro clínico que presentó en los días posteriores a su nacimiento, conforme se acreditó con la historia clínica, los testimonios de los médicos tratantes y el dictamen pericial, el Despacho concluye que en este caso el daño no es imputable a la entidad demandada, dado que la retinopatía de la prematurez se desarrolló como consecuencia de las mismas condiciones individuales del neonato, sin que sea dable indicar la configuración de una pérdida de oportunidad, en cuanto la no realización del examen reclamado en la demanda, no es la causa directa de ese padecimiento"* (fl. 877-envés).

4.3. Sobre la figura jurídica de la pérdida de oportunidad en asuntos médicos, el Consejo de Estado se pronunció respecto de su aplicación, entre otras sentencias, la del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 170012331000200000645-01, 25706 y la del 1 de agosto de 2016, M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, rad. 190012331000 20010142901, 35.116.

En la primera de ellas se reconoce que *"existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística, afirma que la responsabilidad es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño -teoría relacionada con la imputación; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima -teoría*



relacionada con el daño-" y se describen sus diferencias, al tiempo que se estructuran sus elementos, supuestos e indemnizaciones.

El Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Arauca optan de tiempo atrás por el segundo criterio.

Precisó que los **elementos del daño de pérdida de oportunidad** son: i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) Certeza de la existencia de una oportunidad; iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima, es decir, pérdida definitiva de la oportunidad.

Y que ahora el estado de idoneidad de la víctima, esto es, si el afectado se hallaba para el momento del hecho dañino en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar, no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad, sino un criterio para definir la imputación de la demandada, por cuanto puede probarse que aquella no estaba en una posición apta para reclamar la existencia de la figura jurídica, lo que configuraría otra **causal eximente de responsabilidad estatal**. Así las cosas, se puede liberar de responsabilidad en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias o puede demostrarse que en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de chance, lo que conduciría al fenómeno de concausalidad.

Así mismo, consagró como **los supuestos de responsabilidad en estos casos**, que i) 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 del chance; ii) 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 misma; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la figura jurídica, ya que este es un problema que deberá ser resuelto no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades, sino por el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en su truncamiento.

También fijó como **parámetros para cuantificar la indemnización**: 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%; 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; iiiii) 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 que constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

Continúa: 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 -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el Juez, 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 equidad; vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales.

4.4. Respecto de los elementos para este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado, en el caso concreto.

4.4.1. El daño. Los demandantes deben probar en el proceso la ocurrencia del daño, y que este sea antijurídico, toda vez que si no se acredita, no es dable continuar con el análisis del caso¹⁰.

Para la segunda instancia en cuanto a la ocurrencia del daño y su connotación de antijurídico que declaró el *a quo*, no se planteó controversia, lo que se confirma aquí, pues se demostró la retinopatía del prematuro (estado 5) en ambos ojos que padece el menor Samuel Herrera Quiroga, con la valoración del médico oftalmólogo vítreo-retinólogo David Mauricio Medina Ortega el 3 de diciembre de 2008 (fl. 36-38), con pérdida completa de la agudeza visual o pérdida de la visión por ambos ojos del informe pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 547-548).

¹⁰ Ello por cuanto como lo considera el Consejo de Estado, es inoficioso e inocuo hacer otros análisis ante la ausencia del daño (M.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 2007-00019, 37843, 29 de mayo de 2014 y M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 1998-01789, 31331, 28 de agosto de 2014, entre otras).



Y la integridad personal está tutelada, es decir, protegida, así como también los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la garantía integral del patrimonio de las personas que se vulneran con el hecho de la limitación causada, de un menor que tiene especial protección, por el ordenamiento jurídico colombiano (Preámbulo, artículos 1, 2, 6, 13, 16, 44, 49 y 58, C. Po), lo que trasciende a sus parientes, pues constituye una carga que no estaban obligadas a soportar ni está justificado en el ámbito jurídico, toda vez que limitar de manera abrupta, anticipada, arbitraria y absoluta su derecho a la vida plena, no puede tenerse como una carga normal, lícita, legítima y soportable permitida en nuestro Estado Social de Derecho; razón por la cual cuando a un ser humano se le priva de la protección ordenada y de la posibilidad de gozar de una idónea y completa integridad física o fisiológica, se está en presencia de este tipo de daño, como es el caso referido al menor por el que se reclama.

Por lo tanto, se probó el daño antijurídico que se reclama, en su materialidad y en su antijuridicidad, así como también sus partes constitutivas. Lo cual constituye -El daño antijurídico- el primer elemento de la responsabilidad que se le endilga a la entidad demandada; pero el que por sí solo, no tiene la virtud de hacerla responsable, aún.

4.4.2. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. Este elemento hace relación a la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o a evitar, es decir, si se presenta la falta de certeza respecto a si el paciente no habría perdido la visión, de haberse realizado la valoración por oftalmología pediatra, retinología u oftalmólogo general antes de dársele de alta.

Las pruebas que se aportaron al expediente permiten establecer:

- La Norma Técnica que mencionan los demandantes -Guía para la Detección Temprana de Alteraciones Visuales y Patologías Oculares (fl. 405CD), señala:

“10.5.2 Edad de las evaluaciones, seguimiento y tratamiento

Todos los recién nacidos con antecedentes de peso menor de 1.500 g o con edad gestacional al nacimiento menor de 32 semanas, o pacientes con peso al nacer entre 1.500 y 2.000 gramos, que en concepto del neonatólogo hayan tenido un compromiso grave de su estado general en el período neonatal, deben ser evaluados en por lo menos dos ocasiones antes de ser dados de alta por el oftalmólogo; solo se podrá dar de alta a un paciente en el primer examen si en éste se comprueba que la retina está completamente vascularizada en ambos ojos (A:1) (12, 35, 36). (...)

La primera de las evaluaciones que sean necesarias se debe realizar a las 4 a 6 semanas después del nacimiento o, alternativamente a las 31 a 33 semanas de edad postconcepcional o postmenstrual, y el tiempo y el número de los exámenes subsiguientes deben ser determinados por el examinador; en el sitio donde es evaluado el paciente no se tienen los recursos para tratarlo se debe tener en cuenta



el tiempo necesario para realizar su traslado, de tal manera que se pueda realizar el tratamiento de forma oportuna. (...)

Con frecuencia los pacientes prematuros que están en riesgo de desarrollar la retinopatía de la prematuridad llegan a la edad en que se deben realizar o continuar sus evaluaciones oftalmológicas en la época en que se les da de alta en las unidades neonatales. Por lo tanto, es importante que cuando se decida trasladar al paciente o darlo de alta, asegurar que al sitio donde sea remitido el paciente o a donde se vaya a realizar el seguimiento, se cuente con la posibilidad de continuar el seguimiento del estado ocular por parte de un oftalmólogo, en caso de que el paciente requiera que se le realice seguimiento por más tiempo (según el concepto del oftalmólogo evaluador)".

- Ángela María Quiroga Vergara registró ingreso en el Hospital Departamental de Villavicencio, por el servicio de urgencias a las 10:08 a. m. del 10 de junio de 2008, con actividad uterina irregular de dos horas de evolución asociado a expulsión de tapón mucoso sanguinolento, con movimientos fetales positivos, con antecedentes de cerclaje cervical a las 14 semanas¹¹, hospitalización hacía una semana por app (Amenaza de parto prematuro) y embarazo de alto riesgo (fl. 138, 141-142); para ese momento Quiroga Vergara contaba con edad gestacional de 32 semanas y 1 día (fl. 228.). Durante los días 10, 11 y 12 de junio del mismo año, la paciente recibió atención hospitalaria, se le ordenaron y realizaron exámenes, el 12 de junio de 2008 nació su hijo Samuel Herrera Quiroga, y a ella se le dio salida el 13 de junio de 2008 sin el recién nacido quien quedó hospitalizado (fl. 143, 207-216).

- El menor Samuel Herrera Quiroga al momento de nacer tuvo un peso de 1770 gramos, longitud de 42 cm, perímetro cefálico 24 cm, perímetro torácico 27 cm, frecuencia cardíaca 156/minuto, frecuencia respiratoria 26/minuto, temperatura de 36°C, con quejido respiratorio y fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal en incubadora con oxígeno (fl. 203).

- Durante la estada del menor en el Hospital Departamental de Villavicencio presentó múltiples complicaciones, entre otras, dificultad respiratoria, aleteo nasal, taquipnea, polipnea, tiraje intercostal, riesgo múltiple por prematuridad y retardo de crecimiento intrauterino, episodio de flacidez, empalmedimiento, ictericia multifactorial, desaturación ocasional, bradicardia, apnea, desnutrición posnatal aguda (fl. 575-688), que obligaron a una serie de procedimientos médicos necesarios para poder mantener sus signos vitales, y se le dio la salida el 4 de julio de 2008 cuando contaba con 3 semanas y 1 día de vida, con orden de control al día siguiente (fl. 684, 688).

¹¹ <https://cuidateplus.marca.com/reproduccion/embarazo/diccionario/cerclaje-cervical.html>: "Un cerclaje cervical es un procedimiento terapéutico que consiste en estrechar el cuello uterino con un hilo metálico o de nylon. Se usa en casos en los que existe un riesgo de aborto debido a que el cuello uterino se encuentra ligeramente distendido, lo que facilita el paso del feto al exterior. Esto es lo que se conoce como incompetencia o insuficiencia cervical". CuidatePlus es el portal de referencia en prevención y educación en salud, editado por Unidad Editorial Revistas, S.L. con el aval de Diario Médico y Correo Farmacéutico.



- Previo a la dada de alta, no se le realizó al menor alguna valoración por oftalmología, como consta en la historia clínica (fl. 591-688), lo registró el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 854), y lo reconoció de manera expresa el propio Hospital demandado en el oficio E-6564-2016 remitido al expediente (fl. 703).

- El Hospital Departamental de Villavicencio contaba para el mes de junio y julio de 2008, meses en los que estuvo hospitalizado el menor, y desde entonces, con médico oftalmólogo pediatra neonatal, como lo hizo constar dicha entidad en el oficio 095394 remitido al expediente (fl. 494).

- En la historia clínica del menor Samuel Herrera Quiroga se registran controles los días 16, 23 y 31 de julio, 12 y 26 de agosto, 2, 12 y 30 de septiembre de 2008 (fl. 692-697), y en ninguno de ellos se le realizó alguna valoración por oftalmología o retinología, ni se le remitió a algunos de estas especialidades médicas.

- El 29 de noviembre de 2008, cuando el menor tenía 5 meses de vida, se le realizó una ecografía bilateral con diagnóstico de retinopatía por prematuridad en ambos ojos (fl. 32-34), y obra en el expediente historia clínica del menor en el consultorio del médico oftalmólogo David Mauricio Medina Ortega del 3 de diciembre de 2008, donde se confirma el diagnóstico de retinopatía del prematuro¹², estado 5, e informa que se requiere de la cirugía de vitrectomía pars plana¹³ y extracción del cristalino; sin embargo, no se demostró que efectivamente se realizó la operación quirúrgica, a lo que se suma que los padres no suscribieron el consentimiento informado que la autorizara (fl. 36-38).

El panorama descrito permite acreditar que al momento de dar de alta al menor el 4 de julio de 2008, el Hospital demandado no le practicó ni en ese momento ni antes durante su periodo de hospitalización, e incluso tampoco después en julio, agosto y septiembre cuando lo llevaron a control médico, ningún examen o valoración por algún médico oftalmólogo, a pesar que contaba con los servicios de esta especialidad, como lo certificó la misma entidad.

Se debe tener presente que de conformidad con la Guía para la Detección Temprana de Alteraciones Visuales y Patologías Oculares (fl. 405CD), el menor había *“tenido un compromiso grave de su estado general en el período neonatal”*, que obligaron a su traslado a la UCI Neonatal a partir del día siguiente a su nacimiento. Por lo tanto, estaba dentro de los recién

¹² *“La retinopatía de la prematuridad es una enfermedad de la retina que afecta a los recién nacidos prematuros de muy bajo peso al nacer, que puede dejar como consecuencia la ceguera permanente en un grupo pequeño pero significativo de estos pacientes”*, en Guía para la Detección Temprana de Alteraciones Visuales y Patologías Oculares, Ministerio de Protección Social.

¹³ https://www.chospab.es/TECNICAS/ficheros/OF_VitrectomiaParsPlana.htm: *“La vitrectomía es una intervención quirúrgica que consiste en introducir unos instrumentos sofisticados en el ojo, a través de heridas o incisiones muy pequeñas, para eliminar todo el vítreo y sustituirlo por líquido, gas, aire u otras sustancias. Además se pueden realizar diferentes maniobras desde el interior del ojo para el tratamiento de distintas enfermedades oculares (desprendimientos de retina complicados, hemorragias vítreas, enfermedades de la mácula, endoftalmítis o infecciones graves del ojo, cuerpos extraños intraoculares)”*.



nacidos que *"deben ser evaluados en por lo menos dos ocasiones antes de ser dados de alta por el oftalmólogo; solo se podrá dar de alta a un paciente en el primer examen si en éste se comprueba que la retina está completamente vascularizada en ambos ojos"*.

Estas circunstancias demuestran que se desatendió la obligación de valoración por el oftalmólogo, eliminando la posibilidad de inmediato tratamiento de la retinopatía por prematuridad del menor.

Por lo tanto se probó este primer elemento del daño de pérdida de oportunidad, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, toda vez que existe incertidumbre respecto a si el perjuicio se iba a evitar.

Es decir, si el paciente no habría perdido la visión de haberse realizado la valoración del menor por un oftalmólogo antes de darlo de alta. Así, la omisión de la demandada pudo no causar el daño, pero sí le impidió a Samuel Herrera Quiroga la prestación de servicios médicos especializados que hubieran permitido su inmediato tratamiento médico, si bien se reitera, no existe certeza que el beneficio se podía obtener. Significa que a pesar de atribuirle a la demandada la omisión, no puede decirse aún que fue por ello que el daño ocurrió y no por las falencias de salud que se le presentaron al menor incluso desde antes de nacer, por lo que es dable seguir con el análisis de los demás elementos y supuestos de responsabilidad por pérdida de oportunidad, a efecto de determinar si ella se declara o se desvirtúa.

4.4.3. Certeza de la existencia de una oportunidad. Frente a este segundo elemento de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad en servicios de salud –Hay otros campos en donde también se puede generarse analiza si con el examen de oftalmología que se reclama y las consecuentes intervenciones o procedimientos quirúrgicos que se requirieran, se hubieran tenido posibilidades para solucionar el problema fisiológico que afectaba al menor en su visión.

La Guía para la Detección Temprana de Alteraciones Visuales y Patologías Oculares (fl. 405CD), señala:

"Factores de riesgo para la ceguera infantil: las cataratas congénitas, la prematuridad, las ametropías, las anisometropías, las deficiencias nutricionales, la morbilidad perinatal, el estrabismo, los defectos genéticos, las enfermedades metabólicas, el glaucoma congénito, las enfermedades dentro del complejo de STORCH, el retinoblastoma, las facomatosis, etcétera (...).

En el caso del menor Samuel Herrera Quiroga, se le presentaron del listado anterior, los siguientes factores de riesgo para la ceguera: Prematuridad (Nació a las 32 semanas, fl. 591); deficiencias nutricionales (Nació con DNT –Desnutrición– Fetal Crónica, fl. 205 y pesó al nacer 1.770 gramos, en la UCI bajó a 1.510 y a la salida alcanzó 1.780 gramos, fl. 203, 587-589-envés, 606-621); morbilidad perinatal (Su madre había tenido dos abortos previos, fl. 204, 144-168, el último 10 meses antes; e incluso, ella tuvo dos amenazas de perder al menor, en donde en la primera le hicieron un



cerclaje cervical y la segunda 12 días antes del alumbramiento, fl. 138, 141-142, 568-571, 625); el menor tuvo en el periodo neonatal compromiso grave de su estado general, que obligó a internarlo en UCI Neonatal al día siguiente de su nacimiento y durante 21 días (575-688).

El testigo Luis Alejandro Díaz Torres, médico pediatra, sobre los factores de riesgo de retinopatía que presentaba el menor Samuel Herrera Quiroga (fl. 426-430), expresó:

"Se trata de recién nacido prematuro o sea que nació antes de tiempo, todo recién nacido prematuro en este caso 31 semanas tiene muchos riesgos que lo ponen en peligro de muerte o de enfermedad, inclusive de retinopatía (...).

Se trata de materna de 26 años, gesta tres con antecedentes de amenaza de aborto, quien presentó actividad uterina en junio de 2008, tenía también antecedentes de dos abortos, ingresó a la institución hospitalizada por trabajo de parto prematuro. Hay otro antecedente de que hacía una semana también presentó amenaza de parto pre término y recibió esquema completo de maduración pulmonar fetal con corticoides, es de anotar que los corticoides son factor de riesgo para la retinopatía. Recibió circlaje cervical a las 14 semanas, le amarraron el cuello del útero para evitar que el bebé hubiera fallecido, eso se debió a una amenaza de aborto, generalmente con sangrado que pone en riesgo el bebé y todos sus órganos (...).

(...) dentro de sus antecedentes control prenatal cuatro veces con antecedentes ya anotados, incluso la madre recibió antibiótico profiláctico por posible infección, las infecciones son riesgo para la retinopatía (...).

Presenta ictericia al cuarto día según nota de evolución médica, por lo que se comenzó fototerapia. Esto también puede llevar a problemas de retinopatía, pero de no hacerlo se complicaría más este recién nacido (...).

Se le dio sulfato ferroso por anemia del prematuro que es otro factor de riesgo para retinopatía (...).

(...) hace un nuevo diagnóstico de desnutrición fetal crónica (...) eso significa que por el hecho de que la cabecita esta pequeña y la talla bajita, el niño estaba con una desnutrición fetal en el vientre de la materna y eso es un factor de riesgo para la retinopatía (...).

Madre con antecedente de amenaza de aborto y amenaza de parto pretermino quien recibió corticoide. Anemia en la mamá. Escasos controles prenatales, tiene 4 en total y debía ser uno cada quince días o cada mes. Infecciones durante el embarazo. Inherentes al recién nacido: prematuridad; la dificultad respiratoria que requirió uso de oxígeno medicinal indicado por especialistas, incluso neonatólogos; ictericia de recién nacido; desnutrición crónica fetal con microcefalea y desnutrición aguda por la misma prematurez. (...)"

La médica pediatra, Donatyla del Carmen García Nigrinis, sobre el menor Samuel Herrera Quiroga (fl. 464-465), manifestó:

"(...) múltiples riesgos por prematurez y alto valor social. Se trataba de un embarazo de alto riesgo con antecedentes de amenaza de aborto, con antecedentes de una madre abortadora habitual, incompetencia cervical que precipitó el trabajo de parto (...).



Un recién nacido prematuro es un bebé que por su propia condición de prematuridad está expuesto a múltiples riesgos por eso se incluye dentro de los diagnósticos iniciales "múltiples riesgos por prematuros", entre los que están (...) la misma retinopatía del prematuro. En este caso particular el niño tuvo varias condiciones fue prematuro desarrollo apnea de la prematuridad, dificultad respiratoria, ictericia neonatal, que aumentan el riesgo de la retinopatía del prematuro. (...)

Con un bebé prematuro el nivel de desarrollo de la vasculatura se presenta después del parto y antes de la tercera o cuarta semana de vida, es ahí cuando se va completando el desarrollo de la vasculatura a ese nivel, es por esa razón que la valoración debe hacerse a esta edad entre la tercera o cuarta semana de vida, a las 36 semanas de edad gestacional corregida. (...)

El diagnóstico oportuno puede mejorar el pronóstico de la retinopatía pero no siempre la intervención puede arrojar un resultado positivo al respecto, es decir dependiendo de la severidad de la retinopatía la intervención puede ser o no exitosa, La ceguera no siempre va a depender de la atención y su oportuna, sino también de la severidad de la retinopatía, es decir, un bebé puede ser valorado entre la tercera o cuarta semana de vida, pero si tiene un grado cuarto de retinopatía así lo operen puede que quede con algún grado de ceguera o con ceguera total, en este grado en particular no sé qué fue lo que pasó [Porque] Después del séptimo día no tuve conocimiento del manejo que se le hizo al paciente, ni el seguimiento posterior una vez que egresó de la UCI"

Miguel Tadeo Mendoza Sarmiento, médico pediatra neonatólogo, sobre el menor Samuel Herrera Quiroga (fl. 466-467), señaló:

"El examen [Oftalmológico] es una prevención de posibles daños retinales producidos por la prematuridad, por algunas infecciones o por drogas entre ellas el oxígeno y que se tiene que hacer en un tiempo, el pudo ser valorado en esa semana cuarta (...)"

El testigo Miguel Danilo Torres Silva, médico cardiólogo pediatra, sobre el suministro del oxígeno, según el riesgo que presentaba para el menor Samuel Herrera Quiroga y la retinopatía de la prematuridad (fl. 473-474), expuso que los riesgos que presenta un prematuro de la edad gestacional de Samuel Herrera Quiroga "*muchos, dado su bajo peso y su corta edad gestacional los principales riesgos son falla ventilatoria por inmadurez pulmonar, sangrado del sistema nervioso central, infecciones, retinopatías y trastornos metabólicos, entre otros (...) Presentó inmadurez pulmonar que le generó riesgo alto de falla ventilatoria durante su estancia hospitalaria y posteriormente una retinopatía*".

Los anteriores testimonios son sólidos y útiles para decidir, toda vez que fueron rendidos por médicos especialistas en la materia que se discute, quienes conocieron en forma directa la atención brindada al menor pues participaron en la atención brindada, y esta última circunstancia y el hecho de laborar o haber trabajado en el Hospital demandado no los descalifica, ya que son coherentes entre sí, no fueron tachados ni desvirtuados, y coinciden con las demás pruebas del expediente, de manera especial con la historia clínica, con la Guía para la Detección Temprana de Alteraciones Visuales y Patologías Oculares y con el dictamen pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el cual no fue tachado, ni objetado, ni desvirtuado en el proceso. En contrario, los testimonios de Olga Lucía Ortiz Velásquez, Luisa Inés Velásquez Monzón y Luisa Fernanda



Hernández García (fl. 408-412), no son útiles para esta etapa específica de la sentencia, pues no son médicas ni tienen conocimientos técnicos sobre el tema objeto del debate judicial, no se encuentra que hayan leído o estudiado la historia clínica del menor, ni fueron testigas directas de la atención que se le brindó al mismo en el Hospital demandado, y además dos de ellas son familiares cercanas a los demandantes.

Por su parte, el informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 531-549) conceptuó:

DEFINICIÓN La retinopatía de la prematuridad es una vitreoretinopatía proliferativa periférica que acontece en niños prematuros y que tiene una etiología multifactorial, siendo la inmadurez su principal factor de riesgo. (...)

CLASIFICACIÓN La retinopatía de la prematuridad se clasifica en 5 estadios y se localiza por extensiones horarias y zonas (Fig.1), todo ello junto con las características de los vasos del polo posterior nos indicará la gravedad de la retinopatía y la necesidad de tratamiento. Factores de riesgo en la retinopatía de la prematuridad: Probados: - Edad gestacional - Peso al nacimiento - Oxigenoterapia Hallados ocasionalmente: - Anemia - Hemorragia intraventricular - Ductus persistente - Síndrome de distrés respiratorio - Sepsis - Apnea - Transfusiones sanguíneas frecuentes - Surfactante - Nutrición parenteral prolongada * Estadios: (...) Estadio 5. Desprendimiento de retina total. (...)

Se trata de un menor de 7 años de edad, nació el 12 de junio del 2008, por parto vaginal normal, producto de madre de 26 años de edad, con antecedentes de dos abortos previos, incompetencia cervical uterina con cerclaje durante la gestación, producto nacido a las 31 semanas de edad gestacional, quien presentó posterior al parto síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido, y síndrome de ALTE (El evento de aparente amenaza de vida) (RGE reflujo gastroesofágico), anteriormente conocida como muerte súbita frustrada, requirió de manejo en la unidad de cuidado intensivo neonatal donde diagnosticaron, 1. Recién nacido pretérmino, 2. Desnutrición fetal y post natal crónica (talla baja+microcefalia), 3. Prematurez, 4. Restricción del crecimiento intrauterino, 5. Síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido, eventos que fueron desencadenados por la inmadurez fetal, evolucionó en forma adecuada (...).

RESPUESTAS A INTERROGANTES ESPECÍFICOS (...)

2. Etiología de la lesión padecida.

Rta: con la información disponible, y revisión bibliográfica es posible señalar que la prematurez es un factor de riesgo para padecer múltiples alteraciones por inmadurez de los tejidos; nacido por un parto pretermino a las 31 semanas de gestación, cuando aún no completaba la maduración de los órganos, siendo este un alto factor de riesgo para presentar múltiples comorbilidades, así como las que le fueron diagnosticadas al menor SAMUEL HERRERA QUIROGA, con síndrome de ALTE (Es aquel episodio inesperado y brusco que alarma al observador, pues correspondería a una situación de riesgo de muerte, caracterizado por compromiso de la actividad respiratoria, cambios de coloración y/o alteraciones del tono muscular), síndrome de dificultad respiratoria neonatal; durante la valoración médico legal el menor presenta un trastorno psicomotor, retinopatía de la prematuridad con pérdida completa de la agudeza visual y microoftalmía; es decir, el daño en su sistema nervioso central y la retina son consecuencia del nacimiento prematuro favorecido por los factores maternos y placentarios que confluyeron para la prematurez.



3. Consecuencias de dichas lesiones, grado de reversibilidad o si por el contrario son permanentes e incurables. Rta: Se reitera que las patologías que presenta actualmente el menor SAMUEL HERRERA QUIROGA, son comorbilidades asociadas a la prematuridad que generaron deficiencia y discapacidad, con repercusiones visuales y del desarrollo psicomotor y cognitivo (...) lo que ocasionó pérdida de la visión por ambos ojos y un trastorno del desarrollo psicomotor. Dichas consecuencias son permanentes”.

Del análisis integral y objetivo de las pruebas aportadas al expediente, como las que se reseñaron en este acápite de las consideraciones, se establece que la pérdida de la visión del menor Samuel Herrera Quiroga, como lo señala el informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo cual tiene pleno respaldo en las historias clínicas de Ángela María Quiroga Vergara y del menor y con los testimonios de los médicos que declararon en el proceso, *“el daño en su sistema nervioso central y la retina son consecuencia del nacimiento prematuro favorecido por los factores maternos y placentarios que confluyeron para la prematuridad”* y que *“las patologías que presenta actualmente el menor SAMUEL HERRERA QUIROGA, son comorbilidades asociadas a la prematuridad que generaron deficiencia y discapacidad, con repercusiones visuales y del desarrollo psicomotor y cognitivo (...) lo que ocasionó pérdida de la visión por ambos ojos y un trastorno del desarrollo psicomotor”* (fl. 547-548).

Significa que si bien no se adelantó la valoración por oftalmología antes de dar de alta al menor Samuel Herrera Quiroga, no se puede considerar que por ello se le desencadenó la ceguera total que padece, pues ya no existía la probabilidad de que si se le hubiera realizado dicha valoración se habría podido evitar que el menor perdiera su visión.

Con lo anterior, la Sala comparte lo que en otras palabras pretendió afirmar el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio en la sentencia del 13 de junio de 2018, donde sostuvo que *“la no realización del examen reclamado en la demanda, no es la causa directa de ese padecimiento”* (fl. 877-envés).

Por lo tanto, se acreditó que para los días siguientes al nacimiento del menor, incluso para el día en el que fue dado de alta el 4 de julio de 2008 y los días subsiguientes en los cuales fue llevado a control, no existía la oportunidad de salvarle la visión. Es decir, así se le hubieran realizado el examen de oftalmología y las operaciones quirúrgicas que después se sugirieron por el oftalmólogo David Mauricio Medina Ortega, ya no era posible contar con probabilidades de solucionar ni atacar el problema fisiológico que afectaba al menor, pues por las mismas condiciones de su desarrollo en el vientre materno y de su nacimiento, ya no existía oportunidad alguna de restablecerle su visión. Con ello, no se probó este segundo elemento constitutivo del daño por pérdida de oportunidad.

De manera consecuencial, tampoco existe el tercer elemento de la figura jurídica, pues al estar acreditada la no existencia de una oportunidad, por sustracción de material no hubo alguna pérdida definitiva de ella, pues se



reitera, el menor no tenía posibilidad de recibir atención médica que le permitiera superar su problema de la visión, aun en caso que se le hubiera prestado de manera oportuna. De ahí que no se le cercenó alguna esperanza de evitar la ceguera.

Por lo tanto, no prosperan las distintas circunstancias que integran el cargo del recurso de apelación de los demandantes.

4.4.4. A lo anterior se agrega que por las mismas conclusiones expuestas y probadas en el acápite precedente de estas consideraciones, tampoco acude en favor de los demandantes, el criterio del estado de idoneidad de la víctima; esto por cuanto el afectado, el menor Samuel Herrera Quiroga, no se hallaba para el momento de su dada de alta del Hospital Departamental de Villavicencio –Cuando se omitió la valoración por oftalmólogo-, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual se demanda, ya que se acreditó conforme se detalló atrás, que el menor no estaba en una posición apta para reclamar la existencia de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, en razón a que *"el daño en su sistema nervioso central y la retina son consecuencia del nacimiento prematuro favorecido por los factores maternos y placentarios que confluieron para la prematuridad"* y que *"las patologías que presenta actualmente el menor SAMUEL HERRERA QUIROGA, son comorbilidades asociadas a la prematuridad que generaron deficiencia y discapacidad, con repercusiones visuales y del desarrollo psicomotor y cognitivo (...) lo que ocasionó pérdida de la visión por ambos ojos y un trastorno del desarrollo psicomotor"*, como lo dictaminó en su peritazgo el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 547-548). En consecuencia y desde el mismo momento de su nacimiento y aun en su desarrollo dentro del vientre materno, ya no había chance de salvarle la visión, ante lo irreversible de su situación personal, incluso así se le hubiera realizado el examen de oftalmología que se reclama.

4.5. Es necesario señalar que establecido lo anterior, no procedería continuar con el análisis de los demás aspectos que involucra la falla del servicio a través de la figura jurídica de la pérdida de oportunidad, para determinar si persiste el criterio que en el caso no hay razón para proferir condena en contra de la demandada.

Sin embargo y en gracia de discusión, se establece que el daño antijurídico que se demostró en este caso de pérdida de oportunidad, no es imputable ni asignable en los aspectos fácticos y jurídicos a la entidad estatal.

En lo que se refiere a la imputación **fáctica**, en este momento del proceso se tiene establecido que el cargo imperante contra la demandada es por la omisión que se le endilga: No realizar la valoración del menor por oftalmología antes de darlo de alta el 4 de julio de 2008.

Significa que no se le cuestiona la ejecución de actos dañosos en contra del enfermo, ni en ninguna de las pruebas aparece que agentes de la



entidad actuaron para que se produjeran las complicaciones que padeció, ni se indica en parte alguna la posible participación de miembros de la demandada en tales situaciones; en los hechos y en los fundamentos legales de la demanda no se hacen sindicaciones en dicho sentido hacia algún servidor público o a alguna autoridad pública, pues se limitan a efectuar reproches por la que consideran conducta negligente.

Se desprende entonces, que no hay acción imputable ni endilgable a la demandada; es decir, no se probó imputación fáctica en su contra.

No obstante, la acción del Estado no es la única forma de estructurar el elemento de imputación para la responsabilidad patrimonial de sus entidades, como para otro tipo de caso -Omisión de protección-, el Consejo de Estado (M.P. Hernán Andrade Rincón 26 de febrero de 2015, rad. 200012331000 20000147301, 30.885) lo ha precisado.

Y también se ha pronunciado nuestra Alta Corte, en la ya citada sentencia del 5 de abril de 2017, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, rad. 170012331000 2000 00645-01, 25706, en el mismo sentido para cuando se trata de casos de pérdida de oportunidad por falla médica: *"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". Resaltados no son del original.*

Como quiera que la ausencia de imputación fáctica por sí sola no es suficiente para impedir una posible declaración de responsabilidad, se procede a analizar si hay violación del deber jurídico en el caso.

Respecto de la imputación jurídica, existe regulación sobre las obligaciones y los procedimientos a cargo de los prestadores de salud para que procedan a efectuar los diagnósticos y los exámenes oportunos a sus pacientes, con el fin de garantizar la adecuada atención médica.



La Constitución Política prescribe (Artículo 48) que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y se garantiza a todos los habitantes como derecho irrenunciable; y consagra (Artículo 49) que en su atención se le garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y la prestación conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Ley 100 de 1993 ordena que el Estado intervenga en el servicio público de Seguridad Social en Salud, para el logro de múltiples fines, dentro de ellos, el de organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad (Artículo 154.f); y establece (Artículos 194-197) que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales.

También se determina con lo que se expuso y demostró, que ya la entidad demandada para el 4 de julio de 2008 en lo que concierne al caso en discusión, había adquirido el deber de protección sobre la persona de Samuel Herrera Quiroga, lo que la había convertido en garante de sus derechos a la salud y a la integridad personal, en lo cual no falló.

Así mismo se acredita que los hechos en los que se produjo la ceguera del paciente no fueron previsibles para el Hospital demandado, pues *"el daño en su sistema nervioso central y la retina son consecuencia del nacimiento prematuro favorecido por los factores maternos y placentarios que confluieron para la prematuridad"* y que *"las patologías que presenta actualmente el menor SAMUEL HERRERA QUIROGA, son comorbilidades asociadas a la prematuridad que generaron deficiencia y discapacidad, con repercusiones visuales y del desarrollo psicomotor y cognitivo (...) lo que ocasionó pérdida de la visión por ambos ojos y un trastorno del desarrollo psicomotor"*, como lo dictaminó en su peritazgo el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 547-548). Así, como quedó idónea y suficientemente probado, no falló en la prestación diligente y oportuna del servicio, ni en brindarle los medios necesarios para garantizar los procedimientos e intervenciones adecuadas para el manejo que su cuadro clínico requería, pues aun si se le hubiera efectuado al menor la valoración por oftalmología antes de darlo de alta, no había manera de escapar al lamentable resultado que hoy se demanda.

Conforme con lo expuesto, el Hospital Departamental de Villavicencio cumplió con las exigencias, entre otras, de la Ley 23 de 1981, la cual establece las reglas para la prestación del servicio de salud conforme con la ética médica y precisos mandatos como lo señala el Consejo de Estado (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 5 de marzo de 2015, rad. 50001233100020020037501, 30102), con las exigencias de la Ley 10 de 1990 y los Decretos 2759 de 1991 y 412 de 1992 en cuanto al manejo de urgencias, la Ley 715 de 2001, el Decreto 2757 de 1991 y la Resolución 5261 de 1994 que fijan el marco normativo de la referencia y



contrarreferencia de pacientes (M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 1 de marzo de 2018, rad. 05001233100020060269601).

Todo lo expuesto descarta la imputación jurídica en contra del Hospital demandado, pues la omisión que se ha probado no resulta relevante ni sustancial como deber normativo incumplido ante su obligación de medio que le correspondía, además que adoptó todas las demás medidas necesarias para evitarle riesgos adicionales a su paciente y para protegerlo en el bien jurídico de su salud, integridad personal y vida, ante el complicado cuadro clínico que presentó desde el mismo momento de su nacimiento, en todo lo cual se probó que no falló pues le preservó la vida, con lo cual Samuel Herrera Quiroga no perdió la oportunidad de recibir tratamiento médico y de mejorar sus condiciones de salud.

4.6. En consecuencia, no se acreditaron los elementos de la pérdida de oportunidad.

Así, a pesar del daño antijurídico que se probó, no se demostró que fuera propiciado por alguna acción, u omisión, o irregularidad, o falencia en el servicio del Hospital demandado ante su deber jurídico de la idónea prestación de la atención de la salud que le correspondía.

4.7. Por lo tanto, y ante el problema jurídico que se planteó, se responde que no procede revocar la sentencia impugnada.

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 13 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio.



SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca:

(i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información, y

(ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

CUARTO. ORDENAR que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
 Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
 Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
 Magistrada