

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C. trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 080011233100020040226002 (39244)
Naturaleza: Acción de reparación directa
Actor: Jorge Luis Hernández Beleño y otro
Demandado: Instituto de Seguros Sociales

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se accedió a las pretensiones, así:

“1. Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2. Declárase administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales por los perjuicios ocasionados al señor Jorge Luis Hernández Beleño, con ocasión de la falla del servicio en la cual incurrió.

3. Condénase al Instituto de Seguros Sociales al pago de las siguientes sumas, por concepto de perjuicios morales: lo equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales a favor del señor Jorge Luis Hernández Beleño; y quince (15) salarios mínimos para cada uno de los menores Eliu Hernández Velaidess y Stefany Hernández Velaidess

Para calcular dichos perjuicios se tomará como base el valor del salario mínimo legal vigente durante el año 2001.

4. Condénase en abstracto al Instituto de Seguros Sociales en lo que respecta a los perjuicios materiales. Su monto se determinará de



de acuerdo con los parámetros establecidos en la parte considerativa de esta sentencia y en la forma prevista en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, advirtiéndosele al interesado que deberá promover incidente de regulación de perjuicios, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o de la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso

5. Ordénase que las cantidades resultantes de la liquidación de los perjuicios morales se indexen de acuerdo con la fórmula descrita en la parte motiva de esta sentencia”.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 15 de octubre de 2004 en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, el señor Jorge Luis Hernández Beleño, actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Eliut y Stefany Vanesa Hernández Velaides solicitó la declaración de responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales por la pérdida de visión en su ojo derecho.

En la demanda se solicitan las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: Declarar administrativamente y extracontractualmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la lesión causada al señor Jorge Luis Hernández Beleño, por la pérdida de órgano de la visión, causando una capacidad de pérdida laboral (sic) determinada mediante dictamen médico laboral por orden judicial (Juzgado Octavo Civil del Circuito de Barranquilla) de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Dictamen Número 2921 de fecha 6 de febrero del año 2004.

Segundo: Condenar al Instituto de Seguros Sociales, a pagar a cada uno de los demandantes, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino, según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

1. Para el lesionado, el señor JORGE LUIS HERNÁNDEZ BELEÑO, la suma de cinco mil (5.000) gramos de oro en su condición de lesionado por la pérdida del órgano de la visión.



Para los menores ELIUT Y STEFANY HERNÁNDEZ VELAIDES tres mil quinientos (3.500) gramos de oro para cada uno, en su condición de hijos de la víctimas.

3. Tercero: Condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar a favor de mi poderdante los perjuicios materiales sufridos con motivo de la pérdida del órgano de la visión, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

1. El salario que mi poderdante devengaba antes de declararse la pérdida total del órgano de la visión o sea la suma de seiscientos cincuenta mil (\$650.000) pesos mensuales más un veinticinco (25%) de prestaciones sociales.

2. La vida laboral productiva del señor Jorge Luis Hernández Beleño, y el tiempo de acceder a una pensión de vejez por parte del mismo Seguro Social.

3. Actualización de dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el actual y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales.

4. La fórmula de matemáticas financieras aceptadas por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura”.

Se destaca que en el acápite de estimación de la cuantía se lee lo siguiente en lo referente a los perjuicios materiales:

“En cuanto a los perjuicios materiales los estimo a la fecha de la presentación de la demanda en más de cuatrocientos millones pesos (\$400.000.000) en razón de la vida productiva laboral del accionante en un sueldo de \$650.000 mensuales”.

2. Fundamentos de hecho

La parte demandante puso de presente los siguientes hechos y circunstancias como fundamento de sus pretensiones:

“1. Mi poderdante el señor JORGE LUIS HERNÁNDEZ BELEÑO estaba adscrito a salud en el ISS a partir del día 12 de agosto del año 1994, el cual trabajaba con la empresa ALUMINIO REYNOLDS SANTO DOMINGO, suministrado por una bolsa de empleos Asigama Ltda.



2. El día 4 de julio de 1999 se trasladó de urgencias al ISS a las 11:25 am con un problema en el ojo derecho y fue obstuldado (sic) por el oftalmólogo adscrito RAMIRO ARTETA GUZMÁN.

3. El doctor RAMIRO ARTETA GUZMÁN, oftalmólogo, diagnosticó catarata en el ojo derecho y manifestó que tenía que ser intervenido quirúrgicamente.

4. EL ISS le solicita a mi poderdante cumplir con una serie de requisitos previos para la intervención quirúrgica.

5. El señor JORGE LUIS HERNÁNDEZ BELEÑO era trabajador de la empresa Aluminio Reynolds Santo Domingo y desempeñaba un cargo de operador calificado, en razón que operaba la máquina más compleja y considerada en la planta de alto riesgo ya que esta tiene una cantidad de cuchillas y es maniobrada a mano por el operador. Un simple descuido puede causar daño al operador.

6. El ISS, dentro de los trámites para llenar la formalidad requerida por el ISS, solicitaron (sic) una ecografía, biometría, electrocardiograma, examen del tórax y otros a pesar que mi cliente se los habían realizado no permitían la práctica de la intervención quirúrgica por inconvenientes de la misma institución.

7. Para la práctica de la cirugía en vista que mi (sic) problema de catarata en ese ojo dificultaba mi labor realizada en la empresa, mi poderdante interpuso un derecho de petición, que la entidad hizo caso omiso, y en las reiteradas ocasiones en que mi poderdante insistió para que le solucionaran su molestia en el ojo derecho fue atendido por el subgerente del ISS, y este remitió de inmediato donde el facultado doctor HARRY ROMERO.

8. El Doctor HARRY ROMERO lo valoró y lo envió a practicar los mismos exámenes por estar vencidos los anteriores (exámenes para cirugía).

9. El doctor HARRY ROMERO programó a mi poderdante para la cirugía el día 10 de mayo del año 2001 y realizó la cirugía en la fecha calendada sin más detalles, **téngase en cuenta señores magistrados el tiempo transcurrido de la urgencia donde el doctor Ramiro Arrieta Guzmán determinó intervención quirúrgica inmediata el día 4 de julio del año 1999 y el tiempo en que se accede por parte del ISS a intervenir quirúrgicamente (resalto con intención).**

10. El ojo derecho de mi poderdante en el periodo de recuperación seguía molestando pero lo peor fue que la disminución visual de ese ojo se perdió totalmente (sic), contrario a lo manifestado por el Doctor HARRY ROMERO que eso era una intervención quirúrgica simple por tratarse de una simple catarata.



11. Siempre que mi poderdante se dirigía al ISS para buscar al Doctor HARRY ROMERO, este nunca lo atendía y se negaba a atenderlo, por causalidad lo encontró en esa institución y mi poderdante le hizo varias preguntas acerca de su caso que él había quedado ciego de ese ojo y que anteriormente con la catarata él veía y este le contestaba con respuestas evasivas de su responsabilidad frente a la lesión de mi (sic) órgano visual.

12. El doctor HARRY ROMERO, médico del ISS nunca le importó la recuperación de mi poderdante en razón que nunca lo atendió después de haberlo intervenido quirúrgicamente, por insistencia de mi poderdante este pudo localizarlo y le manifestó el doctor Harry Romero (sic) que la operación fue sencilla, que no había forma de establecer complicación alguna.

13. El doctor Harry Romero médico del ISS lesionó el órgano de la visión de mi poderdante y tanto así que misteriosamente la historia clínica de mi poderdante había desaparecido y no se encontraba. El Doctor HARRY ROMERO sabía que si me (sic) había lesionado su obligación era remitirme donde el retinólogo dentro de los 15 días siguientes a la cirugía pero este con ese conocimiento médico y por procedimiento se sabe que cuando se lesiona la retina el paciente debe ser enviado a donde el retinólogo para su intervención quirúrgica y poder restaurarla porque si pasan esos 15 días no hay nada que hacer por la retina.

14. En vista que no aparecía la historia clínica de mi poderdante y como este había perdido la visión en ese ojo, se presentaron más complicaciones como la caída de los párpados, lo que los médicos llaman TOPSIS PALPEREBAL por lo que se afecta una musculatura y por lo que el orbicular del ojo afectado acciona independientemente al otro ojo, es decir, mientras que con un ojo normal observa mi poderdante algo, el ojo afectado se desestabiliza que muchas veces pierde el círculo negro (sic) y solamente se puede apreciar la parte blanca del ojo.

15. Con todos esos inconvenientes mi poderdante se dirige al ISS, al doctor HARRY ROMERO, médico causante de esta lesión y comentándole el dolor inmenso que siente, junto con el cerramiento del ojo y lo expuesto en el punto anterior, me manifestó (sic) que el 15 días me enviaba al retinólogo porque él ya había hecho la operación y que esperara la cita con el retinólogo. Cita que nunca este la mandó, ni la gerencia del ISS hizo algo por mandarlo.

16. En vista que el problema de mi poderdante se agravaba más con el tiempo en su desespero interpuso acción de tutela contra el ISS ante el juez octavo civil del circuito de Barranquilla por encontrarse este sin que se le definiera su situación por parte del médico tratante adscrito al Instituto de Seguros Sociales, quien era quien tenía que remitirlo al especialista más aun no lo hizo, se le tuteló los derechos por parte del juez de tutela a la salud, la vida, a



la seguridad social, violados por el ISS, y se ordenó por parte del Juez Octavo Civil del Circuito en fecha 18 de octubre del año 2001, que se valorara a mi poderdante para determinar la secuela causada por una mala intervención quirúrgica.

17. La gerencia del ISS accedió a lo ordenado por el Juez Octavo Civil del Circuito, y le envió con el retinólogo Doctor CARLOS ABDALÁ CABALLERO, quien por el examen practicado manifestó que había una falla de cirugía por parte del doctor HARRY ROMERO. El doctor Carlos Abdalá, retinólogo intervino quirúrgicamente el día 31 de enero del año 2002, donde confirmó que no era posible rehabilitar visualmente ese órgano, manifestando además desprendimiento de retina recidivante, vitroretinopatía proliferativa amaurosis O.D.

18. Se procedió a enviar a la Junta regional de calificación de invalidez de Barranquilla a mi poderdante para seguir con el cumplimiento del fallo de tutela para determinar capacidad de pérdida laboral de la lesión de mi poderdante.

19. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Barranquilla Atl, calificó la lesión de mi poderdante en base (sic) a las historias clínicas y los conceptos de fecha 6 de octubre del año 2003 y concepto de 15 de noviembre del año 2003, conceptos del Doctor Carlos Abdala retinólogo del ISS, determinando la Junta regional una incapacidad permanente parcial del 36.07%, pérdida de la visión en el ojo derecho. Dictamen de fecha 6 de febrero del año 2004 con fecha de estructuración de la lesión 15 de noviembre de 2003.

20. Mi poderdante por parte de la empresa ASIGAMA LTDA, por solicitud de la empresa ALUMINIO REYNOLDS SANTO DOMINGO, por el peligro eminente a que estaba expuesto mi poderdante al operar con visión en solo ojo, dio por terminado el contrato de trabajo.

21. Esta lesión le causó un cambio total en la vida de mi poderdante y su familia al quedar cesante y sin trabajo y el daño moral y material causado en él como persona con trauma psicológico, al perder ese órgano de visión por una falla en el servicio del Instituto de Seguros Sociales.

(...)"

3. Oposición a la demanda y llamamiento en garantía

El ISS se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Resaltó que el fallo de tutela ordena la valoración del estado del paciente, requisito que el Instituto cumplió adecuadamente en respuesta a la orden judicial. Además,



de que ni la mencionada orden ni el dictamen realizado sobre la capacidad laboral del paciente permiten formular conclusiones conclusivas sobre la causa del detrimento en la salud del paciente, y mucho menos sobre la etiología del mismo en una falla del servicio médico por parte del médico Harry Romero.

Tampoco encuentra probada la parte demandada la aseveración según la cual el actor perdió su trabajo como consecuencia de la incapacidad (que a su vez atribuye a la falla en la atención médica) y, en todo caso, aclara que esta circunstancia habría de ser considerada por la jurisdicción ordinaria (laboral).

Propuso, así mismo, las excepciones de falta de jurisdicción, inexistencia de obligación, carencia del derecho reclamado, falta de causa para demandar y prescripción.

La primera, por cuanto, al tratarse el presente asunto de una entidad prestadora del Sistema de Seguridad Social Integral (como el I.S.S) y su beneficiario, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, según lo dispone el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. La segunda, por cuanto al no existir nexo causal entre la cirugía y el despido, no se puede imputar razonablemente al seguro social responsabilidad por este evento. La tercera, en la medida en que debido a la inexistencia de responsabilidad no existe tampoco derecho alguno que el actor pueda reclamar al Instituto. La cuarta, por cuanto al no existir nexo causal con el daño alegado ni tampoco derecho a la reparación, el actor carece de legitimación en la causa. Por último, alega la prescripción por cuanto el hecho a partir del cual presuntamente se estructura el daño alegado por el acto es el 10 de mayo de 2001, razón por la cual la demanda presentada el 11 de noviembre de 2002 se ha de entender extemporánea.

Por último, en escrito separado el Instituto de Seguros Sociales solicitó el llamamiento en garantía del médico Harry Romero, quien realizó la operación de cataratas de la que el actor sostiene se derivó su detrimento visual. El médico Romero fue vinculado mediante auto de 5 de mayo,



revisado el 21 de mayo de 2008 por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

4. Alegatos de conclusión.

4.1. Parte actora

La parte actora insistió en que en el caso *sublite* está acreditada la falla en la atención médica. Así, destacó que no hay duda sobre la demora de aproximadamente dos años entre la primera valoración del paciente y orden de cirugía por parte del oftalmólogo Ramiro Arteta Guzmán y la realización efectiva de la operación y resaltó el hecho de que el mismo médico declaró ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, que tal demora “indudablemente” afectó al paciente en tanto que significó un detrimento en su calidad de vida.

En relación con lo anterior resalta, así mismo, que en el plenario obran copias del proceso de tutela y el derecho de petición presentado al Instituto de Seguros Sociales por el hoy actor, así como las contestaciones que en su momento dio la entidad demandada, en las que consta que el motivo que no se realizara la cirugía fue la falta de recursos.

Así mismo, destaca que está probado el desprendimiento de retina sufrido por el paciente y la remisión tardía al retinólogo, quien lo atiende el 5 de diciembre de 2001, esto es casi seis meses después de que se presentara la complicación, a lo que añade, que consta en la declaración del retinólogo tratante que la pérdida de visión se tornó irreversible a causa del tiempo transcurrido desde la producción de la lesión. También destaca que según las declaraciones del profesional, la inmediatez del tratamiento es uno de los factores que más incide en las posibilidades de recuperación en casos de desprendimiento de la retina.

4.2. Parte demandada



La demandante insiste en que en el *sublite* no hay fundamento para la declaración de responsabilidad, toda vez que al paciente se le brindó la atención requerida, siguiendo los protocolos usuales, esto es, previa práctica de los exámenes requeridos.

5. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y accedió parcialmente a las pretensiones.

En lo que concierne a la excepción de falta de jurisdicción precisó que el art 2 de la Ley 712 de 2001 no se aplica a las controversias sobre la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, señala que la Ley 1107 de 2006 varió el criterio rector de la cláusula general de competencia de lo contencioso administrativo, estableciendo la primacía del criterio orgánico o subjetivo. En virtud de lo anterior, dado que para la fecha de la demanda la naturaleza jurídica del ISS era de Empresa Industrial y Comercial del Estado, el juez competente era el de lo contencioso-administrativo.

En lo que atañe a la excepción de caducidad aclaró que en materia de responsabilidad médica la oportunidad para interponer la acción no se computa desde el momento del hecho generador del daño sino desde el momento en que se tiene pleno conocimiento sobre su naturaleza, lo cual ocurrió, en el caso concreto, el día 15 de febrero de 2003, fecha en que el retinólogo Carlos Abdalá certificó la irreversibilidad del desprendimiento de retina.

Declaró la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que encontró plenamente demostrado el daño, la atención defectuosa y el nexo de causalidad entre una y otra.

Calificó como defectuosa la atención prestada por el servicio social toda vez que (i) consta que transcurrió un lapso superior a un año y cinco meses entre la fecha del diagnóstico de la catarata y la primera intervención



que (ii) No hay prueba de que la dilación fuera imputable al paciente y, en cambio, la contestación de Instituto de los Seguros Sociales al hoy actor sugiere que este último reclamó por la mora en la práctica de la cirugía, (iii) la pérdida de la visión sobrevino después de la operación de cataratas, (iv) la entidad demandada no programó ningún control postquirúrgico (v) la revisión realizada por el retinólogo Carlos Abdalá no fue programada *motu proprio* por la entidad accionada sino que fue necesario que el paciente interpusiera una acción de tutela para su programación, y (vi) transcurrieron más de ocho meses entre la práctica de la cirugía de catarata y el procedimiento de vitrectomía con endolaser y retinoplexia.

En lo que respecta al vínculo de causalidad entre el daño y la atención prestada en por el Instituto de Seguros Sociales resaltó que el retinólogo Carlos Abdalá, quien atendió al señor Hernández Beleño tras el desprendimiento sufrido, señaló que en este tipo de casos suele tener una alta probabilidad de éxito (cerca del 90%) cuando la atención es oportuna.

Liquidó en abstracto los perjuicios morales, indicando la obligatoria aplicación de los siguientes parámetros:

- Valor del salario mensual de la víctima, incrementado en un 25% correspondiente a prestaciones sociales.
- Vida laboral productiva y tiempo que le faltaba para acceder a la pensión de vejez.
- Actualización de la cantidad resultante acorde con el índice de precios al consumidor.
- Fórmula aceptada por el Consejo de Estado para la liquidación del lucro cesante en caso de incapacidad.
- El porcentaje de incapacidad.

Explicó además, que la liquidación no puede ser en concreto, toda vez que no existe certeza sobre el monto de los ingresos del señor Hernández Beleño ni sobre su régimen pensional.



Por su parte, reconoció veinticinco (25) smlmv a la víctima directa y quince (15) smlmv a cada uno de sus hijos por concepto de perjuicios morales.

6. Apelación

La parte actora controvierte la liquidación de perjuicios morales en lo que respecta al monto reconocido y a la negación de la condena en costas.

“En lo que tiene que ver con el monto indemnizatorio estima “diferimos en cuanto a la tasación de los perjuicios morales, los cuales han sido tasados muy por debajo de los daños realmente sufridos por mi representado, por la pérdida de la visión del ojo derecho porque no solamente se debe tener en cuenta el dolor aflictivo sino también los problemas sociales y los traumas psicológicos sufridos por el señor Jorge Hernández Beleño, al verse sin su ojo derecho. Es de anotar que no solamente perdió su visión sino que también su ojo derecho no lo tiene, o sea que únicamente tiene su ojo izquierdo para desarrollar sus actividades diarias y para suplir sus demás necesidades.

Consideramos que la tasación de los perjuicios morales, tanto para el señor Jorge Hernández Beleño, debe incrementarse adicional a lo de la sentencia en un 100% al igual que los perjuicios morales hacia sus menores hijos en igualdad de porcentaje”

La parte demandada interpuso, así mismo, recurso de apelación, empero, este no fue aceptado por cuanto quien se presentó como su apoderada no acreditó tal calidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Jurisdicción y competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 15 de julio de 2009 por cuanto la pretensión mayor excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación, en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época de presentación de la demanda¹.

¹ Para el momento de presentación (2004) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$51.730.000 y la pretensión mayor consignada en la



Ahora bien, en cuanto respecta a la cuestión planteada sobre la jurisdicción para conocer de los asuntos que involucran la responsabilidad de las EPS, la Sala reitera lo sostenido por el *a quo* y, en general, por la jurisprudencia uniforme de esta Corporación, en el sentido de que, incluso bajo la aceptación de la regla invocada por la parte actora, ésta nunca se entendió aplicable a los supuestos relativos a la responsabilidad estatal, amén de que, efectivamente, la Ley 1107 de 2006 establece el criterio subjetivo para la determinación de los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Legitimación en la causa

2.1. Sobre la legitimación en la causa por activa

Se acepta así mismo, la legitimación de los actores, por cuanto, por una parte está acreditado que el señor Jorge Luis Hernández Beleño fue atendido en un centro médico del ISS, donde recibió valoración por oftalmología y retinología y operado dos veces. Así mismo, hay constancia de después de la primera cirugía el paciente presentó un desprendimiento de retina que resultó ser irrevésible, y de que los menores Eliut y Stefany Vanesa Hernández Velaides son hijos del señor Jorge Luis Hernández Beleño (registros civiles a folio 119 y 120, c. 2).

2.2. Legitimación en la causa por pasiva

Por otra parte, dado que lo que se controvierte en el *sublite* es la responsabilidad derivada por alegadas dilaciones o fallas en la prestación del servicio médico por parte del ISS, se tiene por inconcuso que la entidad demandada está legitimada en la causa por pasiva.

3. Caducidad de la acción

demanda, asciende, según se precisa en la demanda a \$400.000.000, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales.



De acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 8, “*la de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa*”². Ahora bien, en lo específicamente referente al cómputo de la caducidad en casos de responsabilidad médica, ha sido pacíficamente admitido que la regla antedicha debe aligerarse, en aquellos casos en los que la naturaleza del daño no es conocida de modo concomitante a su causación. Así, por ejemplo, en sentencia de 24 de marzo de 2011³ se señaló:

“En materia médico - sanitaria la regla general se mantiene inalterable, esto es, que el cómputo del término inicia a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho, omisión u operación que desencadena el daño, lo cierto es que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estas dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación. En el segundo escenario el paciente tiene pleno conocimiento del daño pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente; entonces, si el paciente padece el daño y, por lo tanto, conoce el hecho o la omisión y el daño antijurídico, pero no ha sido expedido un diagnóstico concluyente, sino que, por el contrario es parcial o temporal, no es posible radicar en cabeza de la persona el deber de demandar o accionar puesto que no conoce, hasta el momento, las condiciones de la lesión, esto es, si es definitiva, temporal, parcial, total, reversible o irreversible, etc. Es necesario insistir que el matiz

² Respecto de la declaratoria de oficio de la caducidad esta Corporación ha señalado: *Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. (...) Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial. La caducidad ha sido entendida como la extinción de la posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva.* Consejo de Estado, Sentencia del 5 de marzo de 2015. MP. Danilo Rojas Betancourth.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2011, rad. 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), C.P. Enrique Gil Botero.



...ducido sólo tiene aplicación sobre la base de que la demanda se relaciona con la responsabilidad extracontractual del servicio sanitario, salvedad que quedó contenida en la sentencia de 14 de abril de 2010. (...) en el caso concreto la caducidad no hace parte del debate probatorio y, además, la interposición de la acción fue en tiempo porque los dos años empezaron a contarse desde noviembre de 1994, fecha en la que fue extraído el oblito quirúrgico que fue dejado en la humanidad de William Humberto al ser intervenido por el ISS”.

Siendo así, y con el propósito de establecer la fecha del diagnóstico definitivo se tiene que, según se desprende del libelo el día 31 de enero de 2001 el retinólogo Carlos Abdalá en razón de la intervención quirúrgica al señor Jorge Hernández Beleño le manifestó que el daño en su retina era irreversible. Por otra parte, en el resumen de la historia clínica, aportado al proceso, y elaborado por el Instituto de Medicina Legal señala que el tratamiento deviene en improcedente por nula perspectiva de mejoría según se anota el 22 de junio de 2002, aunque la anotación citada por el Instituto de Medicina legal no coincide con lo que aparece en la historia clínica (incompleta) aportada al proceso. En todo caso, tal apreciación es consistente con lo declarado por el retinólogo Carlos Abdalá, quien manifestó al *a quo* que inmediatamente después del tratamiento el paciente mostró signos de mejoría, pero que posteriormente la retina volvió a desprenderse de modo definitivo. En sus palabras:

“El paciente fue sometido a una cirugía vítreo-retiniana en enero de 2002 (vitreoctomía con endoláser y silicom más retinoplexia quirúrgica más extracción del lente ocular más retinectomía periférica) consiguiéndose la reaplicación anatómica de la retina y presentándose un desprendimiento de retina a los tres meses posquirúrgico. Esto debido a una vitreoretinopatía proliferativa severa que es una complicación y causa frecuente de desprendimiento de retina. El paciente, debido a esto, presentó una pérdida de la función visual sin recuperación de visión del ojo derecho. (...) Quiero aclarar que no he visto al paciente en consulta desde junio de 2002” (f. 250, c, 3)

Ahora bien, independientemente de que se entienda que el conocimiento de la irreversibilidad de la lesión fue pleno en enero o en junio de 2002, la conclusión no varía: dado que la demanda fue interpuesta el 15 de octubre de 2004, se configuró la caducidad.

Resulta, sin embargo, necesario analizar dos posibles objeciones respecto de esta conclusión. La primera es que aunque en el resumen de la Historia



Conocido en cuenta por el Instituto de Medicina Legal figura que el carácter definitivo del daño fue conocido en junio, lo cierto es que en la historia clínica, que figura incompleta en el expediente, la primera mención de la irreversibilidad está fechada en noviembre de 2003 y aparece en la hoja de remisión a la Junta regional de invalidez, manuscrita y firmada por el retinólogo Carlos Abdalá. Un poco anterior a este documento es la certificación de 13 de septiembre del mismo año, en la que el mismo médico declara que el daño en la retina es incurable y que no es recomendable que el paciente siga desempeñando su oficio dada la alta exigencia de precisión visual.

La segunda objeción consiste en que a pesar de que la irreversibilidad de la lesión se conociera desde el primer semestre de 2002, lo cierto es que el dictamen final sobre la capacidad laboral, de marzo de 2004, es el punto a partir del cual es dable considerar que el conocimiento de la naturaleza y permanencia de la lesión únicamente fue pleno hasta que se contó con esta valoración.

A la primera objeción se ha de responder que no obstante la falta de fragmentos de la historia clínica en el expediente, lo citado en el dictamen de medicina legal y las declaraciones del retinólogo Carlos Abdalá son coincidentes, y bastan para tener por cierto que el tratamiento concluyó definitivamente en Agosto. Más aún, el mismo demandante manifiesta haber tenido conocimiento de la irreversibilidad de la lesión más de un año antes del certificado de septiembre de 2003 o del dictamen de la junta regional de valoración de la incapacidad esto es, en enero de 2002. En este sentido, el certificado de septiembre de 2003 y la nota de remisión a la junta de valoración han de entenderse simplemente como confirmaciones de un estado previamente conocido.

Por otra parte, a pesar de que reiterada jurisprudencia ha interpretado que el inicio del cómputo de la caducidad corresponde al momento del conocimiento del daño, el cual, se ha identificado, en varias ocasiones, con el momento del dictamen-médico laboral. Al respecto vale mencionar que, no resulta del caso fijar reglas generales respecto del conocimiento



infracción del daño a la salud, al punto que esta sala ha considerado que debe establecerse casuísticamente; esto es, habrá casos en los que la naturaleza la naturaleza e irreversibilidad del daño a la salud solo llegan a conocerse plenamente en el momento en que se valora la incapacidad por la autoridad competente; en tanto en otros, de entrada es dable establecer tal conocimiento sin que para el efecto se requiera información autorizada.

Ahora, en el caso concreto se conoce que el tratamiento fue suspendido debido a la imposibilidad de reversar el desprendimiento de retina, el paciente conoció el carácter definitivo de la pérdida ocular, así como de la clase de padecimiento en cuestión e incluso su etiología. Por otra parte, se ha de precisar que en el caso concreto, el dictamen de la Junta Regional de Valoración de la Incapacidad únicamente traduce en términos cuantitativos la gravedad de la lesión, conocida cualitativamente desde el primer semestre de 2002. Todo ello obliga a concluir que la parte actora no presentó la acción dentro del término legalmente previsto. Lo último si se considera que la consumación del daño se conoció el 22 de junio de 2002 y la demanda se presentó el 15 de octubre de 2004, esto es, dos años, tres meses y veintidós días después.

7. Costas

Solicita igualmente la parte actora que se condene en costas a la parte demandada. Se observa, sin embargo, que en el caso concreto no se cumplen los requisitos para su causación, por cuanto no se observa que la parte pasiva incurriera en conductas temerarias o contrarias a la buena fe, en su actuación procesal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B"

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo del Atlántico



SEGUNDO.- DECLARAR probada la caducidad de la acción.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada