



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

**Medio de Control:** Reparación Directa  
**Demandante:** Javier Herrera Díaz y Otros  
**Demandado:** E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo y Otros  
**Radicación:** 73001-33-33-003-2018-00023-00

### ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Reparación Directa impetrado por **Javier Herrera Díaz** en nombre propio y representación de los menores **Julieth Dayanna Herrera Mancera y Maicol Herrera Mancera**, actuando por intermedio de apoderado judicial, contra el **Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., Capital Salud E.P.S.-S. S.A.S. y la Superintendencia Nacional de Salud**.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. DEMANDA (Fol. 48-50 foliatura física)

Pretende la parte actora que se declare al **Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., Capital Salud E.P.S.-S. S.A.S. y la Superintendencia Nacional de Salud**, patrimonial y administrativamente responsables por la falla en el servicio médico, al no remitir de manera eficaz y oportuna al señor Javier Herrera Díaz a un especialista Cirujano de Mano, a fin de que se le reconstruyera y restauraran los dedos que previamente se le habían amputado en accidente de trabajo sufrido el 27 de febrero de 2016 en el municipio del Guamo.

Como consecuencia de lo anterior, pide que se les condene a pagar los perjuicios de orden moral, material y de daño a la vida de relación que fueron causados a los demandantes.

#### 2. HECHOS (Fol. 42-48 foliatura física)

Como sustento fáctico relevante, se dice que:

2.1. El señor Javier Herrera Díaz desempeña la actividad de ebanista-carpintero como trabajador independiente en el municipio del Guamo, actividad de la cual obtiene su sustento y el de sus 2 menores hijos.

2.2. En el ejercicio de su actividad económica, el 27 de febrero de 2017(sic) (entiéndase 2016) sufrió accidente con una pulidora, siendo esta una de las máquinas de su trabajo, lo cual le generó la amputación total de 3 de las falanges distales de su mano izquierda, así como una herida con lesión del lecho y lámina ungueal del meñique, herida en el pulpejo del pulgar de la mano izquierda.

2.3. Por lo anterior, ingresó por urgencias a la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo, llevando consigo en una nevera con hielo las falanges al centro hospitalario, en procura de una solución quirúrgica, tomando medidas de asepsia y antisepsia.

2.4. En la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo se le diagnosticó amputación traumática de dos o más dedos (completa) (parcial), politraumatismo de alta energía y alto riesgo de infección, por lo que se le realizó curación y manejo con primera dosis de antibiótico y colocación de tetanol.

2.5. Pese a haber sido ingresado al centro hospitalario a las 11:19:12 horas del 27 de febrero de 2016, solo hasta las 02:15:22 horas del 28 de febrero de 2016 el paciente fue entregado al paramédico de la ambulancia para su remisión a la Clínica Medical PRO&NFO de la ciudad de Bogotá D.C., para valoración por cirugía de mano, al obtener la autorización de la EPS SAS Capital Salud.

2.6. Durante las cerca de 18 horas en que estuvo ingresado en la E.S.E. demandada, solo recibió consulta general a las 05:55:31 horas por médico de urgencias y luego de realizarle impresión diagnóstica, se consideró que su manejo podía ser ambulatorio; a las 09:37:06 horas se le realizó un lavado con solución salina y dedos con vendajes elásticos, en trámite para remisión.

2.7. A las 11:09:32 horas, según historia clínica, no había sido posible la remisión, lográndose únicamente comunicación con cirujano de mano para pedirle concepto, enviándosele fotos, que tal galeno refirió (según la parte médica) que por las heridas tan irregulares era muy probable que no se le pudiera hacer el injerto de los dedos, que en todo caso no se trataba de una cirugía vital y lo más probable era que se le realizase una remodelación de muñones.

2.8. El egreso se presentó a las 02:20:00 horas del 28 de febrero de 2016, el servicio de ambulancia del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. funcionó mal, pues durante las casi 18 horas en que estuvo ingresado en la referida E.S.E. no se realizó ningún movimiento, ni se registró la causa para no haberse efectuado el traslado del paciente a la ciudad de Bogotá, aunado a que no hubo reciprocidad del centro hospitalario frente a las expectativas de recuperación del paciente, siendo el centro hospitalario demandado frío e indolente, sumado al conformismo del personal médico a simplemente buscar apoyo y asesoría vía telefónica en otras instituciones de salud, perdiéndose momentos valiosos que bien hubieran podido solucionarse de haberse tomado una decisión oportuna, pronta y eficaz, primando en la atención del demandante, el que no se trataba de una urgencia vital, consignándose que lo más probable era la realización de una remodelación de muñones, castigando al paciente a perder inexorablemente sus dedos, cuando la ciencia médica permite lo contrario, siempre que se actué con rapidez y se preste una atención eficiente y eficaz, la cual no se vio por parte de la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo.

2.9. Tal situación se reafirma con el hecho de que al momento de ingresar a PRO&NFO IPS, de manera verbal le es informado por el personal médico, que por haber transcurrido más del tiempo indicado para la restauración, ya era imposible desde el punto de vista médico tal solución, quedando como única alternativa la remodelación de muñones por amputación traumática de los dedos dos, tres y cuatro de la mano izquierda

2.10. Frente a la Superintendencia Nacional de Servicio de Salud, ésta no ha exigido o impuesto los protocolos que se deben seguir para esta clase de urgencias y procedimientos, a fin de evitar que las instituciones de salud manejen estos bajo criterios independientes y personales, lo cual haría que el personal médico y paramédico se someta un mismo protocolo a fin de no exponer al paciente a largas horas de espera, sometiéndolo a lo que decida un paramédico o funcionario que no está lo suficientemente calificado para manejar una urgencia de esta naturaleza.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### 3.1. E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo (Fol. 88-114 foliatura física)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; promueve la excepción de ***Inexistencia de la relación de causalidad entre el acto médico y el daño***, que en síntesis plantea que la atención que recibió el paciente, una vez ingresó al hospital demandado, fue oportuna, diligente y el tratamiento y procedimiento brindado por el personal médico y auxiliar fue el adecuado al tipo de lesión con motivo del accidente laboral por parte de una institución de Nivel I.

### 3.2. Superintendencia Nacional de Salud (Fol. 141-155 foliatura física)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en la demanda; plantea las excepciones que denomina ***Hecho de un tercero, Falta de legitimación en la causa por pasiva, e inexistencia de nexos causal, Causa eficiente – determinación, Inexistencia de la obligación y Falta de requisitos para elevar la acción de reparación directa***, las cuales apuntan a que no se puede predicar una responsabilidad administrativa y solidaria de tal superintendencia, en razón a que las funciones y competencias de inspección, vigilancia y control a ella asignadas,, no son la causante del presunto perjuicio sufrido por la parte demandante, por lo que no existe un nexo de causalidad entre el aparente daño antijurídico y las funciones o actuaciones desarrolladas por la SuperSalud, como quiera que esta no cumple funciones médico asistenciales.

### 3.3. Capital Salud EPS-S S.A.S. (Fol. 159-163 foliatura física)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; alega como excepciones de mérito las de ***Ausencia de actividad probatoria de la parte actora, Inexistencia de nexos causal, Inexistencia de culpa y Cumplimiento de la obligación de medio brindada por el equipo médico***, indicando que la EPS-S demandada cumplió con todas las obligaciones que en virtud de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud existieron a su cargo, dentro de los parámetros de cubrimiento dispuestos por la normatividad.

### 3.4. Llamada en garantía - Seguros del Estado S.A. (Fol. 208-215 foliatura física)++++

Se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, haciendo la manifestación respectiva frente a los hechos narrados en el libelo inicial; como argumentos de defensa esgrime las excepciones denominadas ***Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad, Inexistencia y falta de acreditación de la obligación que se pretende se indemnice, Inexistencia de mala atención o mala praxis médica, Inexistencia de la obligación de indemnizar, Principio de la indemnización e improcedencia de pagos no pactados en la póliza por no cobertura o límite del valor asegurado y La obligación que se endilgue a Seguros del Estado ha de ser en virtud de la existencia de un contrato de seguros conforme los términos establecidos en la póliza No. 25-03-101002575***

## 4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 29 de enero de 2018 y admitida a través de auto fechado 20 de febrero de 2018, disponiendo lo de ley (Fol. 65), vencido el término de traslado para contestar, la E.S.E. demandada realizó un llamamiento en garantía a Seguros del Estado, el cual fue admitido mediante auto del 3 de septiembre de 2018 (FI 10 C. Llamamiento en Garantía Hospital San Antonio), a su vez la demandada Capital Salud EPS

llamo en garantía al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., el cual fue rechazado mediante auto del 4 de septiembre de 2019 (FI 10 C. Llamamiento en Garantía Capital Salud EPS). Seguidamente, mediante auto del 30 de julio de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (FI. 246), la cual se llevó a cabo el día 27 de septiembre del año 2019, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes; en ella se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, y se decretaron pruebas (Fis. 286-289). El día 19 de febrero de 2020 (Fis. 349-351) se adelantó la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 del C.P.A.C.A, en la que se evacuó la prueba decretada, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, derecho del cual hicieron uso la E.S.E. demandada, Capital Salud EPS, la SuperSalud, la llamada en garantía, así como la parte actora, tal y como se evidencia en constancia secretarial obrante a folio 375 del expediente, cuyos argumentos serán objeto de análisis en este fallo.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **5.1. Parte demandante** (Fol. 359-365)

Sostiene que existe mérito para acceder a las pretensiones incoadas en la demanda; reitera los argumentos planteados en la demanda, planteando que en el presente asunto ya que se demostró que el daño sufrido por el hoy demandante se debió a no haber sido atendido y trasladado a la IPS con la prontitud requerida para evitar la pérdida definitiva de los dedos amputados en el accidente sufrido; arguye que existió negligencia del cuerpo médico, por cuanto pese a que en la atención inicial al paciente fue clasificado como Triage 1, se limitaron a realizar una llamada telefónica a un supuesto médico cirujano de mano, al que solo se le enviaron unas fotos con las que emitió el concepto de que muy probablemente por las heridas tan irregulares no se le podían insertar los dedos, que no era una cirugía vital y que lo más probable es que se realizara remoción de muñones, por lo que se debía continuar con los trámites de remisión.

Arguye que no fue posible la pronta remisión del paciente debido a que Capital Salud EPS-S pertenece al régimen subsidiado y es financiada por el Estado, concluyendo que por tal razón no tenía los contratos requeridos en diferentes ciudades para atender este tipo de contingencias, incluida Ibagué, siendo viable únicamente la ciudad de Bogotá y de Villavicencio.

Reitera que se presentó una demora inexplicable en el traslado del paciente a la ciudad de Bogotá una vez fue aceptada la remisión por parte de Clínica Medical Proinfo a las 3:44 p.m. del 27 de febrero de 2016, y que en vez de trasladar al señor Javier Herrera Díaz en una ambulancia de la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo, se perdió tiempo valioso al solicitar la demandada Capital Salud EPS-S el servicio de traslado en ambulancia con *Global Life Ambulancias* a las 03:59 pm, y según la bitácora de la ambulancia, esta fue despachada a las 18:36 horas desde a ciudad de Bogotá llegado al Hospital San Antonio del Guamo a las 01:46 a.m. del 28 de febrero de 2016, saliendo de allí a las 02:26 a.m. y llegando a Medical Proinfo a las 05:27 a.m., quedando el paciente en cama a las 05:41 a.m. del 28 de febrero, perdiéndose tiempo valioso en el presente asunto, evidenciándose 7 y ½ horas de tránsito de la ambulancia para llegar a la E.S.E. del Guamo y 3 horas para retornar a la ciudad de Bogotá con el paciente.

Concluye que el resultado hubiese sido otro si la demandada Capital Salud EPS-S hubiese autorizado el traslado del paciente Javier Herrera Díaz en una de las ambulancias de la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo a la ciudad de Bogotá

## **5.2. E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo** (Fol. 353-356)

Indica que en el caso bajo estudio no existe prueba efectiva del nexo de causalidad, ni de falla del servicio por parte de la entidad demandada, puesto que está demostrado en el expediente que el hospital San Antonio del Guamo prestó de forma pronta la atención requerida por el paciente Javier Herrera Díaz, una vez este ingresó al hospital el 27 de febrero de 2016 y conforme a la capacidad de atención del primer nivel de complejidad de la E.S.E. demandada, por lo que se solicitó valoración a cirugía plástica de mano, quien refirió vía telefónica que debido a las heridas tan irregulares no le podían insertar los dedos nuevamente, refiriendo que no era una urgencia vital, empero la E.S.E. a través de su personal médico solicitó la remisión del paciente minutos después de la valoración del paciente, por consiguiente, concluye que el hospital demandado no incurrió en una falla en la prestación de servicio, al haber actuado de forma diligente prestando el servicio oportuno en la medida de sus capacidades.

Por otro lado, señala que la remisión de un paciente es competencia de la EPS a la que e encuentra afilia, siendo por tanto en el presente asunto obligación de Capital Salud EPS-S realizar el proceso de autorizar del traslado del paciente a una entidad de mayor complejidad; que la remisión fue aceptada el 27 de febrero aproximadamente a la una de la tarde, quedando supeditado el traslado al envío de la ambulancia de la EPS desde a ciudad de Bogotá, por cuanto no aceptaron el traslado en la ambulancia del Hospital del Guamo.

## **5.3. Capital Salud EPS-S** (fls. 357-358)

Afirma que con el material probatorio recaudado no se demuestra la ocurrencia de la falla del servicio en el caso sub examine, como quiera que es responsabilidad de la EPS-S demandada garantizar a través de la Institución Prestadora de Servicios la oportuna prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, situación que no fue desvirtuada en el presente asunto, como quiera que se encuentra demostrado en el plenario que al señor Javier Herrera Díaz se le prestó de forma oportuna, que el manejo dado fue el adecuado y conforme al protocolo médico, existiendo diligencia en la comunicación con el cirujano de mano; que la urgencia no fue catalogada como vital, pues se registró en la historia clínica como amputación y que dada la gravedad del daño ocasionado, no existía la posibilidad de ser reimplantados, pudiéndose únicamente efectuar remodelación de muñones, situación esta que es endilgable a la persona; concluye que no existió una mala praxis médica por parte de la E.S.E., toda vez que desde el ingreso del paciente, se le brindaron los servicios médicos requeridos.

Dice que lo mismo ocurre frente a la negligencia que se aduce en la demanda, pues no fue demostrada en la actuación para determinar que haya sido generadora de un daño, y que en todo caso la EPS-S demandada siempre le garantizó la prestación de los servicios que llegó a requerir para atender su patología.

## **5.4. Superintendencia Nacional de Salud** (fls. 366-370)

Reafirma en todo, los argumentos planteados en la contestación de la demanda, resaltando la falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de nexo causal en relación a la SuperSalud, entre otras excepciones. Afirma igualmente, a partir de las conclusiones del perito y lo expuesto en la historia clínica del demandante, que no se demostró que el señor Javier Herrera Díaz tuviese la posibilidad de que se le reimplantaran los dedos, por cuanto los médicos cirujanos fueron claros en establecer que debido a la forma en que se produjeron las lesiones, no era posible reincorporar los dedos a la mano, por consiguiente no se probó el supuesto daño causado.

## 5.5. Seguros del Estado S.A. - Llamada en garantía (fls. 371-374)

Indica que con el material probatorio recaudado, no se demuestra frente al hecho generador del daño que exista por parte del ente hospitalario negligencia, impericia o imprudencia de la que se pueda derivar responsabilidad, por el contrario, en el presente asunto el daño no surgió por la mala atención o errores en el procedimiento médico prestado al señor Javier Herrera Díaz, toda vez que la atención médica fue la adecuada de conformidad con el nivel de complejidad de la E.S.E. Hospital San Antonio del Guamo y que la remisión se realizó adecuadamente, según las condiciones del centro hospitalario.

## II. CONSIDERACIONES

Agotado el trámite de instancia, procede el Despacho a dirimir a continuación la controversia.

### 1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 6º y 156 numeral 6º *ibídem*.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si las entidades demandadas, son administrativamente responsables por los perjuicios que se dicen causados a los demandantes, como consecuencia de la presunta falla en el servicio médico, que desencadenó en la pérdida definitiva de 3 de las falanges distales de la mano izquierda del señor Javier Herrera Díaz, y de ser así, establecer si la responsabilidad por tales daños recae de manera conjunta o individual sobre las entidades demandadas.

Adicionalmente se determinará, en caso de ser condenada la E.S.E. demandada, si la llamada en garantía Seguros del Estado S.A. debe entrar a responder frente a su llamante el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y en qué porcentaje.

### 3. MARCO JURÍDICO

#### 3.1. *Responsabilidad patrimonial del Estado*

Existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo fundamento constitucional está consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, que preceptúa: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”*, lo cual supone la responsabilidad de cualquier autoridad pública, no solo por el actuar antijurídico de sus agentes, sino también por sus acciones lícitas que aunque estén encaminadas a la satisfacción de los fines esenciales del estado, devienen en antijurídicas, cuando imponen a los coasociados, una carga que no están en el deber jurídico de soportar.

Bajo este entendido, para que exista responsabilidad del Estado se requiere de la concurrencia de varios elementos, a saber: (i) el daño antijurídico, (ii) la

imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, (iii) el nexo causal entre el daño y el hecho de la administración.

A partir de la disposición constitucional trascrita, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad estatal está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde determinar en cada caso, el régimen de responsabilidad aplicable.

En el caso concreto, la parte actora en sus pretensiones solicita que se declare que los demandados incurrieron en falla del servicio médico que originó el daño consistente en la pérdida definitiva de los dedos de la mano izquierda del señor Javier Herrera Díaz, por la imposibilidad de serle reimplantados quirúrgicamente; en los enunciados fácticos se hace referencia a que la causa del daño fue la demora en la remisión y traslado del paciente a una entidad hospitalaria de mayor nivel, donde le podían realizar la cirugía de reimplantación de los dedos amputados, lo que se le atribuye de manera conjunta a la ESE y a la EPS demandadas.

Respecto de la Superintendencia Nacional de Salud, se le acusa de no haber exigido o impuesto los protocolos que se deben seguir para esta clase de urgencias y procedimientos, que determinaron la exposición del paciente a largas horas de espera para atender la urgencia.

Bajo ese hilo conductor, es claro para el Despacho que el título de imputación que se ajusta a las pretensiones de la demanda es el de **falla del servicio** por la actividad médica hospitalaria<sup>1</sup>, para lo cual le corresponde a la parte accionante, demostrar la ocurrencia de todos los elementos integradores de este tipo de responsabilidad, esto es, i) un daño antijurídico que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado, ii) una falla en la prestación del servicio por retraso, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del mismo, y iii) Un nexo de causalidad entre la falla o falta de prestación del servicio a que la Administración está obligada y el daño.

### **3.2. De la falla probada del servicio en los casos de responsabilidad médica.**

En relación con la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la prestación de servicios médicos, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>2</sup> luego de diversas posturas jurisprudenciales, ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable es el de falla probada del servicio; es así que dicho cuerpo colegiado en sentencia del 24 de julio de 2013 dentro del expediente No. 25000-23-26-000-2000-01412-01 Numero interno 30309, adujo que:

*“La Responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y en el año 2006, mediante Sentencia del 31 de agosto, volvió al régimen de falla probada, en razón de la complejidad de los temas médicos y la dificultad para las instituciones públicas en el ámbito probatorio, debido al tiempo que*

<sup>1</sup> Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Expediente: 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102).

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sentencias de 3 de mayo de 2007. Expediente: 17.280; 26 de marzo de 2008. Expediente: 16.085; 23 de abril de 2008. Expediente: 15.750; 28 de abril de 2010. Expediente: 20.087. Sentencia del 5 marzo de 2015, expediente 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102).

*transcurre y la cantidad de casos que manejan”, razón por la cual actualmente en “los casos de falla médica son revisados actualmente bajo el régimen de la falla probada del servicio, en el cual no solo debe demostrarse la existencia de un daño, sino también su imputabilidad a la entidad que se demanda”.*

Es que, a voces del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad médica, la presunción de la falla del servicio eliminaría del debate probatorio asuntos de suma importancia, como la distinción de hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, así como aquellos que puedan ser efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente; por tanto, trasladar al Estado la carga de desvirtuar dicha presunción, en una materia sumamente compleja, donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa. Y es que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre médicos y pacientes, hace más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio.

Por consiguiente, de manera reiterada determina el Consejo de Estado que debe ser una exigencia institucional, llevar de forma clara y completas las historias clínicas de manera tal *“que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos”*<sup>3</sup> establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que invoquen sufrir los pacientes como consecuencia de la prestación de un servicio médico.

### **3.3. De la atención en el servicio de urgencias**

De conformidad con el artículo 49 Constitucional, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, además un derecho fundamental, lo que supone un disfrute de bienes y servicios que puedan alcanzar el más alto nivel posible en el mismo. A través de la Ley 100 de 1993 se reguló el sistema de seguridad social en materia de salud, estableciéndose además de la atención de urgencias en todo el territorio nacional<sup>4</sup>, unos niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicio (Baja<sup>5</sup>, Media<sup>6</sup> y Alta<sup>7</sup>) y los niveles de atención<sup>8</sup> que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), donde el tercer nivel de atención incluye aquellas intervenciones o enfermedades de alta complicación y costo, que debido a ello requieren para su atención, del nivel más especializado y de la mayor calidad de atención humana, técnica y científica<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Sentencia del 22 de enero de 2014, Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección C, Rad. 25000-23-26-000-1999-01117-01(27076)

<sup>4</sup> Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

<sup>5</sup> Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

<sup>6</sup> Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

<sup>7</sup> Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.

<sup>8</sup> Los Niveles de Atención en la Salud se definen como la capacidad que tienen todos los entes prestadores de servicios de salud y se clasifican de acuerdo a la infraestructura, recursos humanos y tecnológicos.

<sup>9</sup> Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de satisfacción de los usuarios.

Por su parte, el Decreto 412 de 1992 reglamentó el servicio de urgencias, independientemente de la persona que solicite el servicio<sup>10</sup> y además dio las siguientes definiciones:

*“1. URGENCIA. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

*2. ATENCION INICIAL DE URGENCIA. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*

*3. ATENCION DE URGENCIAS. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.*

*4. SERVICIO DE URGENCIA. Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud para esa unidad.*

*5. RED DE URGENCIAS. Es un conjunto articulado de unidades prestatarias de atención de urgencias, según niveles de atención y grados de complejidad, ubicado cada uno en un espacio poblacional concreto, con capacidad de resolución para la atención de las personas con patologías de urgencia, apoyado en normas operativas, técnicas y administrativas expedidas por el Ministerio de Salud.*

*La red actuará coordinadamente bajo una estructura conformada por subsistemas de información comunicaciones, transporte, insumos, educación, capacitación y de laboratorios”<sup>11</sup>.*

Al respecto, si bien se establece que la responsabilidad de las entidades de salud está supeditada al nivel de atención y grado de complejidad, el Consejo de Estado- Sección Tercera en sentencia proferida el 18 de mayo de 2017 dentro del expediente 35613, indicó:

*“si bien la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud se circunscribe al nivel de atención y grado de complejidad que a cada una le determine el Ministerio de Salud, o el que haga sus veces, lo cierto es que ello no obsta para establecer la responsabilidad de las instituciones médicas en aquellos casos en que no se efectúa una correcta valoración del paciente o cuando se omite la remisión oportuna del mismo”.*

### **3.4. De la pérdida de oportunidad o chance**

Se debe precisar que en materia de responsabilidad médica, el Consejo de Estado acogió en su jurisprudencia, la tesis de la **“pérdida de un chance u oportunidad”**<sup>12</sup>, la cual consisten en que la falla en la prestación del servicio de

<sup>10</sup> Artículo 2º ibídem.

<sup>11</sup> Artículo 3 ibídem.

<sup>12</sup> Tomado de la doctrina francesa **“perte d’une chance”**. En sentencia de la Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755. Actora Elizabeth Bandera Pinzón. Demandado: I.S.S. dictada el día 26 de abril de 1999 se dijo: “Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’. Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

‘Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la **perte d’une chance**, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica, el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.

En relación a la responsabilidad por perjuicios causados con ocasión de la pérdida de oportunidad en la prestación de servicios médicos, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de abril de 2017 dentro del expediente No. 17001-2331-000-2000-00645-01 con número interno 25706, con ponencia del Consejero Ramiro Pazos Guerrero, indicó que:

*“[...] la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.*

*Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima”.*

En la referida sentencia del 5 de abril de 2017, el órgano de cierre modificó y precisó los elementos constitutivos del daño de pérdida de oportunidad, siendo estos 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; definiendo cada uno de estos elementos, así:

***“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.*** *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la*

---

(...)

En conclusión, la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir” [Énfasis del texto]. Reiterada en la Sentencia 12548 del quince (15) de junio de dos mil (2000). Consejera Ponente MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

“aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.

(...)

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

**Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

Así mismo, de forma reiterada el Consejo de Estado ha establecido como exigencia en casos de pérdida de oportunidad que, para poder exigir a reparación de tal daño, se debe demostrar cual era la probabilidad que tenía el perjudicado.

**“Ya la jurisprudencia de esta Corporación ha hecho alusión a la exigencia de que para la reparación de la pérdida de una oportunidad se demuestre, de manera clara, cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba o de evitar el detrimento que le fue irrogado, de modo que “la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica”<sup>13</sup>.** (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En consecuencia, bajo los anteriores precedentes jurisprudenciales puede extraerse que, en los casos de pérdida de chance u oportunidad, debe demostrarse con suficiencia probatoria, la probabilidad cierta que tenía el perjudicado de evitar el daño irrogado; es decir, en materia de responsabilidad médica-sanitaria debe quedar establecido en el proceso la posibilidad científica de recuperación del paciente y que aquella pérdida de oportunidad se debió a omisiones o acciones de la Administración.

#### **4. PRUEBAS RELEVANTES PRACTICADAS.**

##### **Pruebas documentales:**

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación: 15.772. reiterada, entre otros en sentencia 11 de agosto de 2010. Rad. 18593 C.E., Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, véase también Sentencias: 8 de junio de 2011, Rad. 19001-23-31-000-1997-03715-01(19360), C.P. Hernán Andrade Rincón, 16 de septiembre de 2011, Radicación número: 88001-23-31-000-1998-00031-01(22030), C.P. Gladys Agudelo de Ordoñez.

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 38-39

Decantados los parámetros jurisprudenciales actualmente imperantes y que resultan aplicables para resolver el problema jurídico, conviene descender en el examen de los elementos de juicio obrantes en el plenario, y sobre los que se erigirá la respectiva decisión de fondo, dentro de los cuales se destacan entre otros, los siguientes:

- Registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía del señor Javier Herrera Díaz (Fol.4-9).
- Registros civiles de nacimiento y documentos de identidad de Julieth Dayanna Herrera Mancera y Maicol Herrera Mancera (Fol.4-9), que acreditan su parentesco como hijos de la víctima directa, señor Javier Herrera Díaz.
- Historia clínica de Javier Herrera Díaz, correspondiente a la atención médica en el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. (fls. 18-25 y 116-125).
- Epicrisis, formato ordenes de medicamentos y factura de venta que da cuenta de la atención médica de Javier Herrera Díaz en la Clínica Medical Pro&nfo IPS (fls. 13-17, 26-28, 10-12).
- Concepto médico suscrito por el Audito Médico de Capital Salud EPS-S (fls. 164-187).

### **Dictamen pericial:**

La entidad demandada Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., junto con la contestación de la demanda, allegó dictamen pericial rendido por el médico Germán Alfonso Vanegas Cabezas, quien acreditó ser Médico Cirujano, Médico Forense, especialista en Salud Ocupacional y Abogado (Fls. 129-140). Tal dictamen fue sustentado en audiencia de pruebas del 19 de febrero de 2019, a cuyas conclusiones se referirá el Despacho al estudiar los elementos de responsabilidad en el caso concreto.

Indica que el señor Javier Herrera Díaz en accidente ocasionado con una pulidora sufrió la amputación traumática de las falanges distales del 2º, 3º y 4º dedo, presentándose igualmente un compromiso de la falange media del 4º dedo, herida del meñique (5º dedo) con compromiso del lecho ungueal y una herida el 1º dedo o pulgar.

Luego de hacer un recuento de la historia Clínica del señor Javier Herrera Díaz , el perito resaltó que el referido paciente ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a las 08:33 horas del día 27 de febrero de 2016, encontrando la médico de urgencias, amputación de 3 dedos de la mano izquierda, siendo el diagnóstico oficial el CIE 10 de código S682: *Amputación traumática de dos o más dedos solamente (completa) (parcial)*

Hace un resumen de la atención brindada, dentro de los que se encuentra un control de daños (control de la hemorragia) control de riesgo de infección (tratamiento antibiótico triconjugado y antitetánico) y lavado exhaustivo con solución salina del área afectada y de los segmentos amputados puestos de presente en el hospital; así mismo se comunicaron de forma rápida vía telefónica con médico especialista cirujano de manos, a quien le fueron remitidas fotografías de las lesiones sufridas por el señor Javier Herrera Díaz, concluyendo el especialista consultado, que muy probablemente por las heridas tan irregulares, no sería posible insertar los dedos nuevamente y lo más probable era que se realizara solamente remodelación muñones, por lo que les dio instrucciones de manejo, clasificando el caso como una urgencia no vital, por lo que recomendó seguir con los trámites de remisión; tal diagnóstico le fue informado al paciente y su acompañante. Explica el perito que en un caso de urgencia vital, que no era del aquí presentado, se hubiese exonerado

del cumplimiento de las normas de referencia y contrarreferencia para el traslado del paciente.

Señala que con la revisión de la historia clínica, se puede concluir que la E.S.E. demandada procedió inmediatamente a realizar los trámites de remisión, comunicándose con la EPS-S- Capital Salud y con diferentes clínicas en las ciudades de Bogotá o Villavicencio, por ser allí donde se encontraba contratada la red de apoyo de la referida E.P.S., registrándose la primer llamada a los diferentes hospitales y clínicas privadas a las 09:49 horas para obtener la atención del referido paciente; que a las 12:54 horas Capital Salud E.P.S.-S. se comunicó con el hospital demandado, informándole que el paciente Javier Herrera Díaz fue aceptado en la Clínica Pro&nfo de Bogotá y que ellos también suministrarían la ambulancia para el traslado del paciente, la cual sería enviada desde la ciudad de Bogotá.

En la sustentación del dictamen, indica el perito que, durante el resto del transcurso de ese día, el paciente recibió manejo para el dolor, control del sangrado, nuevo lavado y cambio de vendajes compresivos y que hacia las 02:15 horas del 28 de febrero de 2016 ingresó la ambulancia para trasladar el paciente a la Clínica Medical Pro&nfo de Bogotá.

Explica que desde el arribo del paciente al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., se procedió a brindarle atención médica en salud acorde con la capacidad instalada y el nivel de atención autorizado como hospital local o de Nivel I, lo que indica que este no disponía de especialistas del área quirúrgica como cirujanos u ortopedistas, menos aún de una subespecialidad como es la de cirugía de mano.

Frente a la atención brindada por la IPS Clínica Medical Pro&nfo de Bogotá, aclara que la información que le facilitaron para su análisis es una epicrisis, motivo por el cual no hay precisión en las horas, por cuanto no fueron consignadas en ésta. Sin embargo, con la epicrisis el perito encuentra que el paciente ingresó el 28 de febrero de 2016 por amputación de las falanges distales remitido por el Hospital del Guamo, con un día de evolución, señalándose que la remisión está dirigida específicamente en procura de cirugía de mano, con diagnóstico CIE110 "*Amputación traumática de 2 o más dedos, completa o parcial*", siendo este un elemento estadístico en el que no se señala con precisión lo que el paciente tiene.

En atención a lo indicado por el cirujano de mano consultado telefónicamente por el Hospital del Guamo, después de haberse hecho los lavados y control de prevención de la infección, se procedió en esta IPS a la remodelación de los muñones en 2° 3<sup>er</sup> y 4° dedo, evolucionando satisfactoriamente el paciente, siendo valorado por infectología en dicha clínica determinándose que no tiene factores de riesgo de infección en el momento, dándole finalmente salida con suministro de antibiótico cada 12 horas y control posterior con cirugía de mano.

Concluye que la actuación específica de los médicos que atendieron al señor Javier Herrera Díaz, en cuanto a la atención de control de daños, prevención de infección y manejo inicial es la adecuada, la que corresponde y se encuentra descrita para esos casos, y en relación con el manejo de la remisión se hace al amparo del pagador, en este caso Capital Salud EPS, conforme lo establece la ley, y que en el presente asunto efectivamente se realizaron los trámites requeridos, y que la referida EPS intervino rápidamente logrando la ubicación del paciente, y determinó que el traslado del paciente se realizaría mediante ambulancia que remitirían desde la ciudad de Bogotá, por lo que en el presente caso no intervendría la ambulancia del Hospital San Antonio del Guamo E.S.E.

### **Interrogatorio de parte**

Fue escuchado en interrogatorio el demandante Javier Herrera Díaz, quien indicó que el accidente sufrido acaeció entre las 7 y 8 de la mañana, trasladándose al Hospital del Guamo sobre las 8 de la mañana donde le indicaron que no era una urgencia prioritaria, y que pasadas unas dos horas de su arribo, le fue informado que debía ser remitido a un centro hospitalario de alto nivel de otra ciudad; aclara que es diestro. Así mismo señala que al momento del accidente no estaba afiliado a ninguna ARL pues se encuentra afiliado al régimen subsidiado y que igualmente en sus labores como ebanista no utilizaba ningún elemento de protección.

Al ser interrogado por el despacho frente al nombre del cirujano de mano que lo operó, indica no recordar quien fue el Doctor que lo operó, pero que lo operaron en la “*Clínica Capital Salud Pro&nfo*”.

## **5. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL CASO CONCRETO**

Decantados los parámetros jurisprudenciales actualmente imperantes y que resultan aplicables para resolver los problemas jurídicos, el despacho procederá a analizar los elementos de responsabilidad en el caso concreto, bajo la óptica de la falla del servicio probada, empero partiendo de la pérdida de oportunidad entendida doctrinalmente como un daño autónomo, puesto que si bien la parte actora en principio solo hace alusión a la falla del servicio médico y su relación con la pérdida definitiva de los dedos de la mano izquierda del demandante, tanto de su misma argumentación así como de las pretensiones de la demanda, se entiende que en verdad lo que se atribuye a las accionadas es la pérdida de la oportunidad para la reimplantación de las falanges amputadas, es decir, un daño de pérdida de oportunidad por la demora en la atención.

### **5.1. Del daño causado – Pérdida de oportunidad**

El Consejo de Estado ha definido el daño antijurídico como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho*”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “*el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*”<sup>14</sup>.

También ha indicado que dicho daño tiene como características *que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable*<sup>15</sup>, *anormal*<sup>16</sup> y *que se trate de una situación jurídicamente protegida*<sup>17</sup>.

A su vez, la jurisprudencia constitucional considera *que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”<sup>18</sup>.

Según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico cuya reparación se pretende en el *sub lite*, es la pérdida de oportunidad causada por la demora en la remisión del señor Javier Herrera Díaz desde el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a un centro asistencial de mayor complejidad donde contara con especialista

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

<sup>15</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>16</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>17</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “*violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere*”. DíEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

cirujano de mano para cirugía de reimplantación de dedos, lo cual le ocasionó la pérdida definitiva de las falanges distales de los dedos 2, 3 y 4 de la mano izquierda al no poderle ser reimplantados nuevamente por el paso del tiempo, los cuales en principio le fueron amputados en accidente de trabajo ocurrido el 27 de febrero de 2016 entre las 7 y 8 de mañana.

Analizadas en detalle y de forma cronológica las historias clínicas que dan cuenta de la atención y tratamiento brindado al señor Javier Herrera Díaz desde su arribo al Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y hasta el momento de su remisión y posterior dada de alta de la IPS Clínica Medical Pro&nfo de Bogotá, entra el Despacho a analizar si en el caso sub examine se encuentran presenten los tres elementos que configuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo, o como lo denomina nuestro máximo órgano de cierre, daño de pérdida de oportunidad.

La pérdida de oportunidad planteada en el asunto objeto de la presente Litis, se decanta en que si al señor Javier Herrera Díaz hubiese sido trasladado por el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. y/o Capital Salud E.P.S.-S., el mismo día 27 de febrero de 2016 de forma eficaz y oportuna a un centro médico asistencial de mayor complejidad que contara con especialista de mano, este no habría perdido tiempo crucial para que le fuesen reimplantadas las falanges distales 2, 3 y 4 de su mano izquierda y así habersele reconstruido y restaurado en su totalidad la mano izquierda; esto, por cuanto según se afirma en la demanda, dicha demora en la remisión de paciente ocasionó que finalmente solo le fuese practicada una remodelación de muñones el 28 de febrero de 2016, perdiendo así definitivamente los dedos amputados en el referido accidente de trabajo acaecido el día anterior sobre las 7 u 8 de la mañana.

#### - De los elementos que configuran la perdida de oportunidad

Frente al primer elemento del daño de perdida de oportunidad denominado, ***Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.***

Efectivamente vistas las pruebas en conjunto, encuentra el Despacho que en el caso sub examine se cumple, pues no hay certeza acerca de la posibilidad de éxito en la reimplantación de los dedos amputados, mientras que sí se califica como aleatorio el resultado esperado, por cuanto, parafraseando lo expresado por el perito médico Germán Alfonso Vanegas Cabezas en la sustentación de su informe, en este tipo de casos, si bien existe una gran probabilidad de que en principio una paciente por amputación de las falanges de su mano puede ser candidato a cirugía de reimplantación de las falanges, también existe un gran porcentaje de cirugías que finalmente no alcanzan el resultado esperado, perdiéndose finalmente la labor de reimplantación realizada por el cirujano de mano, y en todo caso, el tiempo transcurrido entre el momento de la amputación y el de la práctica de tal cirugía, no es un factor determinante para garantizar el éxito de la cirugía de reimplantación de falanges de una mano, como quiera que entran en juego muchos otros.

Respeto del segundo elemento denominado ***Certeza de la existencia de una oportunidad***, resalta el despacho que en palabras del Consejo de Estado “*la expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes*”.

En la demanda se dice que la demora en la remisión y traslado del paciente Javier Herrera Díaz desde el Hospital San Antonio del Guamo E.S.E. a la IPS Clínica Medical Pro&nfo de Bogotá por el accidente acaecido el 27 de febrero de 2016 en el que el hoy demandante le fueron amputadas las falanges distales del 2º, 3er y 4º

dedo de la mano izquierda, fue la que imposibilitó que le fuera realizada la cirugía de reimplante de las referidas falanges.

Sin embargo, en la historia clínica realizada por la ESE accionada al paciente, aparece una *“Nota Médica”* efectuada a las 11:09 horas del mismo día de ocurrido el accidente, en la cual se indica: *“paciente estable. Asintomático. No ha sido posible la remisión, por lo que con el Dr. Almanza se logró comunicación con cirujano de mano, para pedir concepto, se le envió fotos y el cirujano refiere que: **muy probablemente por las heridas tan irregulares, no le puedan insertar los dedos nuevamente, que no es una cirugía vital ya que lo más probable es que se realice solamente remodelación de muñones.** Que continuemos con los trámites de remisión. Se informa este concepto al paciente y acompañante la suegra. Capital Salud refiere que solamente tiene contratos en Bogotá y Villavicencio. Sin embargo a los hospitales de Bogotá que se ha llamado, no lo han aceptado”* (ver fol 121).

Además, durante la sustentación del dictamen pericial, el perito señaló que el propio sub especialista consultado indicó que por la irregularidad de la lesión, por la forma en que estaba presente, muy seguramente no permitiría la reinsertación o reimplante de las piezas anatómicas amputadas.

A partir de lo anterior, considera este Juzgado que no existe certeza de la existencia de la oportunidad de la cirugía de reimplantación a que se ha venido refiriendo la parte accionante y por ende, el tiempo del traslado del paciente al mayor nivel de complejidad, no tiene relación con el resultado que pretendía obtener la parte accionante, pues desde el primer momento, lo que se vio como opción viable por el subespecialista en cirugía de mano, fue la remodelación del muñón.

A propósito de los tiempos con los que se realizó el traslado, el apoderado de la parte actora en la audiencia de pruebas le preguntó al médico perito que si al paciente se le hubiese llevado con la oportunidad debida, era factible la incrustación de sus dedos, o necesariamente se le realizaría una cirugía para dejarle únicamente los muñones como efectivamente sucedió.

Ante tal interrogante, el perito señaló que en el caso concreto, de acuerdo a la información vista en la historia clínica, así como a la determinación del cirujano de mano consultado, quien indicó vía telefónica que por las características de la lesión, este caso no era considerado para una atención urgente, o condición que requiriera ser atendida inmediatamente, y que muy seguramente no se iban a poder reimplantar los segmentos amputados sino que el paciente debía ser llevado a remodelación de muñones, siendo esto último fue lo que efectivamente aconteció, lo que refuerza la conclusión del Despacho respecto a que en efecto no hay certeza acerca de que la remisión del paciente, incluso el mismo día del accidente, habría determinado que se le reimplantaran los dedos amputados, pues desde el primer momento solo se le vio como candidato a remodelación de muñón.

Por todo lo anteriormente expuesto, concluye el despacho que en el presente asunto la parte actora no logró demostrar que en efecto existía con certeza una oportunidad que se perdió, puesto que no se acreditó que fuera posible y viable la reimplantación de las falanges amputadas, ni siquiera desde la primera consulta que se hizo vía telefónica con el especialista, a escasas horas de ocurrido el accidente, de tal suerte que el traslado realizado el día siguiente, no tuvo ninguna injerencia en la no realización de dicho procedimiento quirúrgico y aun cuando se valorara el video aportado por la parte demandante como anexo a la demanda, del que se desconoce quién es su autor, quiénes intervienen en el mismo, su fecha y lugar de grabación, allí en ningún momento se refiere la que parece ser una médica general, a que era o fue posible la reimplantación de las falanges, esta es simplemente una interpretación que le da el paciente y la familia.

Considera el Juzgado que en verdad la posibilidad de realizar la referida cirugía de reimplantación quedó únicamente en el campo de la especulación, que además, no se demostró que de haberse trasladado de forma inmediata al señor Javier Herrera, se le habría podido practicar la referida cirugía de reimplantación de falanges, por cuanto con las pruebas allegadas, lo que se evidenció fue que el señor Javier Herrera Díaz nunca fue candidato a la práctica de tal procedimiento, debido a las características de las lesiones causadas al momento de la amputación, razón por la cual no se demostró la existencia del daño la pérdida de oportunidad.

Así las cosas, como no fue demostrada ni siquiera la configuración de la pérdida de oportunidad entendida como daño autónomo, no se puede proceder a analizar los demás elementos de la responsabilidad estatal, debiendo denegarse las pretensiones de la demanda.

Como la sentencia es denegatoria de las pretensiones, el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre el problema jurídico asociado, esto es sobre la situación contractual que unió al demandado Hospital San Antonio del Guamo y la llamada en garantía Seguros del Estado S.A.

## 6. COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>19</sup>, verificando en consecuencia que las entidades demandadas desplegaron actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda, asistencia de sus apoderados a las audiencias inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos, razón por la cual se fijará la suma de \$500.000, por concepto de agencias en derecho a favor de las accionadas en partes iguales, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda promovida por Javier Herrera Díaz en nombre propio y representación de los menores Julieth Dayanna Herrera Mancera y Maicol Herrera Mancera contra Hospital San Antonio del Guamo E.S.E., Capital Salud E.P.S.-S. S.A.S. y la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) a favor de las entidades demandadas en partes iguales. Liquídense por Secretaría.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente sentencia, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

**Firmado Por:**

**DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**0a41aa3d70ef3d38a347e4862097aae4c4a69f389b1acf6b06b3c06a3f0cdce8**  
Documento generado en 12/03/2021 03:33:23 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**