

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

<b>Radicado:</b>	<b>11-001-33-31-036-2012-00326-01</b>
<b>Actor:</b>	<b>HÉCTOR JAVIER MEDINA HERNÁNDEZ Y OTROS</b>
<b>Demandado:</b>	<b>HOSPITAL SAN RAFAEL FACATATIVÁ Y OTROS</b>
<b>Tema:</b>	<b>No se encuentra probada la falla en el servicio médico por pérdida de oportunidad</b>
<b>Sentencia N°:</b>	<b>SC3 – 12 – 20 - 2702</b>
<b>Sistema:</b>	<b>ESCRITURAL</b>

**Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 63 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 31 de mayo de 2019, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1 Pretensiones<sup>1</sup>**

Los señores Héctor Javier Medina Hernández, Jimena Maldonado Roa, Ana María Hernández de Medina y José Daniel Medina Hernández, a través de apoderado judicial promovieron demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra el Hospital San Rafael de Facatativá y El Hospital El Tunal de Bogotá, por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la presunta falla en la atención en salud que le fue brindada al primero de ellos, lo que conllevó a la amputación de su pierna derecha luego de sufrir un accidente de tránsito.

Como consecuencia de la anterior declaración sean condenadas a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a los accionantes.

**2.2. Hechos<sup>2</sup>**

El apoderado judicial de la parte demandante reseñó los hechos de los cuales se destacan:

---

<sup>1</sup> Folio 2 c. 1

<sup>2</sup> Folios 367 y 368 c. 6

- El día 4 de octubre de 2009, el señor Héctor Javier Medina Hernández sufrió un accidente de tránsito, mientras conducía una motocicleta de su propiedad. Ese mismo día, a las 22:30 ingresó por el servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.

- Luego de exámenes médicos, se anotó en historia clínica como diagnóstico: *“miembro inferior derecho con mala perfusión y pobre pronóstico...”*, solicitándose *“valoración urgente por ortopedia, según evolución se definirá remisión urgente”*.

- Pese a haberse ordenado de forma urgente, solo hasta el 5 de octubre de 2009, a las 11:33 de la mañana se le practicó valoración por ortopedia. En la misma se anotó: *“mala perfusión distal, capilar deficiente, pulsos pedios ausentes en miembro inferior derecho...”*. Se volvió a hacer revisión médica el 6 de octubre de 2009 a las 08:48 am y se consignó en Historia Clínica *“Ausencia de pulso pedio en miembro inferior derecho, frialdad, cianosis parestesias...”*. Con esto, se ordenó cirugía urgente.

- La intervención quirúrgica se realizó el 6 de octubre de 2009 a las 11:42 en la que se realizó *“lavado quirúrgico... y tracción esquelética...”*, sin hacer ningún otro procedimiento.

- Conforme a la situación médica del paciente, se remitió a una institución de III Nivel. Y el 7 de octubre de 2009 siendo las 10:23 horas fue recibido en el Hospital el Tunal E.S.E., donde pese a que se catalogó como urgencia con prioridad roja, no se tomaron las medidas necesarias para tratar de salvar la pierna del señor Héctor Javier Medina Hernández.

- Siendo las 11:50 horas del 7 de octubre de 2009 el cirujano vascular del Hospital el Tunal E.S.E. diagnosticó *“isquemia irreversible de pierna y pie derecho con evolución mayor a 60 horas. Se recomienda amputación...de pierna derecha”*. Dicho procedimiento quirúrgico se realizó el mismo día a las 18:40 horas, y en opinión de los demandantes, sin haber realizado ninguna otra maniobra para recuperar el miembro afectado.

- Concluye que dicha afección, ha causado al señor Héctor Javier Medina Hernández diferentes perjuicios comoquiera que para la fecha de los hechos contaba con 26 años de edad y ejercía sin ninguna limitación física, la actividad laboral de bicitaxista.

## **2.2. Contestación de la demanda por parte del Hospital San Rafael de Facatativá<sup>3</sup>**

Mediante memorial del 12 de febrero de 2014, el Hospital demandado dio contestación a la demanda bajo los siguientes argumentos:

- Respecto a la atención médica brindada al señor Héctor Javier Medina Hernández argumenta la entidad que fue ofrecida de forma oportuna en el servicio de urgencias. Se realizó estabilización de la fractura conforme lo indica la práctica médica y precisa que hubo retraso en algunos procedimientos por falta de consentimiento de los mismos por parte de la compañera del paciente Jimena Maldonado.

- Explica que las condiciones de salud con las que ingresó el señor Héctor Javier Medina Hernández no eran las mejores en razón a que tenía un alto índice de probabilidad de perder la extremidad cercana al 30% conforme al álea estadística de

---

<sup>3</sup> Folios 234 a 257 del c 1

la medicina, cuya ocurrencia no es susceptible de ser prevista o evitada, aun con una buena praxis médica. Además, el paciente ingresó con alto grado de ebriedad, y pese a eso, informa que los médicos pusieron esmero, dedicación y cumplimiento de los protocolos para atender la lesión.

Conforme a lo anterior, evidencia que no existe nexos causal con el supuesto daño y falla en el servicio que además no se encuentran probados.

### **2.3.- Hospital el Tunal E.S.E.**

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda por considerar que los exámenes, intervenciones quirúrgicas y atención hospitalaria que le fue suministrada al paciente Héctor Javier Medina Hernández fue adecuada, pertinente, oportuna e integra conforme a la ciencia médica y a los protocolos establecidos en la materia. Esto, atendiendo a la gravedad de la lesión con la que ingresó al hospital.

Señala que cuando el paciente arriba a esta institución, la lesión tenía un tiempo de ocurrencia de 3 días, tiempo que duró en el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E., por lo que muy posiblemente la negligencia esté en dicho Hospital.

Concluye que, la pérdida de la extremidad inferior derecha del señor Héctor Javier Medina Hernández no se dio por una falla médica por parte del Hospital el Tunal E.S.E., ni mucho menos por un mal diagnóstico, por el contrario, se demostró que la atención médica fue diligente, prudente, oportuna y eficaz en aras de proteger y salvaguardar la vida del paciente.

### **2.4.- Llamado en garantía- La Previsora S.A. Compañía de Seguros.**

Con memorial radicado el 23 de mayo de 2012<sup>4</sup>, la entidad llamada en garantía por el Hospital el Tunal E.S.E. se opone a las pretensiones de la demanda y reitera los argumentos centrales de la entidad demandada.

Solicita que debe tenerse en cuenta que el señor Héctor Javier Medina Hernández fue atendido en el Hospital el Tunal E.S.E. siguiendo los protocolos clínicos y científicos para la lesión que padecía, con apego a la lex artis.

Reitera que, en el resultado influyeron agentes externos como el grado de alicoramiento del señor Héctor Javier Medina Hernández y la demora en la firma de autorización de procedimientos por parte de su acompañante.

## **III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En Sentencia del 31 de mayo de 2019, el Juzgado 63 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá<sup>5</sup>, resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO:** NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

---

<sup>4</sup> Folio 28 c. 5

<sup>5</sup> Folios 367 a379 c.6

TERCERO: Sin codena en costas (...)"

Previa síntesis de las etapas procesales y de las posiciones jurídicas de las partes, el A-quo analizó los cargos formulados y las pruebas allegadas con lo que determinó que se encontró probado el daño, comoquiera que el señor Héctor Javier Medina Hernández sufre de una pérdida de capacidad laboral del 37.85% con ocasión a la amputación de su miembro inferior derecho.

Pese a lo anterior, no evidenció una atención médica negligente e inadecuada por parte del Hospital el Tunal E.S.E. y el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. conforme a lo siguiente:

- En atención médica inicial, ofrecida por el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. se brindó tratamiento para aminorar el traumatismo del miembro inferior derecho del señor Héctor Javier Medina Hernández. Luego, en valoración por el servicio de ortopedia, se consideró necesario el manejo vascular y necesidad de valoración por parte de un centro de mayor complejidad, por lo que así se autorizó.

- Mientras el traslado se materializaba, el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. continuó con tratamiento y procedimiento médico para salvaguardar la vida del paciente. Explica que el 6 de octubre de 2009 los procedimientos se vieron obstaculizados por la negativa de autorización por parte de la acompañante de la víctima, sin embargo, superado el impase se intervino quirúrgicamente para realizar lavado y desbridamiento con tracción esquelética transcalcánea, alineando de esta manera las fracturas, lográndose reducción y mejora, junto con el suministro de medicación antibiótica.

- Solo hasta el 7 de octubre en horas de la mañana el Hospital el Tunal E.S.E. aceptó el traslado de la víctima, quien lo recibió el mismo día y debido a las complicaciones y condiciones de la pierna derecha del paciente se decidió sin otra salida, realización de amputación de la extremidad.

Consideró el Juzgado que el manejo de la lesión sufrida por el señor Héctor Javier Medina Hernández fue adecuado conforme a las guías médicas de que trata este tipo de lesiones. Se demostró que el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. desde el mismo día 5 de octubre de 2009 intentó hacer efectiva la remisión del paciente a un centro de mayor complejidad, a fin de que fuera valorado por cirugía vascular, por lo que la tardanza del traslado no se le puede imputar a esta institución médica. Por el contrario, este tipo de autorizaciones se encuentran supeditadas a los parámetros dispuestos por cada entidad prestadora del servicio de salud EPS a la que se encuentren afiliados los pacientes, pues no es de competencia de las instituciones hospitalarias estos procesos.

Por otro lado, apoyándose en el dictamen pericial rendido por la Sociedad Colombiana de Cirugía, Ortopedia y Traumatología, la lesión sufrida por el demandante tenía un pronóstico de recuperación muy malo, con alto riesgo de pérdida del miembro inferior derecho, situación que determina que pese a haberse prestado el servicio en el hospital de III Nivel, posiblemente no hubiera permitido la recuperación de la extremidad.

En cuanto al Hospital el Tunal E.S.E. enuncia que los procedimientos médicos y quirúrgicos practicados al señor Héctor Javier Medina Hernández fueron adecuados

y conforme a los protocolos médicos dispuestos para tal fin, sobre todo teniendo en cuenta que la condición con la que ingresó el paciente era bastante compleja.

En ese sentido, concluyó que la causa de la pérdida de capacidad laboral que se le dictaminó al señor Héctor Javier Medina Hernández no obedece a una tardía atención médica por parte del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. ni de una mala intervención quirúrgica practicada por el Hospital el Tunal E.S.E., razón por la cual no se encuentran configurados los elementos estructurales para endilgar responsabilidad administrativa a las entidades demandadas.

Por lo anterior, decidió negar las pretensiones de la demanda y por sustracción de materia, no estudiar la responsabilidad del llamado en garantía.

#### **IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.**

El apoderado judicial de la parte demandante, dentro del término legal, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia bajo las siguientes consideraciones<sup>6</sup>:

- Solicita se estudie la responsabilidad de las entidades demandadas bajo el tema de responsabilidad médica en lo referente a pérdida de la oportunidad con el fin de contrarrestar el efecto del curso normal de la enfermedad.

- Explica que de los medios probatorios recabados durante el trámite del proceso se pudo determinar que, el señor Héctor Javier Medina Hernández ingresó con un trauma severo de miembro inferior derecho, con fractura de fémur y además con ausencia de pulsos medios, deficiente llenado capilar, mala perfusión distal y demás signos que indicaban daño vascular. La atención del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. no estuvo dirigida a atender la patología vascular sino únicamente a realizar un lavado y desbridamiento quirúrgico lo que generó un daño que posteriormente se evidenció con la amputación de la extremidad.

En ese sentido, advierte que, contrario a lo consignado por el juez de primera instancia, sí hubo una omisión por parte de la entidad- Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. y la atención fue negligente e inoportuna, aunado a la demora en la remisión a una institución que le pudiera ofrecer tratamiento.

- Dichos síntomas fueron tratados en el Hospital el Tunal E.S.E., sin embargo, al observarse tejido necrotizado la decisión más urgente y adecuada era la amputación de la extremidad, situación que se hubiera evitado de haberle brindado al señor Héctor Javier Medina Hernández un tratamiento con la debida certeza de los signos y síntomas que el paciente tenía desde su primer ingreso al servicio de urgencias.

- Esa falta de oportunidad en la atención de los signos propios de la lesión vascular desde su ingreso al Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E., la falta de remisión oportuna, la falta de manejo por cirugía vascular que requería el paciente, favoreció la evolución de la lesión vascular del paciente lo que condujo a necrosis de los tejidos y posterior pérdida del miembro inferior derecho del señor Héctor Javier Medina Hernández.

- Del recorrido por la historia Clínica, infiere que se configura falla en el servicio por

---

<sup>6</sup> Folios 382 a 390 c. 6

cuanto la parte pasiva incurrió en diagnóstico inoportuno, tratamiento tardío, lo que determina la concreción de una falta de oportunidad que concluyó en la pérdida de la extremidad.

Sobre los anteriores puntos, solicita se revoque la decisión del a-quo respecto al Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. y se acceda a las pretensiones de la demanda comoquiera que existió falla del servicio médico por falta de oportunidad en el diagnóstico certero, falta de tratamiento adecuado y omisión por manejo de la lesión vascular postraumática del paciente. Infiere que en lo que tiene que ver con el Hospital el Tunal E.S.E., dicha institución cumplió con lo de su competencia.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por acta individual de reparto de 25 de julio de 2019, correspondió el conocimiento del asunto al suscrito Magistrado sustanciador<sup>7</sup>.

El Despacho, a través de auto de 11 de octubre de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público<sup>8</sup>.

Finalmente, con auto de 31 de enero 2020, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente<sup>9</sup>.

## **VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Entidad demandada- Hospital el Tunal E.S.E. <sup>10</sup>**

El apoderado judicial de la entidad demandada- que ahora se denomina como Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. radicó memorial el 10 de febrero de 2020, con el que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto no se demostró que esta institución tuviera responsabilidad en los perjuicios causados al paciente Héctor Javier Medina Hernández.

Infiere que la atención que recibió el paciente fue adecuada y de la revisión de la historia clínica no se advirtió demora o defectuosa prestación del servicio médico.

### **6.2.- Entidad demandada- Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.**

El apoderado de esta institución médica manifiesta su conformidad con la decisión de primera instancia de negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda en su contra, en razón a que no se determinó el grado de responsabilidad y/o negligencia médica en relación con el actuar de los profesionales de la salud que atendieron al señor Héctor Javier Medina Hernández.

Conforme a los protocolos existentes aplicables al caso procedió a i) identificar los signos de alarma, ii) brindar las atenciones de salud conforme a su competencia y posibilidades técnicas, iii) ofrecer inter consulta con el servicio de ortopedia y iv) remitirlo a una entidad hospitalaria de un nivel mayor de complejidad.

---

<sup>7</sup> Folio 394 c. 6

<sup>8</sup> Folio 396 c. 6

<sup>9</sup> Folio 401 c. 6

<sup>10</sup> Folio. 404 a 405 c. 6

En lo que tiene que ver con el diagnóstico emitido frente a la lesión padecida por el señor Héctor Javier Medina Hernández, explica que, en revisión con el médico especialista en ortopedia, la fractura abierta compleja debía ser valorada por un especialista en cirugía vascular, razón por la cual se inició el trámite de remisión.

Precisa que, de acuerdo al diseño organizacional del sistema de salud, le corresponde a las empresas Promotoras de Salud- E.P.S., ante las solicitudes que hacen las empresas sociales del estado, E.S.E., de remisión y traslado a otro centro asistencial de determinados pacientes, el materializar tal traslado. Por lo tanto, se encuentra fuera de su órbita de competencia el tiempo en que la EPS realice este trámite.

Explica además que no se podía materializar el traslado del paciente sin la aceptación de la institución y especialidad receptora.

Así mismo, de la revisión de la historia clínica se advierte que, contrario a lo citado por el apelante, la actuación médica en el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. desde su ingreso hasta su remisión fue diligente y se desarrolló con observancia de la Lex Artis, tal y como lo manifestó el perito que dio testimonio durante el trámite del proceso.

Finalmente, el testimonio que rindió el perito de cara a lo consignado con la historia clínica del señor Héctor Javier Medina Hernández, permite establecer que no hubo falta de oportunidad en el diagnóstico y tratamiento de la lesión vascular del paciente, comoquiera que el pronóstico de la lesión era sombrío debido a la complejidad del trauma al presentarse una lesión isquémica irreversible sufrida por el demandante.

### **6.3.- Parte demandante<sup>11</sup>.**

Mediante memorial radicado el 14 de febrero de 2020, el abogado de la parte actora reitera los argumentos esgrimidos en el escrito inicial de apelación con el objetivo de que se revoque la sentencia que negó las pretensiones de la demanda en sentencia de primera instancia.

Precisa que el Hospital el Tunal E.S.E. atendió de forma oportuna al paciente por lo que no realiza reproche alguno en contra de esta entidad, sin embargo, reitera que el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. incurrió en i) omisión, descuido y falta de diligencia en la atención médica, ii) omisión en el diagnóstico y iii) falta de oportunidad en el diagnóstico y tratamiento.

Recalca que, la falta de oportunidad en la atención de los signos y síntomas propios de la lesión vascular desde su ingreso al Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E., la falta de remisión oportuna, la falta de manejo de la lesión por cirugía vascular que requería el paciente desembocaron un daño severo en el sistema circulatorio del miembro inferior, lo que determinó su pérdida.

Dichas omisiones de parte del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E., para la parte demandante configuran una falla probada en la prestación del servicio médico por falta de oportunidad lo que se traducen en la decisión de accederé a las pretensiones de la demanda.

**6.4.** El representante del Ministerio Público no allegó escrito de concepto definitivo en el presente asunto.

---

<sup>11</sup> Folios 406 a 414 c. 6

## VII. CONSIDERACIONES

### 7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

#### 7.1.1 Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 82<sup>12</sup> del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas, entidad de naturaleza pública.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 133 del Código Contencioso Administrativo<sup>13</sup>, modificado por la Ley 446 de 1998, numeral 1º, que dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### 7.1.2.- Caducidad de la acción.

En concordancia con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta 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.

En el caso en concreto, se tiene demostrado que el día 4 de octubre de 2009, el señor Héctor Javier Medina Hernández sufrió un accidente de tránsito, mientras conducía una motocicleta de su propiedad. Ese mismo día, ingresó por el servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.

En ese sentido, el término de caducidad corría desde el 5 de octubre de 2009 al 5 de octubre de 2011.

Comoquiera que la demanda fue presentada el 30 de marzo de 2011<sup>14</sup>, sin tener en cuenta el término de suspensión de la caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente.

---

<sup>12</sup>Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

<sup>13</sup> ARTICULO 133 C.C.A. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

<sup>14</sup> Folio 9 c. 1

### **7.1.3. Legitimación en la causa.**

#### **7.1.3.1. Por activa.**

Los demandantes Héctor Javier Medina Hernández, Jimena Maldonado Roa, Ana María Hernández de Medina y José Daniel Medina Hernández se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los Registros Civiles de nacimiento allegados con la demanda, de folio 1 a 9 del cuaderno 1.

#### **7.1.3.2. Por pasiva.**

Por su parte la Nación – Hospital San Rafael de Facatativá y El Hospital El Tunal de Bogotá, se encuentran legitimados en la causa por pasiva en el presente proceso, dado que es a quienes se les endilga la responsabilidad por sus presuntas omisiones en cuanto a la prestación del servicio médico ante las afecciones del señor Héctor Javier Medina Hernández.

### **7.2. Alcance del Recurso de Apelación**

El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por el apelante, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>15</sup>, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Así mismo, en aplicación de los principios de lealtad procesal y preclusión, los argumentos que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el recurso de alzada, son los presentados y sustentados en oportunidad, más no se puede aceptar que los argumentos nuevos de inconformidad que se llegaren a exponer en el escrito por medio del cual se presentan ante el Ad Quem alegatos de conclusión, sean tenidos en cuenta como sustento del recurso inicialmente promovido, ya que una hipótesis distinta, afectaría el derecho al debido proceso de la pasiva, en particular en arista del derecho de defensa y contradicción

## **VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA**

### **8.1. Problema Jurídico**

Conforme a lo afirmado por el apelante,

---

<sup>15</sup> “(...) El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (Suspensivos, subrayado y negrilla fuera de texto)

¿Es procedente revocar la decisión de primera instancia y, por el contrario, acceder a las pretensiones de la demanda aplicando el régimen de responsabilidad de falla en el servicio médico por pérdida de chance o de oportunidad de conservar la integridad de su extremidad inferior, comoquiera que el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. no brindó diagnóstico adecuado y tratamiento oportuno a la lesión que presentaba el señor Héctor Javier Medina Hernández?

¿Recae responsabilidad en cabeza del Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. por la presunta tardanza en la remisión del paciente Héctor Javier Medina Hernández a una institución hospitalaria de nivel superior?

## **8.2. Tesis**

La Sala advierte que los argumentos expuestos por el apelante carecen de fundamento probatorio, al no encontrarse acreditado que la atención que brindó el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. estuviera desfasada de los protocolos establecidos para el diagnóstico; por el contrario, se advierte un adecuado diagnóstico y una oportuna atención de acuerdo a su nivel de complejidad.

Por otro lado, está claro que el tiempo en el que se consolidó el traslado del paciente a un hospital de mayor complejidad fue un hecho ajeno al Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E., quien acreditó haber adelantado los trámites a su alcance para alcanzar dicho objetivo.

En consecuencia, esta Sala CONFIRMARÁ la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019, por el Juzgado 63 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá-Sección Tercera.

Para absolver la cuestión planteada, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) régimen aplicable al Estado por daños derivados de la prestación del servicio de salud, ii) del derecho al diagnóstico oportuno y (iii) del caso concreto.

## **IX. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE**

### **9.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado.**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>16</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

---

<sup>16</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

*“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.*

En este orden se tiene que en la Constitución Política se consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así:

*“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*

## 9.2. Del régimen de imputación aplicable

El Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril 2012<sup>17</sup>, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria<sup>18</sup>.

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

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetivo<sup>19</sup>.

### 9.3.- El derecho a la salud, la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud<sup>20</sup>.

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional,<sup>21</sup> la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

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

“la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’<sup>39</sup>. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.”<sup>22</sup>

Asimismo, en el Derecho Convencional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que **“Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”**, y en el numeral segundo añade que **“entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”** (Resalta la sala).

En lo que respecta al sistema de seguridad social en salud, éste se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, según la cual son reglas rectoras del servicio público de salud,

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>20</sup> Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*

<sup>21</sup> Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

<sup>22</sup> En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere **“(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.”** Puede verse sentencia T- 438 de 2004.

la equidad<sup>23</sup>, la obligatoriedad<sup>24</sup>, la protección integral<sup>25</sup>, la libre escogencia<sup>26</sup>, la autonomía de las instituciones<sup>27</sup>, la descentralización administrativa<sup>28</sup>, la participación social<sup>29</sup>, la concertación<sup>30</sup> y la muy importante calidad del servicio<sup>31</sup><sup>84</sup>, de donde vale, igualmente, la pena resaltar que dentro de las características básicas del sistema general de salud, se encuentra el ingreso de todos los colombianos al régimen de seguridad social en aras de garantizar la salud de la población colombiana, mediante la debida organización y prestación del servicio público de salud y la atención de urgencias en todo el territorio nacional<sup>32</sup>.

---

<sup>23</sup> Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

<sup>24</sup> Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

<sup>25</sup> Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

<sup>26</sup> Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley

<sup>27</sup> Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

<sup>28</sup> Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

<sup>29</sup> Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público

<sup>30</sup> Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

<sup>31</sup> Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

<sup>32</sup> Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

Asimismo, la mencionada Ley 100 estableció los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicios (Baja<sup>33</sup>, Media<sup>34</sup> y Alta<sup>35</sup>) y los niveles de atención<sup>36</sup> que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización y, en general, todos los eventos, según su complejidad<sup>37</sup>, 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>38</sup>.

## X. DEL CASO EN CONCRETO

### 10.1. De la atención médica brindada en el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.

Para la Sala, no se evidencia en el expediente una prueba que permita determinar la responsabilidad que se le imputa a la entidad accionada Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. como consecuencia de la pérdida del miembro inferior derecho del señor Héctor Javier Medina Hernández.

Tratándose de falla probada, como se dejó claro al analizar el título de imputación, era deber de la parte demandante probar que el actuar médico no fue el adecuado; sin embargo, sin lugar a dudas, la parte activa no cumplió con dicha carga, como enseguida se analizará.

Alegan los actores en los hechos de la demanda y en los escritos que soportan el recurso de alzada, que el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. emitió un diagnóstico errado ante las lesiones que presentaba el señor Héctor Javier Medina Hernández, por cuanto

---

<sup>33</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>34</sup> Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecología 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>35</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>36</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>37</sup> Atención de urgencias de especialidades básicas y subespecialidades tales como: Cardiología, Neumología, Gastroenterología, Neurología, Dermatología, Endocrinología, Hematología, Psiquiatría, Fisiología, Genética, Nefrología, Cirugía General, Ortopedia, Otorrinolaringología, Oftalmología, Urología, Cirugía pediátrica, Neurocirugía, Cirugía plástica, entre otras; cuidado crítico adulto, pediátrico y neonatal, atención de partos y cesáreas de alta complejidad, laboratorio e imagenología de alta complejidad, atención odontológica especializada, otros servicios y terapias de apoyo para rehabilitación funcional

<sup>38</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.

no advirtieron desde su arribo al servicio de urgencias la grave lesión vascular que avanzaba en su pierna derecha.

De cara a la Historia Clínica que relata las atenciones médicas brindadas al paciente al momento de su ingreso en el servicio de urgencias el 04 de octubre de 2009, se consigna que a las 22:30 horas se recibe en la institución un paciente con *"FRACTURA ABIERTA DE PIERNA DERECHA, CON DEFORMIDAD, EXPOSICIÓN DE MÚSCULO, DEFORMIDAD DE PIE DERECHA, LLENADO CAPILAR 4 SEGUNDOS, ACROCIANOSIS, NEURO BAJO LOS EFECTOS DEL ALCOHOL, GLASGOW 15/15"*<sup>39</sup>

Para el siguiente día, 5 de octubre de 2009 a las 6:45 horas se contaba ya con los resultados de los exámenes diagnósticos radiográficos que permitían precisar que el señor Héctor Javier Medina Hernández presentaba los siguientes diagnósticos *"S827 FRACTURAS MÚLTIPLES DE LA PIERNA, S728 FRACTURAS DE OTRAS PARTES DEL FÉMUR"*<sup>40</sup>; como plan de manejo, se recomendó pasar a salas de cirugía como urgencia vital.

El día 6 de octubre de 2009, a puertas de pasar al paciente a cirugía, la familiar acompañante decide no dar autorización para el procedimiento, el cual se frena por falta de este requerimiento.

El 7 de octubre de 2009 a las 00:21 horas, se anotó *"PACIENTE CON LESIÓN SEVERA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO CON EVIDENTE COMPROMISO VASCULAR, POSIBLEMENTE POR ¿ACOMODAMIENTO, O POR CONTUSIÓN? EN QUIEN NO HA SIDO POSIBLE REMISIÓN A MAYOR NIVEL DE COMPLEJIDAD PARA ESTUDIO VASCULAR NO INVASIVO O ARTERIOGRAFÍA, QUIEN CON LAS MEDIDAS GENERALES HA MEJORADO LA PERFUSIÓN DEL MIEMBRO AFECTADO, EN EL MOMENTO NO HAY EVIDENCIA CLÍNICA DE SÍNDROME COMPARTIMENTAL, TAMPOCO ENCONTRAMOS AUSENCIA DE SECCIÓN NI LESIÓN PUNTUAL QUE PUDIERA MEJORARSE CON EXPLORACIÓN VASCULAR, MÁS AÚN SIN HABER ESTABILIZADO FRACTURAS (...)"*<sup>41</sup> (subrayas son de la Sala).

Posteriormente, a las 8:37 del 7 de octubre del mismo año, se informa que se realizó el procedimiento de reducción cerrada de fractura de fémur, tibia y peroné, así como desbridamiento de tejidos profundos y artrocentesis. Se remite al paciente para ser manejado en tercer nivel de atención por requerimiento de cirugía vascular.

De esta forma, la Sala no advierte que la entidad demandada incurriera en un error de diagnóstico, comoquiera que los exámenes diagnósticos realizados al paciente permitieron determinar la gravedad de sus lesiones, incluso el compromiso vascular en la pierna derecha del señor Medina Hernández. Hecho que queda probado además, con las acciones que el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. desplegó para que fuera atendido precisamente por la especialidad de cirugía vascular.

Al respecto, de folios 273 a 276 del cuaderno número 1 se observa el documento concerniente al registro de referencia de pacientes con el número de consecutivo No. 0000004518 con fecha de registro del 5 de octubre de 2009 a las 12:12 del día. En el mismo se refiere que el paciente Héctor Javier Medina Hernández requiere ser valorado por la especialidad de "cirugía vascular", sin embargo, dicho servicio no se encuentra ofertado en dicha institución por lo que se empieza en la búsqueda de un Hospital que ofrezca dicha especialidad.

<sup>39</sup> Folio 447 c. 1

<sup>40</sup> Ibídem

<sup>41</sup> Folio 448 c. 1

Del historial de llamadas que se realizaron con la intención de localizar una institución donde se pudiera remitir al paciente, se observa que se mantuvo contacto con el Hospital Universitario la Samaritana, Hospital San José Infantil, Clínica Shaio, Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, Videlmédica, Instituto Roosevelt, Hospital de Girardot, Finsema- Profuturo, Centro Regulador de Urgencias de Cundinamarca, Hospital Simón Bolívar, Hospital de Kennedy, lugares donde se manifestó la falta de especialista, falta de camas u otro impedimento.

Luego, y después de un procedimiento quirúrgico realizado en el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. para limpiar la herida, el 6 de octubre de 2009 se reactiva el proceso en búsqueda de remisión del paciente mediante consecutivo No. 0000004531<sup>42</sup>. Así se mantuvo comunicación con el Hospital Universitario La Samaritana, Hospital Cardiovascular del niño de Cundinamarca, Hospital de Kennedy, Trauma Soat- Clínica Shaio, y finalmente siendo las 08:20 del 7 de octubre de 2009 el paciente fue aceptado por el Hospital el Tunal E.S.E., lugar donde finalmente fue remitido.

Del relato de las acciones desplegadas por el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. para atender la lesión que presentaba el señor Héctor Javier Medina Hernández, se evidencia que pese a las dificultades presentadas en la remisión del paciente a una institución que contara con la especialidad requerida, durante la permanencia del paciente en esta institución, fueron puestos a su alcance los medios necesarios para atender el trauma presentado en su pierna derecha.

En ese sentido, se realizaron los procedimientos quirúrgicos disponibles, se le brindaron los exámenes diagnósticos adecuados para emitir un concepto más exacto de la patología presentada y por tal razón, de forma no tardía, se determinó la necesidad de valoración por cirugía vascular, ante el compromiso circulatorio y de perfusión que se observó en el miembro inferior derecho del señor Medina Hernández.

Lo anterior para concluir que, en este caso, se presentó una atención médica oportuna que incluyó los procedimientos que los médicos consideraron más convenientes y los que hubiesen podido contribuir a salvaguardar la salud y la vida del paciente.

Ahora bien, la parte activa de la relación jurídico procesal solicita que la falla en el servicio médico sea estudiado bajo la óptica de la pérdida de oportunidad frente a la demora en las atenciones médicas especializadas que hubieran permitido al señor Héctor Javier Medina Hernández no perder su pierna derecha.

El daño autónomo por pérdida de oportunidad ha sido definido, bien como la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o bien como el padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima. En los términos en los que ha sido conceptualizado ese tipo de menoscabo por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“En oportunidades anteriores, la Sala ha señalado que la pérdida de oportunidad es una clase autónoma de daño, “caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía*

---

<sup>42</sup> Folio 275 c. 1

*presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...)<sup>43</sup> .*

*La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño.*

*En cualquier caso, es necesario que la pérdida de oportunidad sea cierta puesto que si se trata de una posibilidad muy vaga o genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, que no resulta indemnizable. Esto significa que, para que pueda acreditarse la existencia del daño el demandante deberá probar que “el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla”<sup>44</sup>.*

*De acuerdo con lo anterior, la Sala ha señalado que los requisitos cuya concurrencia se precisa para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes<sup>45</sup>:*

*(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”<sup>46</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>47</sup>;*

*(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e*

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>44</sup> Juan Carlos Henao, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 161.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, véase la sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 19.718, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>46</sup> TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

<sup>47</sup> A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

*En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.*

*hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>48</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*

*Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían-<sup>49</sup>;*

*(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”<sup>50</sup>.*

En el caso concreto, aprecia la Sala que no está demostrado que la pronta atención del paciente por la especialidad de cirugía vascular de alguna forma cambiara el diagnóstico del paciente. Además, ni con la demanda ni con el escrito del recurso de alzada se determina en qué porcentaje la consecuencia de la pérdida de la extremidad del señor Héctor Javier Medina Hernández pudo haber cambiado con dicha intervención.

Contrario sensu, de la lectura de la historia clínica se puede establecer que la lesión en la pierna derecha del señor Héctor Javier Medina Hernández acarrea tal complejidad que los pronósticos de recuperación eran bajos, incluso desde el mismo momento en que ingresó por urgencias el día 4 de octubre de 2009 al Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.

De los elementos probatorios con los que se cuenta en el plenario se advierte que en el dictamen pericial aportado por la Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatología el perito concluyó:

“Manifieste al despacho si existió falta de oportunidad en el diagnóstico y tratamiento de la lesión vascular en el señor Héctor Medan en el Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E.?”

Respuesta:

<sup>48</sup> HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>49</sup> Al respecto la doctrina afirma que ...“en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio””. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

<sup>50</sup> ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

Al realizar un análisis exhaustivo de la historia clínica de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá podemos evidenciar que desde el ingreso se demuestran detalles de la gran complejidad de la lesión del miembro inferior derecho que ocasionó la lesión vascular severa del miembro inferior derecho (con la aparición de signos y síntomas tales como: frialdad de la extremidad, cianosis, llenado capilar mayor a 4 segundos, parestesias, ausencia a la palpación del pulso pedio y tibial posterior) cabe resaltar que hubo falta (sic) buena oportunidad en el diagnóstico y tratamiento de la lesión vascular en el señor Héctor Medina.

¿Manifieste al despacho si existió falta de oportunidad en el tratamiento idóneo y oportuno fue la causa de la lesión isquémica irreversible sufrida por el señor Héctor Medina?

Respuesta:

Al realizar un análisis exhaustivo de la historia clínica de la E.S.E. hospital San Rafael de Facatativá podemos evidenciar que desde el ingreso se demuestran detalles de la gran complejidad de la lesión del Miembro Inferior Derecho que ocasionó la lesión vascular severa del miembro inferior derecho (con la aparición de signos y síntomas tales como: frialdad de la extremidad, cianosis, llenado capilar mayor a 4 segundos, parestesias, ausencia a la palpación del pulso pedio y tibial posterior) cabe resaltar que existió una adecuada oportunidad en el tratamiento idóneo y oportuno de la lesión isquémica irreversible sufrida por el señor Héctor medina.”<sup>51</sup>

Con esto, no queda sino concluir que la entidad demandada Hospital San Rafael de Facatativá E.S.E. no incurrió en la falla en el servicio médico alegada, ni tampoco incurrió en falta de la oportunidad brindada al paciente.

Respecto a las pretensiones elevadas en contra del Hospital el Tunal E.S.E. no se realizará ningún pronunciamiento, comoquiera que en el trámite de apelación de la sentencia de primera instancia, el apoderado de la parte actora afirmó que dicha entidad no incurrió en ninguna falla, por lo que los argumentos esgrimidos en el libelo inicial quedan sin fundamento.

En ese sentido, la Sala confirmará la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado Sesenta y tres (63) Administrativo de Bogotá D.C.

## X. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA<sup>52</sup>, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”<sup>53</sup>, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los

---

<sup>51</sup> Folio 311 y 312 c. 2

<sup>52</sup> “CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

<sup>53</sup> Ver [www.rae.es](http://www.rae.es)

artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en su modalidad de expensas y gastos del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 31 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y tres (63) Administrativo de Bogotá D.C.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas (expensas y gastos del proceso) en esta instancia.

**TERCERO:** Dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.

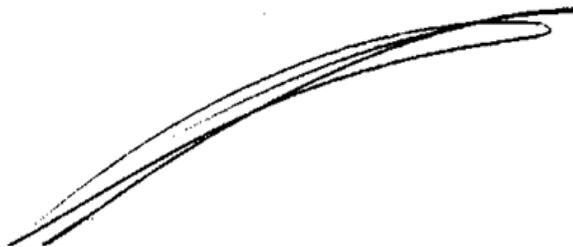
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N°142).



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada