Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE NEIVA

Neiva (Huila), veintiuno (21) de febrero de dos mil veinticinco (2025).

Medio de Control:	Reparación Directa
Demandantes:	Leidy Sofía Montaño y Otros
Demandados:	ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito (Huila) y Emcosalud IPS
Llamado en Garantía	Seguros Confianza S. A.
Radicación:	410013333009**2018**000**32**00
Asunto:	Pérdida de Oportunidad

I. De la acción

Se pasa a dictar sentencia para decidir en primera instancia la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada mediante apoderado constituido al efecto por los señores LEIDY SOFÍA MONTAÑO ROJAS, CARLOS ENRIQUE MONTAÑO HENAO, MARÍA DENIS ROJAS TORRES, GUILLERMO LEÓN ORDÓÑEZ SEMANATE y KARLA MELISSA MONTAÑO ROJAS contra la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN ANTONIO DE PITALITO (Huila) y la EMPRESA COOPERATIVA DE SERVICIOS DE SALUD EMCOSALUD IPS, teniendo como llamado en garantía a Seguros Confianza S. A.

II. Antecedentes

2.1. Pretensiones

Como pretensiones, en resumen, se solicitaron las siguientes:

2.1.1. Que se declare patrimonial y administrativamente responsable a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito y a la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud, por la totalidad de los perjuicios materiales, morales y daño a la salud causados a los demandantes, por las omisiones imputables a las entidades demandadas que conllevaron a la pérdida de la oportunidad de la adecuada recuperación o la no pérdida o disminución en el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral de la señorita Leidy Sofia Montaño R.

2.1.2 Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte demandada a pagar a favor de los demandantes la indemnización total y ordinaria por perjuicios correspondiente a los perjuicios materiales, morales y de daño a la salud que se les causaron, en la cuantía que se acredite en el proceso, los cuales a manera eminentemente enunciativa se expresan de la siguiente forma:

-Perjuicios inmateriales:

Daño a la salud: para Leidy Sofía Montaño R., víctima directa, el equivalente a 100 smlmv.

-Perjuicios morales: para Leidy Sofía Montaño R., el equivalente a 100 smlmv; para el señor Guillermo León Ordóñez, su compañero permanente, el equivalente a 100 smlmv; para la señora Maria Denis Rojas Torres, madre de Leidy Sofía, el equivalente a 100 smlmv; para el señor Carlos Enrique Montaño Henao, padre de Leidy Sofía, el equivalente a 100 smlmv; y para Karla Melissa Montaño Rojas, el equivalente a 50 smlmv.

-Perjuicios materiales:
Daño emergente: $ 2 millones y $ 15.489.084.
Lucro cesante: $ 186.838.377.

2.2 Hechos

Los hechos que relatan en la demanda como fundamento de las pretensiones son, en resumen, los que a continuación se presentan:

2.2.1 El nueve de octubre de 2016, la señorita Leidy Sofía Montaño R., junto con su compañero permanente señor Guillermo León O., sufrieron un accidente de tránsito.

2.2.2 Por la gravedad de sus heridas, las personas que hacían presencia en el sector dieron aviso al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Pitalito.

2.2.3 Como consecuencia de lo anterior, minutos más tarde integrantes del cuerpo de bomberos del Municipio de Pitalito, hicieron presencia y procedieron a brindar los primeros auxilios a los heridos, recogerlos del sitio y trasladados a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.

2.2.4 La señora Leidy Sofía ingresó a la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito el 9 de octubre de 2016, siendo las 3:36 a.m., donde fue valorada por los galenos encargados, quienes determinaron que presentaba traumatismo en miembro inferior izquierdo con fractura expuesta de tibia izquierda, con sangrado no activo, con fragmentos óseos múltiples, por lo cual se ordena RX de rodilla, pie, pierna, cadera, de clavícula derecha y mano izquierda.

2.2.5 Por tratarse de fractura expuesta, la señorita Leidy Sofía se remitió con urgencia a ortopedia.

2.2.6 Como consecuencia de lo anterior, fue valorada por el medico ortopedista de turno, quien determina que la paciente requiere intervención quirúrgica.

2.2.7 En cumplimiento a lo ordenado por el ortopedista de ese hospital y posterior a los trámites necesarios para el efecto, siendo las cinco horas y cuarenta minutos del 9 de octubre de 2016, la paciente es intervenida quirúrgicamente, en donde se le realiza desbordamiento de tejidos desvitalizados y macerados por el trauma, se extraen restos vegetales y tierra, se realiza afrontamiento completo de la herida, y sutura con ETILON 2-0, se coloca fijador externo transarticular para estabilizar fractura tipo AO.

2.2.8 Posterior a esa intervención quirúrgica, se ordenó por parte del galeno RX de pierna lateral y de rodilla lateral.

2.2.9 Según la interpretación del galeno, con respecto a las radiografías solicitadas se concluyó: Adecuada colocación del fijador externo y reducción provisional de la fractura.

2.2.10 No obstante lo anterior, en la radiografía tomada a la rodilla de la paciente e interpretada por el galeno Alma María Daza Cohen el 9 de octubre de 2016, es evidente a toda luz que la señorita Leidy Sofía presenta fractura en su fémur izquierdo.

2.2.11 Sin embargo, una vez estabilizada y siendo remitida nuevamente al área de hospitalización, la paciente es informada que como consecuencia de la máxima cobertura del SOAT sería remitida a la entidad prestadora de servicio, la cual para el caso que nos ocupa es Emcosalud.

2.2.12 Evaluado el caso, Emcosalud determinó que la paciente debería ser tratada en las instalaciones clínicas de la entidad de salud de la ciudad de Neiva.

2.2.13 Una vez ingresada a Emcosalud el 20 de octubre de 2016, fue valorada por el galeno de turno quien determinó: "*al examen físico presenta deformidad acromoclavicular derecha grado II, limitación leve de la movilidad del hombro, fractura de fémur tercio medio*, *presenta fractura de tercioproximal de tibia que compromete los platillos tibiales y al parecer arrancamiento del tendón rotulario*".

2.2.14 Posterior al control realizado y sin tener en cuenta que se determinó en su examen físico, como se establece en el hecho anterior, que la señora Leidy S. presentaba fractura de su fémur tercio medio fue dada de alta y remitida con recomendaciones a su lugar de residencia.

2.2.15 El 8 de febrero de 2017, la paciente ingresa nuevamente a las instalaciones de urgencias del centro médico de Emcosalud, en donde se le practicó retiro de tutor externo por fractura de tibia consolidada y manipulación de rodilla izquierda que se encontró anquilosada consiguiéndose flexo-extensión, de 0-90 grados.

2.2.16 Posterior al procedimiento de retiro del tutor externo, el cuerpo médico de Emcosalud determinó procedente permitir que la paciente saliera de las instalaciones clínicas de la entidad prestadora del servicio, con orden de 15 sesiones de fisioterapia, en las cuales se reiteró que la paciente debería realizar apoyo de su pierna.

2.2.17 A pesar del procedimiento quirúrgico realizado en el hospital de Pitalito y posterior traslado y control en Emcosalud, la señora Leidy Sofía continuó presentando dolores severos en su pierna izquierda, específicamente en la región femoral, los cuales incrementaban severamente con las terapias a las cuales debía someterse, conforme a las órdenes de los médicos tratantes, las cuales especificaban la obligatoriedad de realizar movimientos encaminados al apoyo de su pierna.

2.2.18 Como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta la persistencia de los fuertes dolores en la región femoral de su pierna y la presencia de lo que denominó *"una masa extraña",* la señorita Leidy S. comunicó en reiteradas ocasiones dicha situación a su médico tratante, perteneciente a la planta médica de Emcosalud, quien pese a los reiterados llamados en forma verbal por la paciente hizo caso omiso.

2.2.19 El 21 de febrero de 2017 asiste nuevamente a la entidad médica, debido a la persistencia del fuerte dolor en la región femoral de su pierna izquierda, refiriendo que continúa con dolor en la pierna izquierda, los cuales se intensifican en la terapia física, ordenada por el Galeno, en una intensidad de dos sesiones al día.

2.2.20 Posterior a la evaluación inicial en la sala de urgencias Emcosalud, la paciente es remitida a control con ortopedia, debido al diagnóstico con el que contaba la misma.

2.2.21 Como consecuencia, el 6 de abril de 2017 la paciente acude a control con ortopedia, por fractura de tibia proximal izquierdo, abierta tratada con tutor externo por un lapso de tiempo de 6 meses, con retiro de tutor en los dos meses anteriores.

2.2.22 Una vez valorada por el medico ortopedista encargado, este determinó que la paciente presentaba herida cicatrizada en buen estado, anquilosis de rodilla y movilidad anormal en tercio distal de fémur, razón por lo cual solicita rayos x de fémur distal izquierdo prioritaria, rayos x de rodilla izquierdo prioritaria y ordenó que la paciente asistiera nuevamente a control por ortopedia con resultados de rayos X y recomendó no realizar apoyo de la pierna izquierda, contrario a lo prescrito por los médicos tratantes, quienes ordenaron sesiones con intensidad prevista en dos veces por día.

2.2.23 Como consecuencia de la última orden emitida y posterior a la realización de los exámenes pertinentes, el 11 de abril del año 2017 la paciente asiste nuevamente a control de fractura de tibia proximal con lesión del tendón rotuliano que fue tratada con tutor externo, por fractura abierta en accidente de tránsito, en donde posterior a la evaluación del médico, se determina que la misma presenta movilidad anormal en tercio distal de fémur y anquilosis de rodilla izquierda, rayos x fractura de fémur distal cabalgada secundaria a clavo de Schanz del tutor externo.

2.2.24 Diagnóstico correspondiente a la *"masa extraña"* a la cual hacía referencia la demandante y a la cual el cuerpo médico de las entidades convocadas hizo caso omiso, permitiendo de esta forma que la gravedad de la lesión padecida por la señorita Leidy Sofía aumentará.

2.2.25 De igual forma, cabe resaltar como, una vez practicados los exámenes pertinentes y tal como puede constatarse en su historia clínica, se determinó que la fractura de fémur, diagnosticada tardíamente, ya que se generó desde el momento de la ocurrencia del accidente de tránsito y el daño se intensificó como consecuencia de las terapias de apoyo a las cuales se encontraba sometida la paciente, en cumplimiento a las órdenes impartidas por los médicos tratantes.

2.2.26 Debido a la presencia y gravedad del nuevo diagnóstico, siendo éste la fractura de fémur, que había sido omitida por los médicos tratantes tanto del hospital de Pitalito como de Emcosalud, se programa la paciente de carácter urgente para la realización de osteosíntesis de fémur, con clavo bloqueado retrogrado previa liberación qx de la anquilosis de rótula.

2.2.27 Como resultado del procedimiento mencionado en el hecho anterior, los galenos encargados determinan como nuevo diagnóstico de la señorita Leidy Sofía Montaño fractura de fémur izquierdo inveterada en seudoartrosis rodilla rígida.

2.2.28 La señorita Leidy Sofía ha sufrido los graves perjuicios debido a las omisiones en que incurrió el cuerpo médico o asistencial al momento de prestar el servicio de salud, excluyendo la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio público.

2.2.29 Es así como, el cuerpo médico, tanto del hospital de Pitalito como de Emcosalud, omitieron en su diagnóstico la fractura de fémur que la misma presentó desde la ocurrencia del accidente y como consecuencia de ello, todos los posibles tratamientos que requería para su correcta recuperación, además de omitir los constantes llamados a los padecimientos de la paciente, causando consecuencia la irreversible pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje del 58,45%.

2.2.30 Aunado a lo anteriormente mencionado, cabe destacar cómo el personal médico ordenó terapias consistentes en apoyo de la pierna lesionada, aumentando el grado de la lesión padecida por la actora.

2.2.31 El comportamiento de las accionadas conllevó a que la señora Leidy Sofía no pudiese haber recibido el tratamiento médico adecuado que le garantizara la correcta recuperación de la movilidad de su pierna izquierda e incluso recuperar en su totalidad las funciones de la misma o, como riesgo común, evitar la pérdida o disminuir el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, con la que actualmente cuenta.

2.2.32 Aunado a ello, el accionar de las demandadas desembocó en que la señorita Leidy Sofía tuviera que someterse a dos intervenciones quirúrgicas, aun siendo posible que los procedimientos se realizaran en uno solo, incapacitándola por un lapso de tiempo aproximado de 13 meses, durante los cuales dejó de percibir la suma de $1.290.757 por cada uno, salario que normalmente devengaba por la prestación personal de sus servicios como profesora de educación física, en la institución educativa normal superior del municipio de Pitalito.

2.2.33 Mediante examen radiológico, emitido por el "Centro de Diagnóstico del Sur S.A.S.", del 4 de septiembre de 2017, se concluyó que Leidy Sofía sufrió "*acortamiento severo del miembro inferior izquierdo, con irregularidades corticales y cambios por quirúrgicos a nivel del fémur distal izquierdo".*

3.1 Fundamentos jurídicos

- Constitución Política: arts. 48 y 90.
- CPACA: arts. 140, 164, 229, 230 y ss del CPACA.
- Sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado del 11 de agosto de 2010 CP Mauricio Fajardo G.
- Sentencia de la sección cuarta del Consejo de Estado del 10 de diciembre de 2014 CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

4 Actuación Procesal

La demanda fue admitida por auto del 7 de marzo de 2018, ordenando notificar a las entidades demandadas y a los demás intervinientes (fls. 149-149 vlto.).

Por auto del 17 de febrero de 2020, se rechazó por extemporáneo el llamamiento en garantía formulado por la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito respecto de la compañía de Seguros La Previsora S. A., la Asociación Sindical de Servicios Médicos de Pitalito y la entidad Gremio Calidad Humana.

Al desatar el recurso de apelación propuesto contra esa decisión, fue confirmada el 17 de noviembre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Huila.

Por auto del 23 de febrero de 2023, se decretó además la nulidad de lo actuado respecto de Emcosalud desde la notificación del auto admisorio de la demanda practicada el 7 de mayo de 2018 (samai índice 43).

El 5 de mayo de 2023 se admitió el llamamiento en garantía formulado por Emcosalud respecto de la Aseguradora Colombiana de Fianzas Confianza S. A. (samai índice 49).

El 20 de marzo de 2024 tuvo lugar la audiencia inicial (samai índice 61). El 21 de agosto y el 28 de octubre de 2024 se celebró la audiencia de pruebas (samai índices 70 y 76). Finalmente, el proceso entró al Despacho para tomar la decisión de fondo.

5 Contestación de la Demanda

5.1. Razones de la defensa

5.1.1 ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito

Contestó la demanda de modo extemporáneo, según constancia secretarial (fl. 178).

5.1.2 Emcosalud IPS (samai índice 46).

Su apoderado informó en primer término que Emcosalud es una IPS prestadora de servicios de salud para atención de consulta externa en I y II nivel de atención, toma de laboratorios, citologías, vacunación y ayudas e imágenes diagnosticas que contrata con diferentes EPS, pero que no tiene habilitados servicios de urgencias, hospitalización ni cirugía, pues tiene habilitados servicios de consulta externa en I y II nivel de atención.

Añadió que las condiciones de un paciente son cambiantes y nunca permanecen estáticos y que en la demandante se generaron una serie de condiciones que se fueron ajustando a medida de su propia evolución.

Precisó además que la paciente se halla en proceso de recuperación, por lo que no puede pretender que se califique su pérdida de capacidad laboral cuando está en pleno tratamiento y en proceso de recuperación, datos con los cuales la Junta de Calificación de Invalidez no puede ofrecer una calificación definitiva.

Fue además intervenida quirúrgicamente, conforme se señala en la historia clínica, para la realización del alargamiento de fémur como parte del proceso de recuperación y el daño que padeció está directamente ligado al accidente de tránsito que sufrió, en el cual no tuvo nada qué ver Emcosalud.

El apoderado pasó luego a esgrimir excepciones. Propuso "*Falta de legitimación en la causa por pasiva",* indicando que si medió falla en los servicios de urgencias, hospitalización y cirugía Emcosalud IPS no debe responder, porque no ofrece esos servicios; *"Inexistencia de nexo de causalidad",* diciendo que no hubo omisión alguna de su representada; *"Diligencia y cuidado, ausencia de culpa en la prestación de los servicios médicos"; "La actividad médica constituye una obligación de medios, no de resultado"; "Inexistencia de dependencia económica - improcedencia de la reclamación material con ocasión al lucro cesante consolidado y futuro"; "Falta de legitimación en la causa por activa",* advirtiendo que en la demanda se pretende la reparación de daños morales al señor Guillermo León Ordóñez Semanate, pero en los documentos allegados no se prueba su vínculo como compañero permanente de la actora; y las excepciones innominadas.

5.1.3 Seguros Confianza S. A., citada en garantía (índice samai 53).

Su apoderada expresó en primer lugar que se opone a la prosperidad de las pretensiones, en atención al hecho de que no media prueba de un nexo causal entre el presunto daño sufrido por los actores y una acción u omisión imputable a Emcosalud IPS, su asegurada.

Pasó después a pronunciarse sobre los hechos en que se fundó su llamamiento en garantía a estas diligencias. En lo referente al llamamiento en garantía, propuso las excepciones de *"ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad a cargo de la Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud"; "límite de valor asegurado para los amparos contratados y existencia de deducible pactado";* y de *"prescripción de la acción derivada del contrato de seguros".*

Respecto de la demanda, esgrimió las excepciones de "*Falta de legitimación en la causa de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud para ser demandado en el proceso",* diciendo que, por su propia naturaleza, Emcosalud no prestó directamente servicios de salud, por cuanto no tiene habilitados esos servicios; *"Ausencia de nexo causal que derive en la declaración de alguna responsabilidad de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud",* ya que las atenciones médicas siempre fueron encaminadas a establecer el real estado de la salud de la actora y a mejorar su calidad de vida con los diferentes procedimientos efectuados; *"las obligaciones del personal médico tratante fueron de medios y no de resultado";* "*improcedencia del reconocimiento del daño emergente pretendido"* y la genérica.

5.1.4 Respuesta a las excepciones (samai índices 48 y 54).

Respecto de la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"* formulada por Emcosalud, el apoderado de los demandantes respondió que esa empresa sí le prestó servicios de salud a Leidy Sofía. Emcosalud es un grupo empresarial, añadió, y en la historia clínica consta que la actora ingresó a la Clínica Saludcoop.

En cuanto a la excepción de *"Inexistencia de nexo causal",* refirió que el personal médico de Emcosalud no realizó los exámenes pertinentes (radiografías) para determinar el estado de salud y el grado de las lesiones de la paciente, con los cuales se pudo evidenciar la fractura de fémur que no fue tratada ni por el Hospital San Antonio de Pitalito, ni por la demandada, motivo por el cual se prueba una falla en el servicio prestado a la demandante.

En lo referente a la excepción de *"Relación entre la falla en el servicio médico prestado a la señora Leidy Sofia Montaño Rojas y el daño ocasionado*", indicó que las consecuencias de la falla de la prestación del servicio que sufrió la actora se encuentran demostradas.

Sobre la excepción de "*Diligencia y cuidado, ausencia de culpa en la prestación de servicios médicos"*, insistió en que Emcosalud incurrió en una falla del servicio al no haber realizado los procedimientos pertinentes y oportunos para el tratamiento de la fractura de fémur

izquierdo, omitiendo por completo su existencia y ordenando un tratamiento para la extremidad de la paciente, que involucraba, entre otras recomendaciones, terapia de levantamiento de peso, lo cual escapa al entendimiento de la razón o sana crítica, pues se le ordenó levantar peso con una pierna fracturada. Adicionalmente, cabe destacar que, se le ordenó movilizar la articulación de la rodilla de su pierna fracturada.

En lo relacionado con la excepción de "*La actividad médica constituye una obligación de medio y no de resultado",* reiteró las razones expuestas respecto de la anterior excepción.

En lo que mira a la excepción de "*Falta de legitimación en la causa por activa",* respondió que carece de sustento, por cuanto desde hace 12 años media una relación entre el señor Guillermo León Semanate y la señora Leidy Sofía, lo que se prueba con el registro civil de matrimonio, que se allega ahora.

El representante de los actores se pronunció también frente a las excepciones propuestas por Seguros Confianza S. A. En lo referente a la excepción de *"Falta de legitimación en la cusa de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud para ser demandada en el proceso",* reiteró lo expuesto en respuesta a esa misma excepción cuando fue propuesta por Emcosalud.

En cuanto a la excepción de *"Ausencia de nexo causal que derive en la declaración de alguna responsabilidad de la Empresa Cooperativa de Servicios de Salud Emcosalud*", relacionó de nuevo los perjuicios causados por las omisiones atribuibles al personal médico tratante.

Respecto de la excepción de *"Cuantificación excesiva y sin soporte probatorio de los perjuicios extrapatrimoniales pretendidos",* respondió que con la demanda se allegaron registros civiles de nacimiento, los cuales permiten constatar la relación familiar entre los demandantes, por lo que la estimación propuesta por la parte actora y la base de liquidación se encuentran plenamente demostradas y justificadas.

El apoderado de los actores, reprodujo también la imagen de la radiografía tomada el 9 de octubre de 2016 (fl. 94), día en que ocurrió el accidente, que muestra claramente la fractura que no fue tratada y provocó el daño a la paciente.

En lo que hace finalmente a la excepción de *"Improcedencia de reconocimiento de perjuicios por lucro cesante pretendidos con la demanda",* sostuvo que se probó la disminución patrimonial sufrida como ganancia frustrada de la actora. Por ende, los perjuicios reclamados por este concepto tienen sustento probatorio y los cálculos realizados van acorde a lo establecido jurisprudencialmente.

5.2. Alegatos de conclusión

5.2.1 Parte demandante (samai índice 80).

Su apoderado indicó en primer término que con las pruebas documentales decretadas e incorporadas por su despacho en la presente litis se corroboró el testimonio rendido por el especialista Dallan Geller Hernández R., en audiencia de practica de pruebas celebrada el 28 de octubre de 2024, según el cual la paciente aún tiene procedimientos por hacer, para tratar su padecimiento.

El Doctor Dallan Geller afirmó también que había posibles consecuencias positivas en el estado de salud de la paciente si se hubiera realizado una valoración inicial correcta y se hubiese tratado conforme a tal patología.

El testigo mencionó igualmente que los padecimientos que actualmente aquejan a la actora no son producto del accidente que sufrió, sino del acortamiento y alargamiento del hueso, que, a su vez, se debió a que no fue diagnosticada y tratada a tiempo la fractura.

La fisioterapeuta Leidy Yaneth Becerra N. declaró a su vez que existió negligencia a la hora de valorar las lesiones que tenía Leidy S., por cuanto no hubo una valoración acertada de las fracturas que tenía en su pierna.

Hizo saber también que debido al diagnóstico incompleto o erróneo no se logró evolucionar de buena manera en las terapias y cuando ya existió un diagnóstico acertado, la situación de salud de la paciente era muy desfavorable. Las aseveraciones de la testigo se confirman además con lo ella misma consignó en el formato de resumen de fisioterapia No. de historia 1083881505.

El representante de la parte demandante pasó luego a relacionar el daño causado a cada uno de los actores, recordando que la señora Leidy Sofía fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, que le estableció el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 58,45% y aludió además a los testimonios de los señores Kalia Yulimne Munar Forero, Diego Fernando Rojas Ariza y Adriana Sofía Trujillo Perdomo.

Transcribió por último fragmentos de sentencias del Consejo de Estado acerca de la pérdida de oportunidad y a la forma en que se debe prestar el servicio médico y pidió que se acceda a todas las pretensiones de la demanda y se repare de manera integral los perjuicios causados a los demandantes.

5.2.2 ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito

Guardó silencio, según constancia secretarial (samai índice 82).

5.2.3 Emcosalud IPS (samai índice 81).

Insistió en las razones expuestas al contestar la demanda y tachó como *imparcial* el testimonio de la fisioterapeuta Leidy Becerra, quien además al parecer no tuvo acceso a toda la historia clínica de la paciente, porque refirió que en ese historial no había constancia de la fractura de fémur, cuando la historia clínica de la Clínica Emcosalud identifica esa fractura en atenciones de octubre, noviembre y febrero y la fisioterapeuta la atendió más tarde.

Cerró su escrito subrayando que las atenciones desplegadas por la Clínica Emcosalud no tuvieron repercusión en el proceso de recuperación y en la limitación de la movilidad que hoy reclama la parte actora, pues, como ha quedado claro, esto es producto del trauma por el accidente de tránsito sufrido.

5.2.4 Seguros Confianza S. A.

Guardó silencio, según constancia secretarial (samai índice 82).

5.2.7 Ministerio Público

Guardó silencio.

VI. Consideraciones

6.1 Problema jurídico

¿Las entidades demandadas son patrimonialmente responsables por los perjuicios reclamados por los demandantes, con motivo de la pérdida de la movilidad del miembro inferior izquierdo de la señora Leidy Sofía Montaño derivada de la presunta pérdida de oportunidad con ocasión a la atención médica recibida o si, por el contrario, se encuentran probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas?

6.2 Marco Jurídico

La Constitución Política consagró la cláusula general de responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

> *"Articulo 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".*

Bajo tal 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.

El **Daño Antijurídico** es entendido jurisprudencialmente *como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación* (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enríquez).

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera: *"imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño"* (sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, MP Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Por último, en cuanto al **nexo de causalidad** entre el hecho de la administración y el daño causado, nuestro órgano[1] de cierre, trayendo a colación apartes de la doctrina francesa, ha considerado que este es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es, la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla.

En tratándose de la falla del servicio, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad, y en los casos de los títulos objetivos, se admite la responsabilidad inmediatamente el daño se relaciona con la actividad del demandado, con independencia de que se acredite o no la culpa.

A partir de la disposición constitucional transcrita, 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,

[1] Consejo de Estado, sección tercera, CP María Elena Giraldo G., sentencia del 10 de agosto de 2005, rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad demandada 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 al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados.

6.3 Sobre la pérdida de oportunidad

Uniforme jurisprudencia del H. Consejo de Estado al respecto ha delineado su naturaleza:

> *[L]a pérdida de oportunidad, como daño autónomo, 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 afección 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 otros tipos de daño.*
>
> *En otros palabras, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización (…)*[2].

En providencia de 30 de enero de 2013[3], el H. Consejo de Estado enseñó además que para tener por acreditada la pérdida de oportunidad debían reunirse los siguientes requisitos, a saber[4]:

(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'*[5] *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*[6]*;*

---

[2] Consejo de Estado, Sec. Tercera, subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38267, CP Danilo Rojas Betancourth.
[3] Consejo de Estado, Sec. Tercera, subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23769, CP Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41073, CP Hernán Andrade Rincón.
[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª., sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[5] Cita textual del fallo: Trigo Represas, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación,* Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.
[6] Cita textual del fallo: 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.*

(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 hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida[7]*; 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[8]*-;*

(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'[9]*.*

6.4 Caso concreto

Pruebas Documentales

1. Poderes debidamente otorgados (fls. 1-5).
2. Copias de las cédulas de ciudadanía de Leidy Sofía Montaño R., Guillermo León Ordóñez Semanate, Karla Melissa Montaño Rojas, María Denis Rojas Torres y Carlos Enrique Montaño Henao (fls. 8-12).
3. Copia del reporte de epicrisis de Leidy Sofía Montaño, emitido por el Hospital Departamental de Pitalito (fls. 46-62).
4. Copia del reporte de epicrisis de Leidy Sofía, emitido por Emcosalud, sede Pitalito (fls. 63-90).
5. Copia de los informes de RX realizados a Leidy S. y emitidos por el Centro Diagnóstico del Sur S.A., del 6 de diciembre de 2016, del 6 de enero de 2017 y del 3 de abril de 2017
6. Radiografía de su rodilla izquierda, del 9 de octubre de 2016 (fls. 91-93).
7. Copia del formato resumen fisioterapia, de Cardiosoval SAS (fls. 95-100).
8. Copia de la historia clínica de ortopedia y traumatología (fls. 101-106).
9. Copia del reporte de incapacidades de Leidy Sofía (fls. 107-113).

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.

[7] 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.

[8] Cita textual del fallo: "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.

[9] Cita textual del fallo: Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil,* Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

10. Copia del dictamen N°. 7575 de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional de Leidy Sofía, del 8 de mayo de 2017, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila. Valor final de la PCL/Ocupacional= 58,45% (fls. 117-120).
11. Copia del examen radiológico practicado en el Centro de Diagnóstico del Sur SAS (fls. 121-126).
12. Copia del Decreto 190 del 22 de mayo de 2013, expedido por la Alcaldía de Pitalito, por el cual trasladan a Leidy Sofía (fls. 127-129).
13. Copia del acta de posesión N°. 1967 de Leidy Sofía, como docente en propiedad, expedida por la Alcaldía de Pitalito (fls. 131).
14. 1 CD con la historia clínica de Leidy Sofía (fl. 174).
15. Historia clínica de la paciente en consulta externa en Emcosalud (samai índice 46 LEIDY SOFIA MONTAÑO HC CON EXTERNA.pdf).
16. Historia clínica ortopedia, traumatología y rehabilitación en Emcosalud (samai índice 46, LEIDY SOFIA MONTAÑO HC ORTOPEDIA Y REHABILITACION.pdf).

Testimoniales

Oído el 21 de agosto de 2024:

HÉCTOR JULIO CUERVO RAMÍREZ, médico, especialista en ortopedia y traumatología. También hizo un postgrado en ortopedia infantil. 34 años de experiencia profesional. Es médico traumatólogo de planta de Emcosalud. Ella sufrió un accidente, fue atendida el 9 de octubre de 2016 en el hospital de Pitalito. Hubo diagnóstico de fractura de tibia izquierda y que hubo pérdida ósea. En otras cosas, se le colocó un tutor externo. Se le hizo una intervención el 13 de octubre. Ingresó el 19 de octubre de 2016 a la Clínica Emcosalud de Neiva. El declarante la recibió en el servicio de urgencias. Se le diagnosticaron además una luxación acromioclavicular -una lesión en la clavícula- y una fractura de fémur distal. Un accidente con mucha energía, como es un accidente de tránsito, donde hay una gran pérdida ósea es de esperar que haya acortamientos, pero el acortamiento no se debe al tratamiento de la fractura en sí, sino al efecto que produce el trauma de pérdida ósea. La paciente se hospitalizó porque la cirugía de luxación no es de urgencia. No estaba indicado inmediatamente el tratamiento de la fractura de fémur, porque había un fijador que estaba resolviendo la estabilidad de la fractura, era un fijador externo. En ese momento estaba estabilizada. El cabalgamiento de la fractura -los extremos fracturados no coinciden- no es inherente al tratamiento, sino al trauma inicial, por una gran pérdida ósea en la tibia. Inicialmente fue una fractura abierta donde había exposición ósea. Lo que hizo el ortopedista que la ingresó fue lo que se hace, tratar de no dejar descubierto el hueso, pero se cubre con unos tejidos que están traumatizados, con baja circulación. Cuando llegó a Emcosalud, no se había establecido todavía la fractura de fémur. A lo mejor la fractura no estaba cabalgada y de pronto no se detectó en Pitalito fácilmente. Indirectamente la fractura de fémur había sido tratada allá, porque con el fijador externo, así no lo hubieran enunciado, la fractura ya estaba estabilizada que era el tratamiento inicial. El fijador externo estaba haciendo el tratamiento, así no figurara el diagnóstico. El tutor se colocó para el tratamiento de la fractura de tibia, pero había que fijar unos clavos en el fémur y otros en la tibia, estaba haciendo el tratamiento ya. Al mostrarle la radiografía a folio 95 del cuaderno 1 (7 del escrito que descorrió excepciones de la aseguradora, samai índice 54), el Doctor Cuervo R. respondió que ese es el cabalgamiento, la superposición de los bordes. No es ninguna radiografía inicial. Es antes de que el Doctor Jefferson operara esa fractura, porque estaba cabalgada y no había pegado. Es que aquí es una fractura que se sale del protocolo clásico del tratamiento de una fractura de fémur, porque estaba acompañada de una fractura de tibia proximal con una pérdida ósea y una lesión de tejidos blandos. En este caso, el fijador era lo indicado para estabilizarla, no para tratarla, porque el tratamiento se realizó más tarde. Es un tratamiento integral con el fijador para las dos fracturas, con el fijador externo. Hubo terapias y el declarante supone que la fractura de fémur ya había pegado o cabalgado y la fractura de la tibia ya estaba consolidada.

El apoderado de la parte actora tachó el testimonio del Doctor Cuervo R. de posible parcialidad, por trabajar para Emcosalud, empresa demandada en este proceso.

Oídos el 28 de octubre de 2024:

LEIDY YANETH BECERRA NEUTA, fisioterapeuta, especialista en actividad física. Vive en zona rural de Pitalito. La señora Leidy Sofía llegó a su consultorio con un diagnóstico de fractura de tibia

para hacer la rehabilitación. Luego de un tiempo, se cuestionó por la evolución de la lesión siendo una fractura de tibia. No era la evolución esperada. Algo no encajaba en la recuperación. En el control con ortopedista, se dieron cuenta de que realmente tenía una fractura de fémur que no fue tratada a tiempo. La declarante la trató primero seis meses, luego varias veces por casi tres años. Una consecuencia es el dolor permanente de espalda y cadera. Inicialmente se trabajó la fractura de tibia, porque ese era el diagnóstico, no la fractura de fémur. En este momento, ella tiene alteración de la marcha, porque presenta todavía acortamiento del miembro inferior afectado y escoliosis, desvío de la columna y también tiene mucho dolor.

KALIA YULIMNE MUNAR FORERO, docente, compañía de Leidy Sofía. Vive en Pitalito. Ella se accidenta en la vía a Timaná. Era muy activa, era la profesora de danzas que hacía la capacitación para la Normal Superior de Pitalito. Vemos que ella todavía no se recupera. Cada vez pierde más movilidad. Tiene que pararse con ayuda de un bastón. La familia tiene que ayudarla.

DALLAN GELLER HERNÁNDEZ RAMÍREZ, médico ortopedista y especialista en microcirugía en miembros superiores. Ya le habían hecho como dos cirugías cuando el declarante la atendió. Era una fractura de fémur. Estaba fragmentada en dos sitios. La fractura no había consolidado y tenía un defecto del hueso. Le hizo una cirugía para consolidar el hueso. El pie quedó torcido, por lo que tocó hacerle una segunda intervención, la última que le ha hecho el declarante. En el momento está a la espera de que consolide el hueso. Tiene además un tornillo cerca de la cadera que fue difícil extraerlo, probablemente tocará volverla a operar para extraerlo. Después de que consolide el hueso, habrá que extraerle también la placa, que es grandísima y molesta. Toca esperar. El declarante le hizo acortamientos en agudos. Ella tuvo varias fracturas. La fractura del fémur, alta, consolidó bien, desde el principio. Y una fractura en la rodilla, que fue la que no consolidó. Ella tiene unas secuelas traumáticas por el accidente. Tiene artrosis postraumática. Tiene unas secuelas de fractura en la rodilla. Todo es consecuencia del trauma. La fractura de fémur distal llegó sin tratamiento quirúrgico. Si hubiera habido manejo quirúrgico inicial, es factible que hubiera consolidado. El acortamiento se hizo para que consolidara el hueso. La dificultad en la rodilla es por el trauma que tuvo.

DIEGO FERNANDO ROJAS ARIZA, normalista superior y culmina en la actualidad la licenciatura en educación física. Amigo Leidy Sofía, tiene una afectación en la pierna. Se le formó un bulto en la mitad de la pierna. El declarante le dijo que podía ser fractura de fémur. Lo confirmó más tarde el médico. Ella era muy activa, era bailarina jugaba baloncesto, ganaba campeonatos con el colegio. Ya no hace lo que hacía antes. La pareja de Sofía es Guillermo León O., desde más o menos hace 10 años. Ellos ya no se comportan como antes, porque ella era muy alegre. Adicional a lo que hacía en las terapias, en casa hacía trabajo. De que se le pusiera un poco de peso a la pierna con ayuda del declarante. Se ponían unas pesitas pequeñas en el tobillo de una libra más o menos. No recuerda las fechas. No recuerda si ella tenía tutor o clavos.

ADRIANA SOFÍA TRUJILLO PERDOMO, licenciada en educación física, especialista en pedagogía y magister en curriculum y evaluación. Docente en la Normal Superior de Pitalito. A Leidy Sofía le hicieron una cirugía, no se dieron cuenta de una fractura en el fémur, lo que le ha implicado incapacidades y muchos problemas para desempeñarse como docente de educación física. Ella es pareja del profesor Guillermo León Ordóñez. Leidy Sofía fue estudiante en bachillerato de la declarante. Ahora, su ánimo ha decaído. Se nota en ella dolor, tristeza y cansancio, a pesar de tantas cirugías. Eso también se observa en Guillermo y la familia.

Interrogatorio de parte

Oído el 21 de agosto de 2024

LEIDY SOFÍA MONTAÑO R.: licenciada en educación física, con maestría en actividad física y salud y doctorado en actividad física y deporte. Es maestra de educación física en la Escuela Normal Superior de Pitalito. Le implantaron el tutor externo para sujetar la tibia y el peroné que habían sufrido fractura con minuta. El tutor externo es sujetado desde el fémur. En el hospital de Pitalito le dijeron inicialmente que tenía fractura múltiple de tibia y peroné. Le tomaron radiografías. Estuvo allí cerca de 10 días. No se le informa nada más. Unos días la trasladan a Neiva a la Clínica Emcosalud, en razón al Soat. En Neiva fue recibida por otros dos ortopedistas. Estuvo allí hospitalizada como un

mes. Después de que la dieron de alta, el ortopedista García la remite a terapia. Le retiran el tutor, el dolor era increíble. Así duró más de dos meses en terapia. Le insistía al médico en que tenía dolor en el muslo. Respondía que hiciera masajes, que caminara, que hiciera apoyos. Un día empezó a sentir que tenía una pierna más corta que la otra. Un pariente médico le dijo que había fractura de fémur. Fue a Neiva, por fin el médico le puso atención y le dijo que estaba fracturada. Le ordenó una radiografía y efectivamente los fémures estaban uno sobre otro. Llevaba ya más de 5 meses sin el tratamiento adecuado. Se hizo ver por un ortopedista externo. Le dijo que había que cortar los dos lados del hueso. Lleva 18 cirugías y está pendiente de otra. En una radiografía que le habían tomado inicialmente en el hospital donde es evidente que el hueso estaba fracturado y corrido algunos centímetros hacia el lado. Al principio le habían hablado de que podía perder la pierna por la tibia y el peroné, nunca se le prestó atención al fémur. Esto no se acaba, luego de 7 años. Antes tenía una vida muy activa. Era deportista. El problema no es pues solamente estética. Ninguno de sus hábitos o actividades son ahora los mismos. Ya no puede correr ni saltar ni bailar. Hay una pierna más larga que la otra. Guillermo León Ordóñez, su pareja, maestro en música, ha tenido que ayudarla a lidiar con los dolores de la noche. Duró alrededor de 4 meses con el tutor externo. Actualmente sigue con controles médicos, de fisiatría y ortopedia. A día de hoy labora como docente, ha sido intermitente, más por efectos de supervivencia económica. Siempre ha estado vinculada al magisterio. La tienen con médico laboral.

Sustentación de Dictamen Pericial

Oída el 21 de agosto de 2024 y rendida por el Doctor *SIXTO ALFONSO PÁRAMO QUINTERO*, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila. Médico, especialista en salud ocupacional. Magister en bioética. Hace parte de la Junta desde 2023. Explicó que el dictamen estaba viciado por error grave, al haber usado una normatividad que no era la aplicable. Hay una pérdida de capacidad, pero la paciente no está amputada. El Decreto 1507 no permite la analogía. No puede entonces sustentar un dictamen con errores graves. Ella tuvo un accidente el 9 de octubre de 2016. Era un trauma severo. La fractura de fémur fue diagnosticada por los médicos y fue tratada. Hubo retiro de material de osteosíntesis, o sea que tuvo que ser tratada.

6.5 Examen del Caso

Sitúa su atención el Despacho en la atención en salud brindada a la señora Leidy Sofía Montaño R., en la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito (Huila), de segundo nivel de atención en salud y en la Clínica Emcosalud de Neiva, luego de que le sobreviniera un accidente de tránsito, en la vía que conduce de Timaná a Pitalito.

En la madrugada del 9 de octubre de 2016 la demandante, de 27 años en ese momento, docente en la Escuela Normal Superior de esa ciudad, se transportaba en una motocicleta como parrillera, cuando tuvo lugar el accidente.

Llevada por una ambulancia al Hospital Departamental San Antonio, fue intervenida quirúrgicamente y se le colocó un fijador externo para estabilizar la fractura y ayudar a mantener los huesos en posición adecuada.

Enviada el 19 de octubre de 2016 a la Clínica Emcosalud de Neiva, se le diagnosticaron además una lesión en la clavícula y una fractura de fémur distal. Fue operada, se le dio salida y se le ordenaron terapias y controles, en los que continúa en la actualidad y tiene aún pendientes otros procedimientos.

La parte demandante se queja abiertamente entonces de que medió una pérdida de oportunidad para la adecuada recuperación o para la no pérdida o reducción en el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral de la actora.

Se inclina en esencia a creer que medió omisión al no haberse diagnosticado de modo oportuno la fractura de fémur producida por el accidente.

Está persuadida así de que el personal médico de la ESE Hospital Departamental San Antonio de Pitalito y de la Clínica Emcosalud de Neiva evadió su deber de brindar a la señora Leidy Sofía el tratamiento adecuado que le asegurara la recuperación de la movilidad de su pierna izquierda e incluso recobrar enteramente las funciones de esa extremidad inferior o impedir la pérdida o reducir el porcentaje de su disminución de capacidad laboral.

Hizo hincapié en el hecho por ejemplo de que en la radiografía tomada a la paciente el día del accidente era evidente que presentaba fractura en su fémur izquierdo.

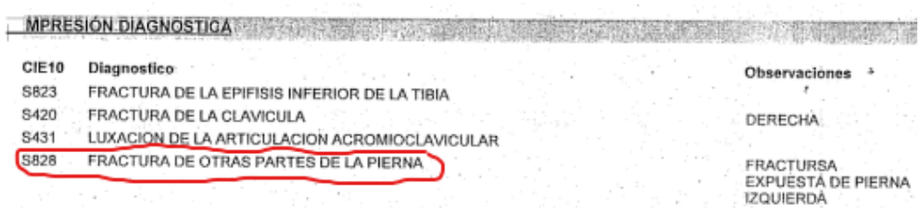
Puso de manifiesto también que el daño se agudizó a consecuencia de las terapias de apoyo a las que fue sometida, acatando las órdenes impartidas por los médicos, sin que tuviera noticias en ese momento de la fractura de fémur, lo que confirma la creencia de que no se satisfizo el deber de prestar un servicio apropiado.

Pues bien, de las pruebas arrimadas a la foliatura se desprende, más bien, que no media la pérdida de oportunidad alegada ni se advierte tampoco que hayan sobrevenido omisiones que conllevaran a la pérdida alegada.

Véase en primer término que al llegar al hospital de Pitalito el día del accidente a la demandante le fue formulado el siguiente diagnóstico:

"…traumatismo en miembro inferior izquierdo, con fractura expuesta de tibia izquierda, con sangrado no activo, con fragmentos óseos multiples" (fl. 46 vlto.).

Además de la fractura de la tibia y de una fractura en la clavícula, se le diagnosticó el 17 de octubre fractura en *otros* lugares de la pierna, así (fl. 51):



IMPRESIÓN DIAGNOSTICA

CIE10	Diagnostico	Observaciones
S823	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA	
S420	FRACTURA DE LA CLAVICULA	DERECHA
S431	LUXACION DE LA ARTICULACION ACROMIOCLAVICULAR	
S828	FRACTURA DE OTRAS PARTES DE LA PIERNA	FRACTURSA EXPUESTA DE PIERNA IZQUIERDA

Si bien al llegar más tarde a la Clínica Emcosalud de Neiva le fue diagnosticada con más precisión *"fractura de fémur tercio medio"* (fl. 64) y se le dio manejo quirúrgico, la circunstancia de no haber sido advertida esa lesión en Pitalito no irradió consecuencias dañosas sobre la recuperación de la paciente.

Al ser recibido como testigo el Doctor Héctor Julio Cuervo R., ortopedista y traumatólogo y quien atendió a la paciente en la Clínica Emcosalud, declaró en efecto que esa lesión pudo haber pasado inadvertida en el hospital de Pitalito, porque la fractura no estaba cabalgada[10], pero agregó lo siguiente:

> *"…Indirectamente la fractura de fémur había sido tratada allá* [en Pitalito], *porque con el fijador externo, así no lo hubieran enunciado, la fractura ya estaba estabilizada que era el tratamiento inicial. El fijador externo estaba haciendo el tratamiento, así no figurara el diagnóstico…"*

[10] Fractura cabalgada es aquella en la que las corticales -tejido óseo que constituye la capa externa del hueso- están opuestas y sin contacto. MAURENTE, Mathias et al. *Fracturas del extremo distal del radio en el esqueleto inmaduro: estudio epidemiológico en el Centro Hospitalario Pereira Rossell.* Anfamed, Montevideo, v. 11, n. 1, e401, 2024. Disponible en http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-12542024000101401&lng=es&nrm=iso.

Vemos pues que en los escasos diez días en que la paciente permaneció en el centro hospitalario de Pitalito la fractura de fémur sí fue tratada, así no se hubiera consignado con precisión ese dato en la historia clínica.

La pérdida de oportunidad tiene lugar entonces cuando se tiene la posibilidad de obtener un provecho o de no padecer un perjuicio y ello se frustra por un hecho antijurídico imputable a un tercero, surgiendo incertidumbre acerca de si el efecto beneficioso o lesivo se habría producido o no, pero siendo también nítido que una expectativa se extinguió de manera irreversible.

El Consejo de Estado ha enseñado así que para probar la pérdida de la oportunidad deben satifacerse los siguientes requisitos: i) certeza sobre la existencia de una oportunidad que se pierde ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el daño; y iii) averiguar si el afectado estaba en una situación idónea para pretender el resultado esperado.

Ha subrayado empero que el hecho de que se trate de un caso de incertidumbre causal no justifica convertir la pérdida de oportunidad en un título de atribución de responsabilidad encaminado a remediar ese inconveniente, porque de ser así se eximiría a la parte actora de la carga de probar el nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio y se beneficiaría a una de las partes con una presunción de causalidad inexistente en detrimento del principio de igualdad[11].

En el caso examinado, el Doctor Dallan Geller Hernández R., también ortopedista de Emcosalud, sostuvo por ejemplo que si a esa lesión de fémur se le hubiera dado manejo quirúrgico inicial era *factible* que el hueso hubiera consolidado. Esa aseveración constituye sin embargo una conjetura que no satisface el requisito de que medie una probabilidad cualificada -certeza- de que se hubiera podido evitar el daño, más aún cuando el propio Doctor Dallan declaró acto seguido que las secuelas traumáticas de la lesión son producto del accidente y que *"… todo es consecuencia del trauma…"*

Como ya se indicó, la pérdida de oportunidad exige un vínculo de causalidad entre la omisión del personal médico y el estado de la paciente, sin que en las presentes diligencias se hubiera probado que medió esa relación causal.

La jurisprudencia administrativa reclama además que se haya acreditado que se frustró de manera definitiva o irreversible una expectativa o esperanza, en tanto que en el caso examinado la paciente es tratada por los médicos a día de hoy.

Se alega también en la demanda que el daño se acentuó debido a que, por indicación médica, la señora Leidy Sofía hubo de ser sometida a terapias en esa extremidad ignorando su fractura de fémur, aserto ratificado al Despacho por la fisioterapeuta Leidy Yaneth Becerra N., quien la atendió.

Como lo refirió con acierto la apoderada de Emcosalud en sus alegatos de clausura, por alguna razón que se desconoce la fisioterapeuta no tomó conocimiento de la historia clínica *completa* de la paciente en Emcosalud, por cuanto esa lesión ya había sido identificada y hecho constar en atenciones de octubre y noviembre de 2016, en tanto que las sesiones de terapia le fueron ordenadas más tarde, el 8 de febrero de 2017 (fl. 78).

El asunto de las sesiones de fisioterapia de la paciente suscita además dudas, porque, llamado también a declarar, el señor Diego Fernando Rojas A., normalista superior, reveló

11 Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 5 de abril de 2017. Rad. 17001233100020000064 5-01 (25706). CP Ramiro Pazos G.

que él le había ayudado a la señora Leidy Sofía a continuar desarrollando sus terapias en casa, mediante la aplicación de pesos para tratar el miembro inferior lesionado, a pesar de no poseer formación académica en esa disciplina.

La parte actora puso de relieve además que en una radiografía que se le tomó el día del accidente ya era nítido que la demandante presentaba fractura en el fémur (fl. 94):

Al serle exhibida esa radiografía cuando declaró juradamente al Despacho, el Doctor Cuervo Ramírez respondió de manera tajante sin embargo que esa no era una radiografía inicial: *"… Es antes de que el Doctor Jefferson operara esa fractura, porque estaba cabalgada y no había pegado".*

No media certeza tampoco acerca de que la actora le haya dispensado a la fractura de fémur el cuidado apropiado, porque, por ejemplo, el 1°. de febrero de 2017 se consignó en su historial clínico que se había advertido que los clavos femorales se hallaban sueltos y muy infectados (fl. 75):

HALLAZGO OPERATORIO
HERIDAS CICATRIZADAS DOLOR INTENSO EN CLAVOS FEMORALES SUELTOS SOBREINFECTADOS ANQUILOSIS DE RODILLA IZQ

Llama la atención por último el hecho de que la actora insista en que le sobrevino una pérdida de oportunidad a causa de la fractura de fémur no diagnosticada a tiempo que impidió que no se presentara o que fuera menor su pérdida de capacidad laboral, mientras que cuando pidió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila que valorara esa pérdida -lo que tuvo lugar el 8 de mayo de 2017- no hizo referencia a esa lesión (fl. 118):

TITULO I
CALIFICACION / VALORACION DE LAS DEFICIENCIAS

No	CODIGOS CIE 10	DIAGNOSTICO	DEFICIENCIA(S) MOTIVO DE CALIFICACION / CONDICIONES DE SALUD
1			POLITRAUMATISMO
2			P.O.P. FRACTURA TIBIA IZQUIERDA
3			P.O.P. FRACTURA CLAVICULA DERECHA
4			
5			
6			

Se considera en suma que no media la pérdida de oportunidad alegada, por lo que no se satisfacen las condiciones para que las entidades hospitalarias demandadas afronten responsabilidad a ese título, se declarará probada de oficio la excepción de *"Inexistencia de nexo de causalidad"* y se rehusarán además las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

No se condenará por tal concepto, por cuanto no media prueba de que se haya causado alguna erogación que justifique su imposición, más allá del pago de lo necesario para el envío del traslado de la demanda, obligación necesaria para el impulso del proceso. Esta postura se ajusta a los pronunciamientos del 16 de agosto de 2018 (rad. 2015-00021), 8 de noviembre de 2018 (rad. 2015-00196), 14 de febrero de 2019 (rad. 2015-0211), 1º de agosto de 2019 (rad. 2015-00013), entre otros, de la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila.

6.6 Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve

Primero.-Declarar probada de oficio la excepción de *"Inexistencia de nexo de causalidad",* según la motivación.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda, según la motivación.

Tercero.-Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial.

Notifíquese y Cúmplase
Carlos Daniel Cuenca Valenzuela
Juez
(firmado electrónicamente en Samai)