

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO DE SALUD - Corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO DE SALUD - Importancia de la prueba indiciaria**

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobran particular importancia el o los indicios que puedan construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad del Estado. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 16 de julio de 2008, exp. 16775

**TESTIMONIO - Valor probatorio. Valoración probatoria / TESTIMONIO - Presupuestos para su valoración**

Es cierto que el testimonio acá valorado sugiere subjetividad, por cuanto el deponente guarda un vínculo con la entidad demandada y porque, además, operó e intervino en el tratamiento del menor Guzmán Bedoya; sin embargo, ello no es suficiente para desestimar la eficacia probatoria de aquél, pues, valorado con mayor cuidado y rigor, no puede desconocerse que los hechos en él relatados fueron coherentes con los registros de la historia clínica y que su versión no fue tachada de sospechosa o de falsa, ni fue desvirtuada por la parte demandante; además, coincide con el concepto del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses

**PRACTICA MEDICA - Debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados / RESPONSABILIDAD MEDICA - Se puede derivar de la omisión en la prestación del servicio médico**

Para ello, es preciso tener en cuenta la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala que “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 18947

**DAÑO ANTIJURIDICO - Lesión del nervio radial izquierdo de menor de edad, limitaciones en el movimiento del brazo y deformidad física / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Perjuicio de carácter autónomo / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - ISS. Omisión en remitir al paciente a un hospital de mayor nivel para que se practicaran exámenes especializados y quizá se hubieran evitado las secuelas**

Se encuentra acreditado el primero de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, es decir, se demostró el daño alegado por los demandantes, consistente en la lesión del nervio radial izquierdo, las limitaciones en los movimientos del brazo generadas por aquélla, y la deformidad física del mismo miembro, sufridos por Cristian Felipe Guzmán Bedoya. (...) la Sala encuentra que la entidad demandada sometió a Cristian Felipe Guzmán a una intervención quirúrgica, con el fin de corregirle las lesiones causadas en su miembro superior izquierdo,

después de caer desde una altura considerable. (...) resulta razonable afirmar que es “improbable” o “prácticamente imposible” que durante la reducción abierta y la fijación de los pines de Kirschner, practicadas a Cristian Felipe Guzmán en el Instituto de Seguros Sociales, se le haya lesionado el nervio radial del miembro superior izquierdo, pues, según las pruebas recién mencionadas, dicha intervención no incide de manera alguna en la región anatómica donde se aloja el nervio. Además, tanto el testimonio del doctor Arocha como el dictamen médico del Instituto de Medicina Legal coinciden también en sostener que, atendiendo a la intensidad del golpe y a la gravedad de la fractura (multifragmentación del hueso), el nervio radial pudo resultar lesionado en el momento mismo de la caída. (...) al no tener certeza sobre la existencia de la lesión, pero sí sobre una probabilidad de haberse causado en el momento de la caída, para la Sala no cabe duda que era obligación del médico remitir al paciente a una clínica de mayor nivel, dotada de los equipos adecuados para realizar la electromiografía, con el fin de conocer el real estado del nervio y de determinar el procedimiento adecuado. (...) no se puede hablar de la necesidad de una intervención quirúrgica inminente que no hubiere permitido la remisión del paciente al interior del país para una valoración y tratamiento más exactos, pues es evidente que, pese a la gravedad de la fractura, ésta dio tiempo suficiente para estabilizar y hospitalizar al menor durante varios días, antes de realizar la primera intervención; en efecto, recuérdese que la lesión tuvo lugar el 1 de julio de 2003, fecha en la que el menor fue trasladado a la clínica Timothy Britton, donde le inmovilizaron el brazo con una férula de yeso y lo dejaron hospitalizado hasta el 8 de julio siguiente, día en que el mencionado doctor Hugo Arocha llevó a cabo la reducción abierta y fijación interna de pines. Es evidente, entonces, que Cristian Felipe Guzmán Bedoya perdió la oportunidad de haber sido remitido a un hospital de mayor nivel, para ser valorado por un neurocirujano especializado en nervios periféricos y para ser sometido a una electromiografía, antes de que se le practicara aquella cirugía y es claro que, de haberse emitido tal remisión, quizá se hubiera evitado la deformidad física y funcional del brazo. La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. **NOTA DE RELATORA:** Sobre pérdida de oportunidad en responsabilidad médica, consultar sentencias de: 3 de abril de 2013, exp. 26437; 11 de agosto de 2010, exp. 18593 y de del 7 de julio de 2011, exp. 20139.

**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de oportunidad en recuperar la salud / TASACION DE LA CUANTIA POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD EN RECUPERAR LA SALUD - La estimará el juzgador en aplicación del principio de equidad y de reparación de forma integral del daño / APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Estimación de la cuantía no puede superar la impuesta en primera instancia por ser la demandada apelante único**

Si bien es cierto que a la Sala le correspondería acudir al criterio de la equidad, como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de la limitación física que padece Cristian Felipe Guzmán Bedoya, también es cierto que, en el caso particular, la cuantía de la condena no podrá superar aquella impuesta en primera instancia, por cuanto, de conformidad con el principio de la no reformatio in pejus, a que se refiere el artículo 357 del C. de P.C., el juez que conoce del recurso de alzada no puede agravar la situación del apelante único que, en este caso, es el Instituto de Seguros Sociales. En consecuencia, la Sala estima que la suma a reconocer, en este caso, por la pérdida de oportunidad que sufrieron los actores, a raíz de las graves lesiones padecidas por el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, es de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los demandante, esto es, para Cristian Felipe Guzmán Bedoya (lesionada), Nazly Isabel Bedoya Gil y Gustavo Adolfo Guzmán Guiral (padres), calidad esta última que se encuentra demostrada con el registro civil de nacimiento de la víctima directa del daño. **NOTA DE RELATORA:** En relación con el daño indemnizable en los eventos en los

que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, ver sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOS O ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 88001-23-31-000-2005-00050-01(34125)**

**Actor: NAZLY ISABEL BEDOYA GIL Y OTROS**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 22 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que se decidió (se transcribe tal como obra en el original, incluso con errores):

**“PRIMERO:** Declárase administrativamente responsable a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes CRISTIAN FELIPE GUZMÁN BEDOYA, GUSTAVO GUZMÁN GUIRAL y NASLY ISABEL BEDOYA GIL, como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**“SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, condénase a la EPS INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL a reconocer y pagar a los demandantes, una vez ejecutoriada la presente sentencia, las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que a continuación se enuncian:

**“A) PERJUICIO MORAL A:**

**“CRISTIAN FELIPE GUZMAN BEDOYA,** la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**“GUSTAVO GUZMAN GUIRAL,** la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**“NASLY ISABEL BEDOYA GIL**, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**“B) PERJUICIOS MATERIALES A:**

“Los señores GUSTAVO GUZMÁN GUIRAL y NASLY ISABEL BEDOYA GIL, en común y por indiviso, la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS, M/L (\$1.572.199) por los conceptos determinados en la parte motiva de esta providencia, condicionada a que a la fecha no se haya efectuado el respectivo reembolso por vía administrativa.

**“C) Condénase**, a la E.P.S. Instituto de Seguro Social, o a quien haga sus veces en virtud de la liquidación que se ha dispuesto para el Gobierno Nacional, brindarle al menor CRISTIAN FELIPE GUZMÁN BEDOYA, toda la atención médica y quirúrgica que sea útil y necesaria para lograr el mejoramiento de la funcionalidad de su extremidad superior izquierda o su total recuperación.

“(...)” (f. 138 y 139, c. ppl.).

## I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda del 1 de julio de 2005, los señores Nazly Isabel Bedoya Gil y Gustavo Adolfo Guzmán Guiral, en nombre propio y en representación de su hijo menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declarara responsable al Instituto de Seguros Sociales, por los perjuicios causados al último de los mencionados demandantes.

Solicitaron que, en consecuencia, se condenara a la parte demandada a pagar como indemnización, por concepto de perjuicios morales, a favor de Nazly Isabel Bedoya Gil y Cristian Felipe Guzmán Bedoya, la suma de 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno, por perjuicios psicológicos solicitaron 1000 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de cada uno de los demandantes y por perjuicios materiales las sumas de dinero que resulten probadas, a favor de Gustavo Adolfo Guzmán Guiral.

Como fundamento de sus pretensiones, expusieron que, el 1 de julio de 2003, el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, después de sufrir una caída de 2 metros de altura, fue trasladado al Hospital Timothy Britton de San Andrés, donde le diagnosticaron *“fractura condilia del humero reducida con material de osteosíntesis”*. Como consecuencia de dicha lesión, el 14 de julio siguiente fue sometido a una intervención de *“reducción abierta más osteocontesis con 2 pines de Kirshner”*; sin embargo, ante la neuroplaxia que presentó posteriormente, fue sometido a una segunda cirugía, que se llevó a cabo el 21 de octubre de ese año, en la Clínica General del Norte de Barranquilla,

consistente en una *“neurorrafia del nervio y plastia en Z o W en el área especial”*. Comoquiera que el paciente no presentó mejoría, los padres del menor buscaron otra oportunidad en la ciudad de Medellín, con el fin de recuperar el nervio que resultó atrofiado después de la primera cirugía y de corregir *“la mala e inadecuada intervención quirúrgica del galeno en la isla”* que, según los demandantes, fue la causa de la deformidad física y funcional del miembro superior izquierdo del menor (f. 1 a 19, c. 1).

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto del 5 de agosto de 2005, el cual fue notificado en debida forma a la entidad demandada (f. 26,, c. 1.).

El Instituto de Seguros Sociales - I.S.S., al contestar la demanda, solicitó que se desestimaran las pretensiones de la misma, por cuanto aseguró que el servicio médico brindado al menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, en el Centro de Atención Ambulatoria CAA de San Andrés, fue oportuno eficiente y eficaz.

*Agregó que “es el profesional especializado que lo atiende en primera instancia DR HUGO AROCHA, y la institución a la que esta (sic) vinculado E.S.E HOSPITAL TIMOTHY BRITTON, quienes deben responder por una eventual falla en el servicio médico. Esto es extensivo a la responsabilidad que le compete a la Clínica General del Norte y los profesionales que se vincularon a la misma, respecto de la atención del menor en cuestión”* (f. 29 a 36, c. 1).

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 7 de febrero de 2006 y fracasada la audiencia de conciliación realizada el 19 de julio del mismo año, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 47 a 49 y 84 a 85, c. 1).

4. El Instituto de Seguros Sociales alegó no haber incurrido en omisión alguna constitutiva de falla del servicio y afirmó haber respetado el protocolo médico que se requería para preservar la salud del paciente, atendiendo a que la isla de San Andrés no cuenta con un establecimiento médico de alto nivel, como el que requería la lesión de Cristian Felipe Guzmán, consistente en una seria fractura de su brazo izquierdo.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia del 22 de marzo de 2007<sup>1</sup>, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, después de analizar algunos estudios científicos sobre las causas más frecuentes de lesión del nervio radial, señaló que es posible que la sufrida por el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya “*se haya ocasionado al momento de producirse la fractura*”<sup>2</sup>, toda vez que se trató de una multifragmentación; sin embargo, consideró que, por las mismas características de la lesión, el médico ortopedista que realizó la valoración prequirúrgica pudo haber previsto que “*podía estar comprometido el mencionado nervio*”<sup>3</sup> y, por lo tanto, debió solicitar la intervención de un neurocirujano especializado en nervios periféricos.

Dicho lo anterior, el Tribunal *a quo* se concentró en el defecto de consolidación que presentó el menor respecto de la introducción de “pines” en el brazo izquierdo, así (se transcribe tal como obra en el original, incluso con errores):

“De otra parte, observa la Sala, que aunque la entidad demandada una vez detectada la lesión del nervio radial, según las notas de la historia clínica fue ‘posterior al retiro de pines e inicio de la fisioterapia’, remitió al paciente a un nivel superior de atención médica, con el fin de brindarle el tratamiento especializado que se requería para lograr la reparación del nervio, no se logró tal propósito, como quiera que una de las secuelas que presenta el niño Cristian Guzmán Bedoya es la disfunción del nervio radial del brazo izquierdo.

“(…)”

“Igualmente, es importante anotar lo manifestado por el médico que intervino quirúrgicamente al paciente para hacer la reducción de fractura: ‘*el hecho de que haya un defecto de consolidación, no indica errores en el procedimiento quirúrgico... la prueba está en un reporte del hospital Timothy Britton, donde expresa una adecuada reducción con material de osteosíntesis (esos son los pines)*’.

“Se pregunta la Sala, por qué razón, si hubo una adecuada reducción con material de osteosíntesis, uno de los pines colocado para fijar la fractura se ‘aflojaba solo’, como lo describe el testimonio de la señora Sandra Guzmán, y en los estudios radiológicos hechos con posterioridad cuando era patente la deformidad del ‘cúbito varo’ se estableció *Fractura supracondílea con defecto de consolidación. Hay alteración de la relación de estructuras óseas de esta articulación.*’ (sic) Obsérvese igualmente, lo dicho por el médico ortopedista Dr. Elmer Coronado: ‘*es posible que se deba a una fractura multifragmentada, porque los fragmentos no coincidieron anatómicamente, lo cual condujo a una deformidad en la consolidación.*’ A qué se debió dicha alteración?”

---

<sup>1</sup> F. 115 a 139, c. ppl.

<sup>2</sup> F. 132, c. ppl.

<sup>3</sup> F. 133, c. ppl.

“Comoquiera que dentro del material probatorio, la parte demandada, a quien corresponde la carga de la prueba, no aportó prueba científica alguna que permita establecer la causa de la alteración o no coincidencia anatómica de los fragmentos del hueso fracturado, que dio lugar a la mala consolidación de la fractura, es dable colegir que ésta se debió a una falla quirúrgica del servicio médico.

“Todo el anterior análisis probatorio en el cual se revelan hechos importantes en cuanto al manejo y tratamiento pre, post y operatorio brindado al paciente, conllevan a la Sala a concluir que el daño de que fue víctima el niño Cristian Guzmán Bedoya tuvo como causa una falla del servicio médico.

#### **“4.3 Del nexo causal.**

“Los elementos de juicio analizados por la Sala revelan, igualmente, una alta probabilidad de que los daños sufridos por la víctima directa, Cristian Guzmán Bedoya, se deben a la falla del servicio médico antes determinada, pues no de otra manera se explicarían las secuelas funcional y de deformidad anatómica que viene padeciendo, las cuales no se hubiesen presentado de haberse brindado una buena praxis médica, pues la secuela denominada ‘cúbito varo’, como ya tuvo oportunidad la Sala de referirse al hacer la correspondiente cita médica doctrinal *‘es una complicación infrecuente con el tratamiento de fijación percutánea... y puede evitarse habitualmente mediante un tratamiento cuidadoso’*; y en cuanto a la lesión del nervio radial, no obstante que existía una alta posibilidad de que éste podía estar lesionado a causa del trauma, y de no contar con los recursos técnicos científicos para atender esta patología, se asumió el riesgo de la intervención quirúrgica presumiendo la inexistencia de la lesión, circunstancia esta última que según el dictamen médico parcial hacía improbable que el nervio radial pudiese salir afectado, de tal suerte que si se ocasionó el daño éste sólo puede ser atribuido a una falla médica” (f. 133 a 135, c. ppl.).

En consecuencia, el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de atribuir al I.S.S. la responsabilidad por los perjuicios causados a los actores y de condenarlo a pagar las respectivas indemnizaciones, en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

#### **Recurso de apelación**

El Instituto de Seguros Sociales formuló recurso de apelación, con el fin de que se revoque la decisión anterior, toda vez que consideró no haber incurrido en falla alguna del servicio médico. El recurrente aceptó que la lesión del nervio se advirtió durante el postoperatorio; sin embargo, aclaró que en la intervención quirúrgica realizada al menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya no se le pudo afectar su nervio radial izquierdo, toda vez que dicho órgano se encuentra en una zona que no se afecta con este tipo de

cirugías; al respecto, aseguró que la ruptura de ese órgano se ocasionó en el mismo momento en que el niño sufrió la caída.

Agregó que, una vez valoradas las condiciones del paciente y atendiendo al protocolo de manejo médico a seguir, ordenó su remisión al interior del país, con el fin de que se le brindara atención en un establecimiento de mayor nivel y de que tuviera acceso a la consulta con un médico especialista en ortopedia, como en efecto sucedió. Explicó que si bien es cierto está probado el daño alegado, consistente en la limitación física y funcional del brazo izquierdo de Cristian Felipe Guzmán, también lo es que la misma no derivó de una inadecuada praxis quirúrgica, sino de la mala consolidación osteo articular, circunstancia que la consideró como un caso fortuito, a partir del cual no le es atribuible la responsabilidad que pretenden los demandantes (f. 141 a 146, c. ppl.).

### **III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación se concedió el 26 de abril de 2007 y se admitió en esta Corporación el 25 de julio del mismo año (f. 149 y 153, c. ppl.).

El 30 de agosto de 2007, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 155, c. ppl.).

El Instituto de Seguros Sociales alegó que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba que le corresponde, en la medida en que no demostró que la intervención quirúrgica realizada a Cristian Felipe Guzmán haya sido la causa de la mala consolidación osteo articular de su brazo izquierdo *“dado que, (sic) es un caso fortuito y depende de los cuidados postquirúrgicos, la adecuada posición del miembro durante este periodo (sic), la formación del cayo (sic) que permita la consolidación”* (f. 170 a 173, c. ppl.).

El Ministerio Público solicitó la confirmación de la sentencia objeto de apelación, en tanto consideró probada la falla del servicio alegada, consistente en el descuido, negligencia e impericia por parte del personal médico al valorar la lesión de Cristian Fabián Guzmán Bedoya, toda vez que no se estudiaron de forma seria y profesional los verdaderos daños que el menor sufrió con la caída, pues, atendiendo a la gravedad de la lesión, era previsible que se hubieran comprometido otros tejidos y nervios y que la atención que el paciente requería no se limitaba a la reducción de la estructura ósea que resultó fracturada. A juicio del procurador delegado, el niño fue sometido a una atención e intervención ligera, inadecuada y desprovista de los protocolos médicos exigibles, a tal punto que la omisión en la que incurrió la entidad demandada se



constituyó en la causa determinante del daño cuya indemnización reclaman los demandantes (f. 174 a 190, c. ppl.).

#### IV. CONSIDERACIONES

Cumplido el trámite procesal correspondiente, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2007, por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no sin antes advertir que, de conformidad con los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 7 de la Ley 1105 de 2006, el presente caso tiene prelación de fallo, pues uno de los extremos de la litis es una entidad pública en liquidación.

##### 1. Competencia

La demanda se interpuso el 1 de julio de 2005, esto es, en vigencia de la Ley 954 de ese mismo año, conforme a la cual, para que el asunto pueda ser conocido en segunda instancia por el Consejo de Estado, la cuantía debe exceder de 500 salarios mínimos mensuales legales. Comoquiera que la pretensión de mayor valor formulada en la demanda corresponde a la suma equivalente a 1000 salarios mínimos mensuales legales, solicitada por concepto de perjuicios psicológicos a favor de la víctima, se concluye que esta Corporación es competente para resolver el recurso interpuesto.

##### 2. Valoración probatoria

El 1 de julio de 2003, el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya fue trasladado al Servicio de Atención Inmediata del Seguro Social de San Andrés, con un *“edema y deformidad a nivel del codo Izq”*<sup>4</sup>. Inmediatamente, fue remitido al servicio de urgencias del Hospital Timothy Britton *“en compañía de sus padres quienes refieren que el menor presentó accidente x caída de arbol de +/- 2cm de altura afectandose de esta forma el Miembro Superior Izq; fue valorado por el Doctor Andrés Canalizar D.A.D 5% Rx codo izq. Antebrazo Izq; y valoración x ortopedia; después se colocan 500 cc SSN 09% x orden del Doctor Andrés, y a las 10 pm fue valorado por el doctor Arocha quien ordena hospitalizar en observación ... queda pte en Rehidratación con MSI elevado y en compañía de la madre”* (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores, f. 25, c. pbas. 2).

---

<sup>4</sup>F. 169, c. pbas. 1.

Una vez valorado por el servicio de ortopedia, se encontró que el paciente sufrió *“fractura supracondilea humeral tipo III con edema importante en zona de codo. Se alenea (sic) la fractura y se coloca férula de yeso. No hay compromiso muscular, hay buen llenado capilar distal, hay movilidad de los dedos. Se deja en observación indicando la necesidad de colocar codo al cenith (sic) en marco ortopédico. Se hospitalizará luego para tto Qx (sic)”* (f. 173, c, pbas. 1).

Los resultados y observaciones que se hallaron, después de someter el codo y el antebrazo izquierdo del menor a rayos X, fueron los siguientes:

“Llama la atención la presencia de fractura completa, desplazada, de la región supra condilia del humero (sic) izquierdo.

“Se observa además fractura completa, inpactada (sic) del extremo distal del radio” (f. 34, c. pbas. 2).

El 8 de julio del mismo año, el paciente fue sometido a una intervención quirúrgica en el Hospital Timothy Britton, consistente en *“Reducción Abierta Fijación Interna con Pines de Kirschner”*, cuya descripción registrada en la historia clínica es la siguiente:

“Bajo anestesia y bajo visión fluoroscópica se intenta la reducción cerrada infructuosa por lo que se realiza insición longitudinal, por planos, se localiza y libera el N Cubital, se pasa dren para manipular el Nervio, se localizan los fragmentos de la fractura encontrando en el distal fractura intercondilea, se reduce y se fija con sendos pines de Kirschner, comprobando la adecuada reducción y fijación, se cierra por planos.

“Hallazgos: Fractura Supraintercondilea Humeral.

“Pronósticos: Bueno para la vida, reservado para la función ante las secuelas por la inmovilización” (f. 30, c. pbas. 2).

(...)

“EVOLUCIÓN: Con mejoría, se le da salida con indicaciones de curación diaria ambulatoria. Cita el 21/07/03.

“Se le advierte a la familia (Padre y Madre) de la necesidad de una adecuada fisioterapia ante la gran posibilidad de secuelas por multifragmentación (f. 36, c. pbas. 2).

El paciente fue dado de alta el 10 de julio de 2003 y, posteriormente, asistió a varias valoraciones, de las cuales es importante resaltar lo siguiente (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores):

- “18/09/03 Paciente que presenta, posterior al retiro de pines e inicio de la fisioterapia, de mano con actitud de flexión de mano e imposibilidad para extensión de la misma, existe extensión de dedos activa y contraresistencia.

“Presenta anestesia en terreno de radial en antebrazo e hipoestesia en 1/3 medio, distal de 1° y 2° dedos mano izquierda.

“ID: Neuropraxia Radial

“PLAN: RX

“Continuar Fisioterapia con ultrasonido en región radial + Isotónicos codo.

“Remisión al continente para la realización de Electrocardiografía por posible lesión del N Radial” (f. 39, c. pbas. 2).

- “Paciente que ingresa al servicio de fisioterapia con regular evolución. “Se le indica pedir cita con ortopedia.

“Se le observa neuropraxia del Nervio Radial por mano péndula.

“Se le realiza férula para mantener buena posición” (sin fecha. F. 9, c. pbas. 1).

El 24 de septiembre de 2003, el Gerente Seccional del I.S.S de San Andrés, Isla, autorizó la remisión de Cristian Felipe Guzmán Bedoya a la Clínica General del Norte, en Barranquilla, para “realizar valoración (sic) en ORTOPEdia, NEUROLOGIA, NEUROCIrUGIA NIVEL III y realizar ELECTROMIOGRAFIA MIEMBRO SUPERIOR” (oficio SAICM 662, f. 18, c. pbas. 1).

El 1 de octubre de 2003 se registraron los resultados de la electromiografía realizada al niño Cristian Felipe Guzmán, en los siguientes términos:

“HISTORIA: Paciente con antecedentes de fractura de codo izquierdo, intervenido quirúrgicamente. Actualmente presenta limitación en codo y mano caída izquierda.

“Se practica estudio de Neuroconducciones y Sensoriales, exploración con electrodo de aguja monopolar en el miembro superior izquierdo.

“(…)

#### “**Electromiografía:**

“Se exploran los siguientes músculos con electrodo de aguja monopolar en el superior izquierdo (...) encontrándose a nivel de Extensor Digitorum izquierdo ondas positivas (+++), fibrilaciones (+++) y a la concentración muscular ausencia de unidades motoras. A nivel de Braquirradialis izquierdo ondas positivas (+++) y a la contracción patrón reducido (...).

#### “**CONCLUSIONES**

“Estudio Electrofisiológico compatible con lesión severa de tipo anoxal de la rama motora (Interósea) de nervio radial izquierdo a nivel de codo, sin evidencia de signos de reinervación a nivel de musculatura dependiente a la fecha” (f. 20, c, pbas. 1).

El 21 de octubre del mismo año, el paciente fue sometido a una segunda intervención quirúrgica, consistente en “*Neurorrafia Radial del MSI + plastia (ilegible) Codo Izq*”. Al día siguiente se encontró “*en buen estado general. No álgido, yeso limpio, vendaje limpio (...) movimiento interfalángico, se aprecia mano caída*” (f. 44, c. pbas. 2).

Según la historia médica de la Clínica General del Norte, el menor fue dado de alta el 22 de octubre de 2003, con una “*limitación funcional mano izquierda, mano caída, cicatriz codo izquierdo*” (f. 33, c. pbas. 1).

El 13 de febrero de 2004, Cristian Felipe Guzmán asistió al servicio de fisioterapia en el Hospital Timothy Britton de San Andrés, en cuya consulta se determinó que presenta “*limitación de arcos de movimiento de Flexión - Extensión debido a la ubicación anatómica de huesos por cirugía inadecuada. Se han realizado 20 sesiones de terapia*

*para recuperación del nervio lesionado, y mejorar movimientos propios del codo. Hasta el momento se ha presentado buena recuperación, pero es necesario reubicar anatomía ósea para mejor pronóstico” (f. 35, c. pbas. 1).*

Finalmente, el acervo probatorio indica que, el 16 de noviembre de 2004, el niño tuvo que ser intervenido nuevamente, esta vez en Hospital Infantil, Clínica Noel de Medellín, a través de una “osteotomía correctora valgizante”, toda vez que los estudios radiológicos arrojaron como resultado que *“no quedaron en igual posición los miembros superiores por lo tanto no se pueden comparar los ángulos del codo izquierdo con el derecho. En el codo izquierdo se aprecia fractura supracondilia ya consolidada. No hay signos radiológicos de osteomielitis ni otras alteraciones de los tejidos blandos adyacentes pero debe tenerse en cuenta que para hablar de los ejes de la placa no quedó en posición igual al otro antebrazo”*. Una vez realizada la cirugía, se realizó una placa post-quirúrgica en la que observaron *“tres pines sobre la fractura supracondilia del codo izquierdo que fue intervenido para mejorar desplazamiento”* (f. 1, 6 y 7, c. pbas. 2).

En síntesis, los supuestos fácticos que resultaron probados en este caso indican que, el 1 de julio de 2003, Cristian Felipe Guzmán Bedoya, de 7 años de edad, sufrió una caída que le causó serias lesiones en su miembro superior izquierdo, como la multifragmentación de la estructura ósea. Una vez fue llevado al Hospital Timothy Britton de San Andrés, le practicaron una reducción abierta de la fractura con fijación de pines. Comoquiera que, durante el postoperatorio y las fisioterapias, el paciente no presentó mejoría y, en su lugar, se le diagnosticó neuropraxia del nervio radial, fue remitido a la Clínica General del Norte, en Barranquilla, en donde le practicaron “neurorrafia radial y plastia del codo izquierdo”; no obstante, la limitación funcional del órgano persistió.

En similares términos se pronunció el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en concepto emitido el 22 de mayo de 2006, así:

“REVISIÓN HISTORIA CLINICA:

“1. Fecha de lesión: 1/07/03

“2. Diagnóstico: Fractura supraintracondilea del humero (sic) izquierdo  
Tipo III

“3. Se practica osteosíntesis del humero (sic) izquierdo (colocación de dos pines) el día 8 de Julio de 2003

“4. Se hace diagnóstico de Neuropraxia del Nervio Radial Izquierdo el 18 de Septiembre de 2003, posterior al retiro de pines e inicio de la fisioterapia. Todo lo anterior en el Hospital Timothy Britton. Se hizo remisión por el ortopedista tratante para que se le practicara Electromiografía.

“5. El 21 de Octubre de 2003 en la ciudad de Barranquilla (clínica General del Norte) se realiza Neurorrafia del nervio radial izquierdo + zetaplastia en el codo izquierdo (piel)

“6. El 16 de noviembre de 2004 en la ciudad de Medellín (Clínica Noél) se practicó Osteotomía correctora valgizante del cubito (sic) izquierdo” (f. 256, c. pbas. 1).

Ahora bien, en cuanto a los resultados encontrados en el examen físico realizado al menor, ese mismo Instituto concluyó:

“EXAMEN FISICO: 16 de Mayo de 2006.

“a. En el miembro superior izquierdo, cara anterolateral externa del brazo, cicatriz quirúrgica normocromica de 15,0 centímetros de longitud; en cara posterior del codo, dos (2) cicatrices quirúrgicas de tres punto cero (3.0) y seis punto cero (6.0) centímetros de longitud, normocromicas (sic).

“b. Flexión del codo izquierdo, hasta 90°

“c. Limitación para la prono supinación del antebrazo izquierdo.

“d. Cúbito Varo

“e. Disminución en la dorsiflexión de la muñeca y dedos de la mano izquierda.

“f. Pérdida de fuerza de la mano izquierda

“g. Anestesia en el dorso de la mano izquierda (territorio del nervio radial)

“Con base en lo anteriormente descrito podemos conceptuar:

“1. El menor CRISTIAN FELIPE GUZMAN BEDOYA, presenta un Cúbito Varo (Rotación externa del hueso del antebrazo) con alteración para la dorsiflexión de la mano y dedos.

“2. Lesión del nervio radial izquierdo.

3. Con relación a la recuperación o no de su estado normal es necesario realizar un estudio de conducción nerviosa y una electromiografía a nivel del antebrazo (especialmente el nervio radial) para conocer el estado neurofisiológico del mismo, dependiendo de los hallazgos se podría conceptuar sobre la posibilidad de recuperación del mismo. Por lo anterior en este caso específico es necesario además de realizar los exámenes sugeridos la evaluación de un fisiatra y/o neurocirujano quienes en últimas determinarían el tratamiento a seguir.

“4. Fractura Supracondilea Humeral: 'Es la solución de continuidad de la estructura ósea a nivel de la porción anatómica del humero (sic) denominado condilio (La (sic) más distal) y que forma parte de la articulación del codo. Hay varias clasificaciones dependiendo si hay o no desplazamiento de los fragmentos óseos'

“5. Osteosíntesis: Es el tratamiento utilizado para la reducción (fijación interna) de las fracturas utilizando diferentes tipos de materiales inertes (no producen rechazo), existen múltiples métodos y cada uno sirve a una finalidad diferente. En el caso de utilizar este método para lograr una reducción adecuada, el abordaje de la lesión ósea es quirúrgica.

“(...)” (f. 256 y 257, c. pbas. 1).

Dicho esto, procede la Sala a verificar la falla en la prestación del servicio médico - quirúrgico alegada, ya que, según la parte actora, la deformidad física y la disfuncionalidad del brazo izquierdo del menor tuvieron como causa una intervención inadecuada, refiriéndose a aquella que se llevó a cabo en el Hospital Timothy Britton de San Andrés,

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobran particular importancia el o los indicios que puedan construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado<sup>5</sup>, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad del Estado.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 16.775.

Pues bien, valorado en conjunto el material probatorio, se encuentra acreditado el primero de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, es decir, se demostró el daño alegado por los demandantes, consistente en la lesión del nervio radial izquierdo, las limitaciones en los movimientos del brazo generadas por aquélla, y la deformidad física del mismo miembro, sufridos por Cristian Felipe Guzmán Bedoya. Debido a que de este hecho se habrían derivado los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende en este caso, es necesario determinar si tal daño aquél resulta imputable al Instituto de Seguros Sociales.

Para ello, es preciso tener en cuenta la posición jurisprudencial reiterada por la Corporación, que señala que “la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que lleva a entender que el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que, por regla general, conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance, conforme a la *lex artis*, para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho”<sup>6</sup>.

En el presente asunto, la Sala encuentra que la entidad demandada sometió a Cristian Felipe Guzmán a una intervención quirúrgica, con el fin de corregirle las lesiones causadas en su miembro superior izquierdo, después de caer desde una altura considerable. Al respecto, obra en el expediente la siguiente versión que rindió el médico traumatólogo, doctor Hugo Arocha, quien fue el encargado de realizar tal cirugía (se transcribe tal como obra en el expediente, incluso con errores).

“PREGUNTADO: ... sírvase manifestar si la cirugía practicada al joven Cristian Guzmán Bedoya fue la adecuada? CONTESTADO: indudablemente que sí, inclusive, la cirugía de este niño tenía una particularidad, al tratarse de una fractura multifragmentada, con trazos supra e Inter. Condilio Humeral, la cual fue reducida y colocándole dos (2) pines de Kirschner para fijarla, **durante la cirugía se protegió adecuadamente el nervio cubital que es el que normalmente puede ser lesionado durante éste tipo de cirugías, ya que el nervio radial transcurre por la parte anterior del brazo y en ningún momento, se entra a ésta parte durante el procedimiento quirúrgico.**

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18947, C.P. Hernán Andrade Rincón.



PREGUNTADO: ... sírvase manifestar por qué, de conformidad con el folio 29 del expediente que se le pone de presente, solicita Ud. con urgencia la remisión de dicho paciente a la ciudad de Medellín o al continente? CONTESTADO: **Lo que sucedió en éste caso en particular, es que al retirar el yeso del niño, y ordenarle la terapia, nos percatamos de que presentaba mano péndula, es decir, con limitación para la extensión y con anestesia en la toma del radial, lo cual indicaba una probable lesión del nervio radial, y al no tener en San Andrés, posibilidad de hacer una electromiografía, ni la presencia de neurocirujano especialista en nervios periféricos, se decidió su traslado para un adecuado diagnóstico de tratamiento.**

PREGUNTADO: ... por qué los informes de radiología a folio 55 y 66 del expediente, observan que el brazo del menor quedó con defecto de consolidación, y que no quedó igual al del otro brazo? CONTESTO: el hecho de que haya un defecto de consolidación, no indica errores en el procedimiento quirúrgico, y menos teniendo en cuenta la gravedad de la lesión ósea del paciente, que como lo expresé anteriormente, se trataba de una fractura multifragmentada, osea, con varios fragmentos con trazo supra e inter condilio, es decir, que el hueso tenía fracturado dos (2) ejes, éste tipo de fracturas pueden presentar consolidaciones en diferentes grados, o faltas de consolidación y reabsorción ósea, de algunos fragmentos, sin que esto indique necesariamente fallas en el procedimiento quirúrgico, la prueba está en un reporte del hospital Timothy Britton, donde expresa una adecuada reducción con materil de osteosíntesis (esos son los pines); el segundo informe radiológico al que se hace alusión, en su descripción, simplemente está indicando que hay una fractura consolidada y que la manera de tomar los rayos x, fue diferente para ambos brazos ...

PREGUNTADO: ... a que atribuye Ud. la lesión que presenta el menor en el nervio radial? CONTESTO: **la lesión del radial pudo ocurrir en el momento de la fractura, al tratarse de una lesión de alta energía, la prueba está en que se trataba de una fractura multifragmentada,** y en los niños puede pasar desapercibidas, primero por el dolor del paciente, por la deformidad existente, por la poca colaboración del niño por la misma patología, y porque la indicación es que el niño debe ser inmovilizado, se le coloca una férula inmediatamente, para que el brazo no se siga hinchando; en el post-operatorio, también se le coloca yeso, hasta la consolidación de la fractura cuando se retiran los pines, hago la aclaración, de que éstas cirugías, son realizadas íntegramente en la región posterior del hueso y que es el nervio cubital el que puede salir lesionado al pasar por el surco inter condilio, en el condilio lateral. (...) **es prácticamente imposible lesionar el nervio radial, ya que por su posición anatómica, nunca necesitamos intervenir en esa zona del organismo"** (se resalta, f. 123 a 125, c. pbas. 1).

Es cierto que el testimonio acá valorado sugiere subjetividad, por cuanto el deponente guarda un vínculo con la entidad demandada y porque, además, operó e intervino en el tratamiento del menor Guzmán Bedoya; sin embargo, ello no es suficiente para desestimar la eficacia probatoria de aquél, pues, valorado con mayor cuidado y rigor, no puede desconocerse que los hechos en él relatados fueron coherentes con los

registros de la historia clínica y que su versión no fue tachada de sospechosa o de falsa, ni fue desvirtuada por la parte demandante; además, coincide con el concepto del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en tanto éste último concluyó:

**“6. En la historia clínica revisada no se hace mención inicial a la posible lesión del nervio radial la cual se diagnostica dos meses y medio después. Existe la posibilidad de que la lesión nerviosa se hubiese presentado en el momento de la fractura (desconocemos el mecanismo) y que no fuese reconocida inicialmente antes de hacer la reducción quirúrgica (Osteosíntesis). Teniendo en cuenta el abordaje quirúrgico para la colocación de los pines, esta es posterior, es improbable la lesión del nervio radial (trayectoria anterior), puesto que en este tipo de actos quirúrgicos el nervio más propenso a ser lesionado es el cubital”** (se resalta, f. 257, c. pbas. 1).

De conformidad con lo anterior, resulta razonable afirmar que es “improbable” o “prácticamente imposible” que durante la reducción abierta y la fijación de los pines de Kirschner, practicadas a Cristian Felipe Guzmán en el Instituto de Seguros Sociales, se le haya lesionado el nervio radial del miembro superior izquierdo, pues, según las pruebas recién mencionadas, dicha intervención no incide de manera alguna en la región anatómica donde se aloja el nervio. Además, tanto el testimonio del doctor Arocha como el dictamen médico del Instituto de Medicina Legal coinciden también en sostener que, atendiendo a la intensidad del golpe y a la gravedad de la fractura (multifragmentación del hueso), el nervio radial pudo resultar lesionado en el momento mismo de la caída.

Ahora, la Sala no puede desconocer que, el 13 de febrero de 2004, la fisioterapeuta de Cristian Felipe Guzmán registró en su historia clínica una anotación en la que refirió que la limitación padecida por el paciente en los movimientos de su brazo izquierdo se debía a la ubicación en la que quedaron los huesos después de una “cirugía inadecuada”; sin embargo, con tal señalamiento no se puede edificar la responsabilidad que se pretende, pues se trata de una aseveración desprovista de una explicación o de un concepto médico que especifique a qué cirugía se refiere (reducción abierta de fractura o neurorrafia radial) y, principalmente, en qué consistió la mala praxis a que hace alusión.

Con lo hasta aquí dicho, es preciso señalar que no se evidencia el supuesto fáctico de imputación aludido en la demanda, conforme al cual el I.S.S. habría incurrido en una falla del servicio médico asistencial *“cuando el médico cirujano practicó inadecuadamente una cirugía al menor en su extremidad superior izquierda”*,

intervención que, según los demandantes, “*le causo (sic) una lesión de la rama motora del nervio radial de la citada extremidad a nivel del codo*” (f. 6, c. 1).

Queda entonces por determinar si la actividad exigible y esperable del médico que atendió en el primer momento al niño Guzmán Bedoya se limitaba, según su especialidad (traumatología), únicamente a inmovilizarle el brazo dañado para, posteriormente, realizar la reducción de fractura, o si era su deber descartar la lesión del nervio radial, antes de proceder con dicha intervención quirúrgica.

Según lo expuesto por el mismo doctor Hugo Arocha, el protocolo médico indica que en este tipo de lesiones, antes de intervenir quirúrgicamente la zona afectada, ésta debe ser paralizada para evitar la inflamación; lo mismo se debe hacer después de realizada la cirugía, con el fin de contribuir con la consolidación del hueso fracturado. Comoquiera que ello fue lo que sucedió en este caso, se podría entender que la actuación del cuerpo médico vinculado a la entidad demandada se ciñó a lo establecido por la *lex artis* y guardó relación con los medios puestos a su disposición, pues, según el mismo testigo, el hospital Timothy Britton de San Andrés no tenía personal capacitado para tratar fracturas de esas características, no contaba con un neurocirujano especializado en intervenciones de nervios periféricos, ni poseía las herramientas necesarias para realizar una electromiografía, examen indispensable para conocer el estado del nervio radial.

Al respecto, el doctor Hugo Arocha afirmó:

“PREGUNTADO: En caso de haberse detectado en el momento la lesión del nercio (sic), Cuál (sic) hubiera sido el procedimiento médico a seguir? CONTESTO: el procedimiento médico a seguir es la neurorafia (sic), es decir, la sutura o reparación del nervio, la cual debe ser realizada de preferencia por un neurocirujano especializado en nervios periféricos, y con la ayuda de microscopios y microsuturas, y en la Isla no contamos con ninguno de estos elementos, ni con el entrenamiento para estas lesiones altas; el único diagnóstico (sic) que corrobora las lesiones de cualquier nervio, es la electromiografía, y en la Isla tampoco se cuenta con dicho recurso (...)” (f. 124, c. pbas. 1).

Visto con detenimiento el testimonio del doctor Arocha, es posible afirmar que su deber no estaba limitado a lo anteriormente dicho, esto es, a la inmovilización de la zona lesionada y a la reducción de la fractura, sino que, a juicio de la Sala y atendiendo a la

multifragmentación que presentaba el menor Cristian Felipe en su brazo izquierdo, era necesario descartar la ruptura del nervio radial, teniendo en cuenta que, según el propio deponente, ésta *“pudo ocurrir en el momento de la fractura, al tratarse de una lesión de alta energía, la prueba está en que se trataba de una fractura multifragmentada”* (f. 124, c. pbas. 1).

Así las cosas, al no tener certeza sobre la existencia de la lesión, pero sí sobre una probabilidad de haberse causado en el momento de la caída, para la Sala no cabe duda que era obligación del médico remitir al paciente a una clínica de mayor nivel, dotada de los equipos adecuados para realizar la electromiografía, con el fin de conocer el real estado del nervio y de determinar el procedimiento adecuado. Así lo aseguró el mencionado testigo:

*“(...) cualquier paciente que (sic) se sospeche lesión nerviosa, debe ser remitido al continente, al sospechar la lesión”* PREGUNTADO: Si Ud se hubiese percatado de la lesión que presentaba el menor, en el nervio radial, lo habría operado? CONTESTO: en caso de tener éste tipo de diagnóstico, lo hubiere remitido inmediatamente para realizar los dos (2) procedimientos al tiempo, pero por los medios disponibles a nuestro alcance en la Isla, no podemos tener certeza de este tipo de diagnósticos, y los pacientes deben ser remitidos para aclararlos (...)” (f. 124, c. pbas. 1).

A lo dicho se agrega que no se puede hablar de la necesidad de una intervención quirúrgica inminente que no hubiere permitido la remisión del paciente al interior del país para una valoración y tratamiento más exactos, pues es evidente que, pese a la gravedad de la fractura, ésta dio tiempo suficiente para estabilizar y hospitalizar al menor durante varios días, antes de realizar la primera intervención; en efecto, recuérdese que la lesión tuvo lugar el 1 de julio de 2003, fecha en la que el menor fue trasladado a la clínica Timothy Britton, donde le inmovilizaron el brazo con una férula de yeso y lo dejaron hospitalizado hasta el 8 de julio siguiente, día en que el mencionado doctor Hugo Arocha llevó a cabo la reducción abierta y fijación interna de pines. Es evidente, entonces, que Cristian Felipe Guzmán Bedoya perdió la oportunidad de haber sido remitido a un hospital de mayor nivel, para ser valorado por un neurocirujano especializado en nervios periféricos y para ser sometido a una electromiografía, antes de que se le practicara aquella cirugía y es claro que, de haberse emitido tal remisión, quizá se hubiera evitado la deformidad física y funcional del brazo.

La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente<sup>7</sup>, la Sala reiteró los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010<sup>8</sup> y del 7 de julio de 2011<sup>9</sup>, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad 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

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

<sup>8</sup> Expediente 18.593.

<sup>9</sup> Expediente 20.139.

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 presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“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 constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).”

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del

beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”<sup>10</sup>.

Ahora, si bien es cierto que a la Sala le correspondería acudir al criterio de la equidad, como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral<sup>11</sup> el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de la limitación física que padece Cristian Felipe Guzmán Bedoya, también es cierto que, en el caso particular, la cuantía de la condena no podrá superar aquella impuesta en primera instancia, por cuanto, de conformidad con el principio de la *no reformatio in pejus*, a que se refiere el artículo 357 del C. de P.C., el juez que conoce del recurso de alzada no puede agravar la situación del apelante único que, en este caso, es el Instituto de Seguros Sociales.

En consecuencia, la Sala estima que la suma a reconocer, en este caso, por la pérdida de oportunidad que sufrieron los actores, a raíz de las graves lesiones padecidas por el menor Cristian Felipe Guzmán Bedoya, es de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de cada uno de los demandante, esto es, para Cristian Felipe Guzmán Bedoya (lesionada), Nazly Isabel Bedoya Gil y Gustavo Adolfo Guzmán Guiral (padres), calidad esta última que se encuentra demostrada con el registro civil de nacimiento de la víctima directa del daño (f. 24, c. 1).

#### **4. Condena en costas**

Teniendo en cuenta que, para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, resulta que ninguna actuó de esa manera, la Sala se abstendrá de imponerlas.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

<sup>11</sup> “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**MODIFÍCASE** la sentencia del 22 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y, en su lugar:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales, por la pérdida de oportunidad sufrida por Cristian Felipe Guzmán Bedoya, Nazly Isabel Bedoya Gil y Gustavo Adolfo Guzmán Guiral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** al Instituto de Seguros Sociales a pagar la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de las siguientes personas: Cristian Felipe Guzmán Bedoya, Nazly Isabel Bedoya Gil y Gustavo Adolfo Guzmán Guiral.

**TERCERO: ABSTIÉNESE** de condenar en costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**QUINTO: DÉSE** cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; para tal efecto, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P.C.



**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**