



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2014-00158-01
DEMANDANTE: MIRIAM ELENA JULIO y OTROS
DEMANDADO: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹.

Los señores **MIRIAM HELENA JULIO, ENIANO JOSÉ DOMÍNGUEZ HERAZO, LUZ YENNYS BERRIO JULIO**, los menores **ANNY MARÍA DOMÍNGUEZ JULIO** y **ARTURO DOMÍNGUEZ JULIO**, quienes actúan mediante apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**, con el fin que se les declare administrativa responsable, por los perjuicios causados a los actores como consecuencia de la por falla en el servicio, que condujo a la muerte del gestante, producto de las equivocaciones en protocolos y procedimientos médicos y de ser enterrado dignamente, ya que al feto, lo desaparecieron del Hospital.

¹ Folios 1 - 2, cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan los accionantes se condene a la parte demandada, a pagarles como reparación del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, los cuales estimaron en la suma de novecientos treinta y un millones cuarenta mil pesos (\$931.040.000.00).

Así mismo, solicitan se condene al ente accionado, a dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 189 a 195 del C.P.A.C.A.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora Mirian Elena Julio, de 40 años de edad, tuvo su tercer embarazo con una fecha de última menstruación del 4 de enero del 2013, parto vaginal uno (1) –el que generó el suceso-, cero abortos, dos cesáreas, en control prenatal de alto riesgo obstétrico, tipo de sangre O+, exámenes de su control de embarazo dentro de lo normal. Con antecedente gineco-obstetrico de 40 días, por procedimiento médico quirúrgico, cerclaje (este consistía en coserle y amarrarle el cérvix o cuello del útero), con técnica de MC Donald, por presentar incompetencia cervical, realizado el 14 de mayo de 2013, en el Hospital Universitario de Sincelejo.

La señora Miriam Elena, el 24 de junio del 2013 (40 días después del cerclaje), acudió a primera hora a la ESE Hospital de Tolú (primer nivel), por presentar pérdida de líquido, motivo por el cual fue tratada, valorada y remitida de manera urgente a un centro de tercer nivel, para ser valorada por ginecología. Fue así, como ingresó al Hospital Universitario de Sincelejo, a las 02:00 a.m., del 24 de junio del 2013, siendo tratada y diagnosticada por ginecología, con un embarazo de 24,3 semanas de gestación, ruptura prematura de membranas, cerclaje por incompetencia cervical; le realizan ecografía obstétrica que reporta líquido amniótico escaso (oligohidramnios) y su producto en gestación de 24,3 semanas, con una presentación o posición distócica (podálico), por lo cual es hospitalizada.

² Folios 2 - 13, cuaderno de primera instancia.

Manifiestan los actores, que a pesar de tener un cerclaje y su producto en gestación, encontrarse en posición podálico (nalga-pies), el médico general de este centro hospitalario, somete a Miriam Julio, a las 4:30 a.m. del 25 de junio de 2013, a un trabajo de parto vaginal traumático de 6 meses y tres 3 días de embarazo, con una fase expulsiva de más de 30 minutos, tal como consta en la nota de evolución de enfermería.

En la fase de alumbramiento, se produjo estallido del cordón umbilical, con la complicación de que hizo retención de placenta, motivo por el cual, es llevada a quirófano para realizarle un legrado, bajo anestesia general.

La paciente continuó hospitalizada en el servicio de maternidad y el día 26 de junio de 2013, le dan alta médica, le entregan el certificado de defunción, pero no el cuerpo de su bebé, lo que motivó que presentara una crisis de ansiedad, angustia, depresión, por lo que le suspenden la salida, teniendo que ser valorada por psiquiatría.

El día 28 de junio del 2013, el Hospital no le da razón del cuerpo de su bebé y solo le manifiestan, que ya pusieron la situación en conocimiento de las autoridades.

Indican los actores, que la señora Miriam Julio tenía un cerclaje con la técnica de MC DONALD y que no podía someterse a un parto vaginal, con el agravante que el producto de 6 meses y tres 3 días, venía en presentación podálica, ósea de pie y sin líquido amniótico, aumentando el riesgo de morbi – mortalidad de su producto y de la madre.

Manifiestan, que por la tristeza y el dolor de haberle sido arrancado de sus brazos a su bebé, la señora Miriam Julio pidió su alta médica voluntaria.

Por último, los actores hicieron referencia de forma detallada del procedimiento médico realizado en el Hospital Universitario de Sincelejo, durante el ingreso de la paciente a urgencias, con sus respectivos errores; así como de la desaparición del cuerpo del feto.

1.3. Contestación de la demanda³.

El Hospital Universitario de Sincelejo, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las excepciones propuestas. En cuanto a los hechos, señaló que algunos eran ciertos o lo eran parcialmente y otros no lo eran.

Como argumento de defensa, expuso que las condiciones de salud de la paciente no tuvieron origen institucional y mucho menos, en la conducta médica de los profesionales adscritos a la entidad, pues, esta fue la adecuada, correcta y aceptada por la ciencia médica, ya que se cumplieron los procedimientos esperados, habiéndole prestado a la paciente, la atención necesaria a través del servicio de salud que requería.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de relación de causa a efecto, entre los actos de carácter institucional y los actos del equipo médico y los daños que supuestamente puedan haberse causado a la paciente Miriam Elena julio y otros.

Sostiene, que no existe causalidad entre las lesiones irreversibles con que ingresó la paciente, la atención médica y el proceder administrativo y asistencial del hospital; debiendo identificar que dichos factores de atribución, corresponden al cuadro clínico sufrido por la paciente fuera del hospital, que le ocasionó lesiones irreversibles al momento de su ingreso al centro hospitalario.

Indica, que en este caso se hace necesario el acreditar mediante prueba conducente e idónea, la relación de causalidad que permita imputar al hospital, los daños experimentados por los cuales se demanda.

³ Folios 96 - 125, del cuaderno de primera instancia.

- Inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley por cumplimiento de obligación de medio.

Tal excepción la fundamenta en el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981, que dispone: *“Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico”*.

Señala que hay una obligación de seguridad en un sentido genérico: preservación de la salud y protección de la integridad física y vida de la paciente; pero de ello no puede extraerse la existencia del compromiso de un determinado resultado, sino que bien puede asumir el perfil de obligación de medios, como lo es la prestación médica típica. En ese sentido, afirma, que en el caso de autos, no existe prueba que indique un proceder imprudente, imperito o negligente del equipo médico de las instituciones mencionadas en la demanda.

Anota que si bien, se ha convenido en exigir al médico que interviene, un standard más exigente dada su calidad de altamente especializado, pueden suscitarse dudas respecto de si dicha mayor exigencia, también es dable exigir respecto de todos los restantes aspectos que se vinculan o pueden vincularse necesaria, casual o circunstancialmente con la intervención del área Especializado.

- Exoneración de responsabilidad por estar probado que el equipo médico empleó la debida diligencia y cuidado.

El objeto de la obligación del equipo médico de la entidad, se desarrolló dentro de los lineamientos que la técnica médico científica acepta y recomienda, como tratamiento para el cuadro que se evidenció en ese instante, la paciente fue atendida por el profesional médico idóneo,

calificado y de forma diligente y oportuna, fue valorada y monitoreada por sus médicos tratantes. La labor de los profesionales de la salud, se desarrolló dentro de lineamientos esperados.

- Inexistencia de la obligación de indemnizar, por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad.

Insiste en que no existe relación de causalidad entre la conducta del equipo médico y el evento de expulsión del producto gestante de la paciente, que conlleve a hacer la imputación Jurídica.

Tampoco se puede predicar relación de causalidad, entre la labor que cumple la Institución Prestadora de Servicios de Salud y el evento patológico presentado por la paciente, que según la literatura científica mundial, tuvo un manejo médico adecuado.

- Falta de legitimación por pasiva.

En razón a que el hospital no es responsable de los daños causados a la paciente Miriam Elena Julio, pues, en toda la hospitalización fue tratada de manera diligente y eficiente y al momento de ingresar al Hospital, el día 24 de junio de 2013, se le dio una prestación oportuna del servicio, no hubo fallas institucionales, ni mucho menos, en la conducta Profesional Médica del personal de la entidad, pues, esta fue la adecuada.

No hay lugar a supuestos perjuicios materiales, morales, ni perjuicios ocasionados a la vida de relación, por cuanto hay total inexistencia del daño causado por parte del hospital. Afirma, que se puede observar en la historia clínica, que en ningún momento hubo fallas en la atención de la señora Miriam Elena Julio, siendo atendido adecuadamente.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de noviembre 11 de 2016, niega la pretensión de declarar administrativamente responsable al Hospital Universitario de Sincelejo por la muerte del feto de 24,3 semanas de gestación de la señora Miriam Julio.

Así mismo, declara administrativamente responsable a la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, por el extravío del feto o producto de 24,3 semanas de gestación de la señora Miriam Elena Julio, dentro de sus instalaciones; y en consecuencia, la condena a pagar a favor de los actores Miriam Elena Julio Eniano y José Domínguez Herazo, por concepto de perjuicio moral, la cifra equivalente a 30 s.m.l.m.v., para cada uno, y para el menor Arturo José Domínguez Julio, la suma de 15 s.m.l.m.v.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, señala, que en el plenario no se encuentran elementos de juicio razonables que lleven a predicar la configuración de una falla en el servicio médico obstétrico, que fuese determinante para la muerte del feto o producto de 24,3 semanas de gestación, que llevaba en su vientre la señora Miriam Elena Julio, toda vez que se evidencia las condiciones de alto riesgo que presentaba ese embarazo, no solo por la edad de la madre, su sobrepeso, antecedente de 2 cesáreas, sino también, por cuanto en su historia clínica se consignan alteraciones emocionales, que venían siendo tratadas por psicología hacía aproximadamente 2 meses antes a cuando se produjo la segunda internación en el Hospital para el día 24 de junio de 2013, así como ante la incompetencia ístmico cervical, que le fue diagnosticada en mayo de 2013 y que motivó la medida de Cerclaje realizada a la paciente.

Indica, que se evidencia que el personal médico dispuso de los medios y procedimientos oportunos, para brindar una atención médica adecuada a la situación que presentaba la paciente en gestación y de acuerdo a los recursos que disponía y en esa medida, desestima la pretensión de

⁴ Folios 482 - 499, del cuaderno de primera instancia.

reparación, al considerar que no se observa la configuración del nexo causal, entre la atención médica recibida por la señora Miriam Elena Julio y el hecho dañoso, que es la muerte del feto de 24,3 semanas de gestación.

En cuanto a los quistes de maboth en el cuello uterino, anota el Juez, que los mismos no implican *per se*, que obedezcan a una lesión causada a la actora e imputable a una mala praxis médica que conlleve algún tipo de responsabilidad patrimonial, sobre todo cuando éstos quistes pueden ser provocados por el alumbramiento. Y sobre las lesiones sufridas y los dolores al momento de la relación sexual, presentados de forma posterior a la pérdida del feto, precisa, que aparte de la manifestación que la paciente hace en consulta con psiquiatría, no obra prueba pericial que acredite que durante la atención y los procedimientos realizados, se hubiese provocado lesión causante de los mismos.

Sobre la existencia de sutura del cerclaje para el día 2 de julio de 2013, considera el Juez, que dicha situación no conlleva a predicar responsabilidad alguna en la muerte del feto, en el entendido que fue el procedimiento de cerclaje realizado en mayo 14 de 2013, la medida médica tendiente a "aguantar" o impedir la salida del producto, debido a la incompetencia ístmico cervical; y el que no fuera retirado inmediatamente a la expulsión del producto, cuando es atendida para el 24 de junio de 2013, obedece a que existía la prioridad de mantener el producto dentro del útero y cuando ya se produce la expulsión del feto, la misma era la realización del legrado por la retención de la placenta.

En tal sentido, estima el Juez, que en el presente asunto no obra evidencia que la muerte del feto hubiese obedecido a la falta de atención médica o a la aplicación de procedimientos errados del personal médico adscrito al Hospital Universitario de Sincelejo, sobre todo, si el embarazo revestía alto riesgo.

Contrario sensu, afirmó, no ocurre lo mismo con la responsabilidad que se le imputa a dicho ente por la pérdida del feto, el cual no fue entregado por haber desaparecido de la institución.

En efecto, anota, que se encuentra probado que la señora Miriam Elena tuvo su tercer embarazo con procedimiento de cesárea, sobrepeso y problemas emocionales, causados por diferencias con su hermana; presentando antecedente gineco - obstétrico de 40 días por procedimiento médico quirúrgico de cerclaje, con técnica de MC Donald, realizada el 14 de mayo de 2013, por presentar incompetencia ístmico cervical, procedimiento que le fue practicado en el HUS.

Que el día 25 de junio a las 04:00 a.m., presenta expulsión del feto de forma podálica, administrándole Oxitocina para potenciar las contracciones del útero y facilitar la salida total del prematuro, que según la historia clínica venía sin vida, de sexo femenino y presentaba piel marmórea por la falta de oxigenación de los tejidos; además de presentar complicación por retención de placenta, motivo por el cual, es trasladada al quirófano para realizarle un procedimiento médico de legrado bajo anestesia general.

Que el 26 de junio le dan alta médica, le dan el certificado de defunción del bebé, pero no le entregan su cuerpo, lo que motivó a que presentara una crisis de ansiedad. Y para el día 28 de junio, cuando Miriam Elena solicita la salida voluntaria, el personal administrativo y asistencial no le dio explicación de lo sucedido, debiendo el Gerente del Hospital, poner dicha situación en conocimiento de las autoridades judiciales.

Manifiesta el Juez, que era evidente que el deber de custodia sobre el feto radicaba en cabeza del Hospital, a través de su personal adscrito y que la situación presentada denota una falla administrativa en la seguridad del centro hospitalario, ya que desconoce por completo lo ocurrido y así fue manifestado a la demandante y sus familiares. Añade, que la anterior situación generó afectación emocional y psíquica en los actores, por lo que procedía el pago de los perjuicios morales causados a los señores

Miriam Elena Julio Eniano y José Domínguez Herazo y para el menor Arturo José Domínguez Julio.

1.5.- Los recursos.

- **Parte demandada**⁵: la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, apela la sentencia de primera instancia con el fin que sea revocada en esta instancia. Para ello manifiesta, que el manejo que se le dio al producto del aborto, fue guardarlo en la nevera donde se acumulan las piezas o residuos anatomopatológicos, entre ellos los productos de aborto, como en este caso, para su destinación final de incineración.

Así entonces, considera, que la cuantificación de la condena es muy alta, máxime, cuando es una costumbre social, normalmente aceptada, que los productos de aborto en Colombia tengan tal procedimiento; a más, que no es muy usual que la paciente reclame para llevarse el producto del aborto o feto no viable y tan pequeñito, siendo lo normal, que nadie reclame este producto, porque al hablar de mortalidad perinatal, la literatura médica habla de 28 semanas en adelante y un peso de 1000 gms. como mínimo y este no es el caso discutido dentro del proceso, por encontrarse más en un concepto de aborto, que de mortalidad.

Arguye, que el A-quo no tuvo en cuenta al momento de tasar la sanción, que una cosa es condenar al ente demandado ante una expectativa de vida y otra muy distinta ante un aborto, piezas que se incineran por el riesgo biológico que representa su manipulación sin control y el poco tamaño del feto.

- **Parte demandante**⁶: sustenta en su recurso, que dentro del proceso no se le dio importancia a la muerte y desaparición del cuerpo de la hija de la señora Miriam Elena Julio, siendo que la muerte de esa menor es considerada de interés en salud pública, por tratarse de una muerte

⁵ Folios 504 - 506, del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 507 - 518, del cuaderno de primera instancia.

perinatal. Que lo considerado por el Juez para no atribuir la muerte del feto al centro hospitalario, carece de fundamento médico, científico y jurídico y la conclusión a la cual llega, está lejos de la realidad.

Indica, que de las pruebas aportadas por el Hospital, no aparecen las Guías de la Práctica Clínica y Protocolos de consentimiento informado, de monitoreo fetal, de muerte perinatal, de toma de signos vitales, actividad uterina y frecuencia cardiaca fetal; y que si una institución no aplica y demuestra conocimientos y adherencia por las citadas guías y protocolos, incurre en mala praxis médica, tal como se demuestra en este caso.

Así mismo, argumenta en cuanto a la atención del servicio de urgencias del 24 de junio de 2013, que según lo registrado en la historia clínica, hubo demora y retraso en la realización de la ecografía obstétrica, la cual fue ordenada el día 24 de junio de 2013 a las 02:30 a.m., estudio que solo pudo ser realizado ese mismo día a las 11:00 a.m., es decir, tuvo que pasar más de ocho horas para poder ser realizado dicho estudio.

En cuanto a la atención médica de los días 24 y 25 de junio de 2013, la Sra. Mirian Elena Julio y su bebé, no tuvieron la oportunidad de tener un seguimiento, vigilancia y control por parte del Médico Gineco-obstetra; siendo precisamente la falta de la atención integral y continua, la que provoca la muerte del bebé.

Sostienen los actores, que la paciente y su gestante, fueron expuestas a una situación de inseguridad, pues, el personal asistencial del HUS no se ajustó a la Lex Artis, ya que no siguieron los protocolos de vigilancia, seguimiento y control de embarazo de alto riesgo obstétrico, con ruptura prematura de membranas, más Oligohidramnios y cerclaje.

Anotan, que los galenos del Hospital Universitario de Sincelejo, no consideraron pertinente la información y solicitud del consentimiento informado, en donde se le explicaba a la Sra. Miriam Elena Julio y familiares, sobre los riesgos, complicaciones y beneficios, de someterla a un

manejo expectante de su embarazo de alto riesgo obstétrico con ruptura prematura de membranas y cerclaje y no hacerle una cesárea de urgencia, información y consentimiento informado, que no aparece descrito, ni consignado en la historia clínica. El personal asistencial tampoco consideró pertinente, solicitar interconsulta especializada, por médico Perinatólogo o Neonatólogo, para llegar a un consenso y tomar la decisión más favorable para la madre e hija.

Refieren, que la continuidad en la vigilancia, control y seguimiento de la madre e hija, se rompió; no aparece consignado en la historia clínica, una nota de evolución, ni del médico general, ni del gineco-obstetra. Y cuando la señora Miriam Elena, le manifestó al personal auxiliar de enfermería que presentó salida de líquido por genitales, solo pudo ser valorada por médico general y no por el especialista en ginecología y obstetricia.

Continúan manifestando, que la médica especialista en ginecología – obstétrica del Hospital Universitario de Sincelejo, le realiza un examen ginecológico interno a Miriam Elena Julio, porque va a realizarle un legrado; sin embargo, actúa de manera inobservante, porque no describe como se encuentra el cuello o cérvix uterino de la paciente, así como el estado de su cerclaje.

El 2 de julio de 2013, Miriam Elena acude de forma particular donde la Especialista en ginecología y obstetricia Dra. Emma Espinosa Massry, quien al examinarla por medio de Especuloscopia, observa sutura del cerclaje- tuvo retención de placenta, se intenta cortar la sutura del cerclaje, pero la paciente no tolera el procedimiento, señalando como plan: ingresar por institución donde atiendan compartas, para retiro bajo anestesia.

El día 03 de julio del 2013, la actora ingresa al servicio de urgencias de la Clínica Santa María y de ahí es trasladada a la sala de cirugía con el siguiente diagnóstico de ingreso: 1. retención de restos placentarios y antecedentes de cerclaje y diagnóstico de egreso: 1. Post – operatorio legrado instrumentado, más retiro de cerclaje con anestesia.

Concluyen los demandantes, que el servicio prestado por el personal médico asistencial del Hospital Universitario de Sincelejo, no fue acorde a lo establecido por la Lex Artis médica. En ese orden, sostienen, que el ente demandado, si es administrativamente responsable por la muerte del prematuro de 24.3 semanas de gestación de la señora Miriam Elena Julio.

En cuanto a la condena de la E.S.E., por concepto de perjuicio moral causado con ocasión del extravió del feto, arguyen, que no están de acuerdo con su tasación, ya que estos debieron ser indemnizados en cuantía máxima de 100 s.m.l.m.v, para los padres y 50 s.m.l.m.v, para el hermano, por el dolor emocional y la afectación psicológica, de no haber podido darle cristiana sepultura a este miembro de la familia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante proveído de 23 de marzo de 2017, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por las partes⁷.

- Por auto de 7 de abril de 2017, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

- **La parte demandante**⁹, alegó, que quedó demostrado que Miriam Elena Julio ingresó al Hospital Universitario de Sincelejo el día 24 de junio de 2013 a las 02.00 a.m., presentando un embarazo con una edad gestacional de 24.3 semanas, con un bebé con tasa de sobrevivencia del 13 al 56%.

Dice, que se logró demostrar también que en la historia clínica, no aparece registro que el personal asistencial del HUS, le haya explicado, asesorado o manifestado a la paciente o sus familiares, qué actitud o conducta se iba a seguir con la madre e hijo y su embarazo de alto riesgo

⁷ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 13 - 20, cuaderno de segunda instancia.

obstétrico; no aparece registro que se haya realizado junta médica o solicitado interconsulta a Médicos Especialista en Neonatología y Perinatología, interconsultas que si eran necesarias, ya que el riesgo de complicaciones materno fetal existía y que dicho riesgo, podría aumentar y tener como resultados un daño irreversible (muerte). Tampoco hay registro de explicación a la paciente, sobre los beneficios, riesgos y complicaciones a la que era expuesta, si se realizaba una cesárea de urgencia o un trabajo de parto vaginal ese mismo día 24 de junio de 2013.

Refiere, que la conducta que asumió y desplegó el personal asistencial del HUS, fue pasiva, inobservante, como si se tratara de un embarazo normal y sin complicaciones. Y del análisis de muerte materna y/o perinatal realizado y aportado al proceso por el Hospital Universitario de Sincelejo, clasifica la muerte de la bebé como una muerte perinatal y la causa, una ANOXIA HIPÓXICA + PREMATUREZ EXTREMA, es decir, que la falta de oxígeno que provocó la muerte de la bebé, se debió al parto vaginal traumático y al cerclaje que amarraba el cuello o cérvix materno.

Igualmente señalan, que el cuerpo de la bebé desapareció de las instalaciones del hospital y nunca hubo una respuesta por parte del personal asistencial y administrativo del HUS, sobre qué pasó con el mismo.

Y en cuanto a lo expuesto por la parte demandada, de que el producto en gestación era un aborto, quedó desvirtuado, pues, siempre se trató de un prematuro extremo viable con un porcentaje de vivir del 13 al 56%. Y sobre que el cuerpo del prematuro fue incinerado, indican los actores, que jamás se hizo mención dentro del proceso que haya ocurrido tal hecho, ya que esto no se argumentó en la contestación de la demanda, ni en el transcurso del proceso se demostró, que se haya incinerado él bebe, como tampoco aparece aportado un solo elemento probatorio, que indique que haya existido tal situación; además, que con tal afirmación de la parte demandada, en su criterio, se violenta el consentimiento de la familia Domínguez Julio, ya que ellos nunca dieron autorización de que se incinerara su bebé, en caso de que esa afirmación fuera cierta.

En ese sentido, afirman, que queda demostrado que hubo falla en el servicio ya que él bebé entro vivo, pero por falta de vigilancia, control y seguimiento en el servicio de hospitalización - maternidad, tuvo como desenlace la muerte intrauterina del bebé de 24.3 semanas de gestación; por lo tanto, solicitan se revoque la denegación de declarar administrativamente responsable al Hospital Universitario de Sincelejo, por la muerte del feto de 24.3 semanas de gestación y en su defecto, se le declare administrativamente responsable por tal suceso.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema jurídico

Vista la postura o la tesis medular del recurrente, el problema jurídico a desatar en el presente asunto, consiste en determinar: ¿Es el Hospital Universitario de Sincelejo administrativa y patrimonialmente responsable, de los perjuicios acaecidos a los actores, como consecuencia de la muerte del gestante de 24,3 semanas, que llevaba en su vientre la señora Miriam Elena Julio, ocurrida el 25 de junio de 2013, por la presunta falla en la prestación de los servicios médicos – hospitalarios, en que se dice incurrió el Hospital Universitario de Sincelejo?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Responsabilidad extracontractual del Estado – presupuestos de configuración.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia¹⁰, establece una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado, por aquellos daños antijurídicos, causados por la acción u omisión imputable a sus agentes.

Dentro de dicha disposición de orden constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha encuadrado, dos elementos de responsabilidad a tener en cuenta, tales como el daño antijurídico y la imputación¹¹.

Por **daño antijurídico** se ha definido, que el mismo “**consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.** En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”¹². Para que el daño sea del talante antijurídico, tiene que tener unos condicionamientos que permita esta categorización, esto es, que el daño irrogado debe ser cierto, actual o personal.

Sobre el carácter cierto, como elemento *sine qua non*, para declarar la responsabilidad administrativa del Estado, el Honorable Consejo de Estado, ha decantado:

¹⁰ Constitución Política de Colombia. “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 23300. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

¹² *Ibíd.*

“... el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”¹³. (Subrayas de la Sala)

Asimismo, la doctrina ha expuesto sobre el tema lo siguiente:

“... es claro entonces que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino un específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio.”

(..)

Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual’. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”¹⁴. (Subrayas de la Sala)

Atendiendo lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, se colige, que el daño cierto, se erige como aquél objeto de reparación o indemnización económica, indistintamente, si es presente o futuro, que aparece como la prolongación cierta y directa, del estado de cosas que lo produjo, de tal manera, que se descarta de plano, que éste pueda ser hipotético o eventual, pues, esta modalidad, no está prevista para ser objeto de resarcimiento.

Por su parte, el carácter personal del daño, se refiere a la titularidad jurídica o derechos, que tiene la persona afectada sobre el bien que sufrió

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13186.

¹⁴ Henao Pérez, Juan Carlos, *El daño*, U. Externado, segunda reimpresión 2007, p. 131.

un desmedro, dicho de otra manera, apunta a que quien efectivamente sufrió un perjuicio, como consecuencia de una acción u omisión del Estado, ostenta el interés jurídico para acudir a la reclamación e indemnización de los perjuicios causados¹⁵.

De otro lado, en relación a la segunda arista de la responsabilidad extracontractual, es decir la **imputación**, ésta se instituye como la "atribución de la respectiva lesión"; en consecuencia, "la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o *subjetiva*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política"¹⁶, con la advertencia de que en atención del principio *iura novit curia*, "corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión"¹⁷.

La imputación debe estudiarse bajo dos esferas, a saber: (i) desde un ámbito fáctico y (ii) jurídico. Este presupuesto, es de suma importancia, para poder endilgarse a la administración una eventual responsabilidad, cuando exista un sustento fáctico y una atribución jurídica, esto es, un hecho generador de un daño antijurídico y un título jurídico, que se erija como herramienta de imputabilidad de ese hecho generador del daño, los cuales a la luz de la jurisprudencia contenciosa administrativa, estriban en falla del servicio – responsabilidad subjetiva – o la teoría de imputación

¹⁵ Como lo sostiene el Dr. Hugo Andrés Arenas Mendoza: "Este problema, denominado *individualización del daño*, se concreta en lograr determinar, quién puede reclamar los daños sufridos, es decir, en encontrar la verdadera víctima o, en otros términos, al titular del interés". Libro Régimen de Responsabilidad Objetiva, editorial Legis, edición 2013, página 163.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

objetiva; cada uno de estos títulos de endilgación jurídica, va tener una aplicación, dependiendo del caso particular y del precedente jurisprudencial, que se haya establecido para cada situación, donde resulte comprometida la responsabilidad del Estado.

Al respecto, el Consejo de Estado determinó¹⁸:

“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa, en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio médico, ha desplegado una serie de títulos de imputación, que a lo largo de los años ha venido aplicando, desde la falla presunta del servicio, donde se invierte la carga de la prueba, esto es, que la entidad de salud, debe acreditar que no generó ningún tipo de falla que genere responsabilidad, pasando por la carga dinámica de la prueba; es decir, quien esté en mejor condiciones de probar, le corresponderá probar o desvirtuar, según sea el caso, el reproche extracontractual que se endilga, hasta aplicar hoy día, el título de imputación, rotulado falla probada del servicio, que apunta a:

*“que en materia de responsabilidad médica, deben estar acreditados **en el proceso, todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel***¹⁹, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento, las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria”²⁰.

¹⁸ Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera, Subsección A, expediente 19360, C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 30 de julio de 2008, Exp. 15.726, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, entre otras.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2013, radicación interna 31724, actor: Luis Alberto Guerrero, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales, C. P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

La falla probada del servicio médico, se puede fundar en: i) no recibir atención oportuna y eficaz por parte de centros hospitalarios y asistencias; ii) no suministrar o suministrar tardía o ineficazmente los medicamentos, tratamientos, procedimientos médicos – quirúrgicos necesarios, para atender la salud del paciente; iii) incumplimiento en el deber de ejecución, vigilancia e información del servicio médico; iv) error en el diagnóstico y valoración del paciente, entre otros.

En relación con la **responsabilidad médica en el servicio de obstetricia**, el Consejo de Estado, ha señalado²¹:

“... los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla²². En sentencia de 14 de julio de 2005²³, dijo la Sala:

“Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad. Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología”.

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1993-09477-01(16085), Actor: Elvira Caballero Corredor, Demandado: Caprecom. C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767

²³ Exp. No. 15.276.

corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la **responsabilidad de los centros hospitalarios, sobre el deber de vigilancia y custodia de los usuarios**, el Consejo de Estado, se ha pronunciado así²⁴:

“Como se aprecia, el servicio público sanitario y hospitalario no sólo está circunscrito a la prestación o suministro de los denominados “acto médico y/o paramédico”, es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la salud del

²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente: 22.304, Radicación: 05001-23-24-000-1994-02530-01, Actor: Luís Felipe López y Otro, Demandado: Hospital Regional Antonio Roldán Betancur E.S.E. y Otros. C.P. Enrique Gil Botero.

paciente²⁵, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios. En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y hospitalaria encuentra su fundamento en: el principio de la buena fe (art. 86 de la Constitución Política y 1603 del Código Civil), el principio del interés general que lleva implícito la prestación del servicio referido (arts. 1º y 49 C.P.), así como en los derechos de los consumidores y usuarios (Decreto 3466 de 1982) /.../

Por lo tanto, los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario.

Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea. /.../

En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de eventos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del

²⁵ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades” www.who.int/en/

servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo”.

2.4.- Caso concreto.

Abordando el caso *sub examine*, se tiene que la sentencia de primera instancia, de un lado, niega la pretensión de declarar administrativamente responsable al Hospital Universitario de Sincelejo por la muerte del feto de 24,3 semanas de gestación de la señora Miriam Elena Julio, porque consideró que la entidad demandada, obró en forma adecuada en la atención médica requerida por la paciente, situación que es cuestionada por la parte demandante.

De otro lado, se declara administrativamente responsable al Hospital Universitario de Sincelejo, por el extravío del feto de la señora Miriam Elena Julio; y en consecuencia, se le condena a pagar a favor de los actores Miriam Elena Julio Eniano y José Domínguez Herazo, por concepto de perjuicio moral, la cifra equivalente a 30 s.m.l.m.v., para cada uno, y para el menor Arturo José Domínguez Julio, la suma de 15 s.m.l.m.v.

La anterior condena es objetada por ambas partes. Los demandantes, porque consideran que los perjuicios morales debieron ser tasados en cuantía máxima de 100 s.m.l.m.v, para los padres y 50 s.m.l.m.v, para el hermano; y el ente demandado, porque estima que la cuantificación de tal perjuicio es muy alta, atendiendo a que se trató de un aborto y que el procedimiento normal de disposición del producto, es su incineración²⁶.

Así las cosas, la Sala, entrara a analizar si sobre este caso, se reúnen los elementos para derivar la responsabilidad extracontractual de la entidad

²⁶ Es pertinente anotar, que lo relacionado con el consentimiento informado no puede ser tenido en cuenta en sede de apelación, pues, se trata de argumento nuevo no tratado a lo largo del proceso.

pública demandada, previstos en el artículo 90 de la Constitución Política, como son el daño antijurídico y la imputación.

Se comenzará por analizar la presunta **responsabilidad de la entidad, derivada de la muerte del feto²⁷ de 24,3 semanas de gestación**, previo a lo cual, es pertinente identificar las nociones de muerte perinatal y la diferencia entre aborto y muerte fetal.

Muerte perinatal. La Organización Mundial de la Salud²⁸⁻²⁹, define la mortalidad perinatal como el "número de nacidos muertos y muertes en la primera semana de vida por cada 1.000 nacidos vivos", indicando que el "período perinatal, comienza a las 22 semanas completas (154 días después de la gestación) y termina a los siete días después del nacimiento".

Luego, cuando se habla de un feto que alcanza las 24.3 semanas, evidentemente que el mismo se halla en su período perinatal, apreciación que es aceptada en Colombia, cuando textualmente se afirma³⁰:

"La definición del evento se basa en criterios clínicos, relacionados a continuación de acuerdo a la clasificación internacional de enfermedades decima revisión, CIEX:

- *Una muerte perinatal es la que ocurre en el periodo comprendido entre las 22 semanas completas (154 días) de gestación o con 500 gramos o más de peso fetal, hasta los siete días después del nacimiento (28).*

²⁷ Definido el feto, como: "Embrión de los vivíparos a partir del momento en que ha adquirido la conformación característica de la especie a que pertenece (en los humanos, a finales del tercer mes de gestación) hasta el nacimiento". <https://www.google.com.co/search?q=feto&oq=feto+&aqs=chrome..69i57j0l5.4618j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

²⁸ http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/en/

²⁹ Richardus JH, Graafmans WC, Verloove-Vanhorick SP, Mackenbach JP (enero de 1998). «The perinatal mortality rate as an indicator of quality of care in international comparisons». *Med Care*

³⁰ <http://www.ins.gov.co/lineas-de-accion/Subdireccion-Vigilancia/sivigila/Protocolos%20SIVIGILA/PRO%20Mortalidad%20perinatal%20y%20neonatal.pdf>

• La muerte neonatal es la muerte ocurrida entre el nacimiento y los primeros 28 días completos de vida. Esta a su vez se dividen en:

- Muertes neonatales tempranas: son las ocurridas durante los primeros 7 días de vida (0-6 días)
- Muertes neonatales tardías: son las ocurridas después de los 7 días completos hasta antes del 28° día de vida (7-27 días)”

Aborto: “La palabra aborto proviene del latín abortus, que a su vez se deriva del término aborior. Este concepto se utilizaba para referirse a lo opuesto a orior, o sea, lo contrario a nacer. Por lo tanto, el aborto es la **interrupción** del desarrollo del feto durante el embarazo, cuando este todavía no haya llegado a las **veinte semanas**. Una vez pasado ese tiempo, la terminación del embarazo antes del parto se denomina pre término”³¹ (Negrilla fuera de texto).

- El hecho dañoso

El hecho constitutivo del daño que se predica en este caso, es la muerte del feto de 24,3 semanas de gestación que llevaba en su vientre la señora Miriam Elena Julio, la cual se dice ocurrió el día 25 de junio de 2013, en el Hospital Universitario de Sincelejo.

Sobre este aspecto, se tiene por cierto que para la citada fecha, la señora Miriam Elena se encontraba en estado de embarazo de 24,3 semanas de gestación y que ese mismo día, fue atendida en dicho centro hospitalario.

En efecto, de las pruebas arrojadas al plenario, se constata, que el día 24 de junio de 2013, a las 02:00 a.m., la señora Miriam Elena Julio ingresó remitida al Hospital Universitario de Sincelejo, en estado de embarazo y con motivo de consulta: “estoy votando liquido”, describiéndose a la paciente como “DX Embarazo 24 semanas x amenorrea + rotura prematura de membranas”; que hacia las 06:30 p.m., fue trasladada al servicio hospitalización maternidad. Y que en horas de la madrugada –

³¹ <https://definicion.de/aborto/>

04:00 a.m. del 25 de junio de 2013– la paciente había manifestado que *“siente que el feto se le está saliendo, se le informa la médico quien valora e informa que está expulsándolo, el cual ayuda en el parto y ordena verbalmente administrar 10 Ud. de oxitócica a goteo libre para ayudar a expulsarlo”*. A las 04:45 a.m. *“Se expulsa feto sin vida con color de piel y extremidades color morado, con peso de 500 gr y talla 31 cm, sin salida de líquido amniótico, sexo femenino, con retención de placenta por estallido de cordón umbilical”*, 06:00 a.m., *“se realiza legrado uterino”* (Lo transcrito según lo consignado en la histórica clínica y en el Informe rendido por Comparta EPS-S Sucre – folios 15-16 del cuaderno de pruebas).

Sobre lo sucedido durante la estadía de la señora Miriam Julio en el centro hospitalario, queda constancia en los registros de la historia clínica, en la que se consigna con fecha de 25 de junio de 2013, lo siguiente: *“paciente presenta expulsión del feto podálico, sin salida de líquido amniótico y piel de extremidades color marmóreo, con un peso de 500 gr, talla 31 cm, ... sexo femenino”* (reverso folio 37 del C.1).

También se encuentra un reporte quirúrgico allegado dentro de la historia clínica, en el que se lee, que a la señora Miriam Elena Julio le fue practicado legrado con el fin de extraerle restos placentarios (fl. 39 del C. 1).

Así mismo, del informe rendido por COMPARTA EPS-S - Sucre³², sobre el análisis de la historia clínica de la atención prestada a la usuaria en el Hospital Universitario de Sincelejo, consta que el día 24 de junio de 2013, a las 02:00 a.m., la señora Miriam Elena Julio ingresó remitida a dicho centro hospitalario, en estado de embarazo y con motivo de consulta: *“estoy votando liquido”*; que hacia las 06:30 p.m., fue trasladada al servicio hospitalización maternidad. Y en horas de la madrugada – 4:00 a.m. del 25 de junio de 2013 – la paciente manifiesta que *“siente que el feto se le está saliendo, se le informa la médico quien valora e informa que está expulsándolo, el cual ayuda en el parto y ordena verbalmente administrar*

³² folios 15-16 del cuaderno de pruebas.

10 Ud. de oxitócica a goteo libre para ayudar a expulsarlo". A las 4.45 a.m. "Se expulsa feto sin vida con color de piel y extremidades color morado, con peso de 500 gr y talla 31 cm, sin salida de líquido amniótico, sexo femenino, con retención de placenta por estallido de cordón umbilical". 6:00 a.m. "se realiza legrado uterino".

Igualmente, en el plenario se avista copia del Certificado de Defunción No. 70476185-3, con fecha de 25 de junio de 2013 (fl. 250 del C.1).

Así las cosas, el deceso o la muerte de la hija que estaba por nacer, constituye una afectación negativa para sus seres queridos, que es personal y cierta, por ende, constitutiva de daño, el cual se predica, frente a quienes obran como demandantes dentro de este proceso, considerándose lo ocurrido como muerte perinatal, al haber superado el feto las 22 semanas y sin que se observe, una interrupción del proceso de gestión, al menos de manera voluntaria, por lo que no puede ser catalogada como aborto.

3.2. La imputabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública, del daño antijurídico padecido y por el que en principio, estaría en la obligación de responder.

En el presente caso, se imputa al Hospital Universitario de Sincelejo la falla en la prestación del servicio médico obstétrico, en el parto prematuro de la señora Miriam Elena Julio y que condujo al fallecimiento del feto de 23,4 semanas de gestación, que llevaba en su vientre.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas que fundamentan la imputación del daño antijurídico a la entidad demandada, se encuentran las siguientes:

- Copia de los controles prenatales de la señora Miriam Elena Julio, de la cual se extrae que el embarazo de la actora, fue clasificado como de alto riesgo fetal (fls 222 - 247 del C.1.)

- Copia de la Historia Clínica del Hospital Universitario de Sincelejo, perteneciente a la señora Miriam Elena Julio, en la que se consignó la atención que se le brindó desde su ingreso el 24 de junio de 2013, a las 02:00 a.m. (Folios 32 – 59, 143 – 197, 222 - 256 del C.1).

Diagnóstico de ingreso: *“1. Embarazo de +/- 24.3 semanas de gestación, 2. Ruptura prematura de membrana, y 3. Embarazo de alto riesgo obstétrico.*

Diagnóstico de egreso: *Recién nacido pre término extremo nacido muerto sin signos vitales”.*

- Informe rendido por COMPARTA EPS-S Sucre, sobre el análisis de la historia clínica de la atención prestada a la usuaria en el Hospital Universitario de Sincelejo, en el que se señala el siguiente resumen:

“Recién nacido de sexo femenino pre término extremo de 24,3 semanas, nace por parto vaginal secundario de 24 horas de RPM, nacido en el servicio de maternidad del Hospital Universitario de Sincelejo, sin signos vitales, cianótico. Producto de gestante añosa de 39 años de edad, embarazo de alto riesgo obstétrico, quien había presentado cuadro clínico con salida de líquido amniótico por genitales externos de aproximadamente dos horas al ingreso de la institución, antecedentes de tratamiento psicológico por necesidad de apoyo Psico-afectivo. Según se observa en historia clínica facilitada por la Institución de la atención prestada se le brindan servicios de salud para manejo de patología.

Es importante resaltar que no se cuenta con historia clínica de control prenatal de la usuaria la cual es de mucha importancia a la hora de realizar los análisis debido a que nos orienta sobre los cuidados, servicios de salud que la gestante tiene en el periodo de su embarazo, así como también las demoras que se pudieron haber presentado, la historia fue solicitada a la ESE de primer nivel en donde ella reside (ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLU) pero según la Institución no se encontró reporte de la

historia clínica de ésta” (Folios 15-16 del cuaderno de pruebas de primera instancia).

- Al plenario se allegaron varios Testimonios³³, de los cuales se resaltan los siguientes apartes:

- Testimonio del **Dr. Guillermo Carriazo Sampayo**, Médico y Cirujano, Ginecólogo y obstetra, diplomado en ultrasonido fetal, de la cual se extrae que fue médico eco grafista de la paciente Miriam Elena Julio, realizándole tres ecografías, la primera el 14 de mayo de 2013, fecha para la cual la paciente había sido remitida al Hospital Universitario de Sincelajo con un diagnóstico de un aborto inevitable.

Le realizó ecografía obstétrica de urgencias, cuyo reporte fue embarazo de 17 semanas y 6 días, feto único vivo, en presentación pélvica y un cérvix dilatado y acortado, significando con ello, que la señora Miriam para esas semanas de gestación, tenía un embarazo que a la luz de la medicina, estaba prácticamente perdido, porque el cuello estaba dilatado acortado y estaba borrado, señalando que ello le consta, porque participó en el análisis institucional del caso.

Indicó, que a la señora Miriam Elena Julio se le hospitalizó, por no presentar actividad uterina, que tenía una patología de incompetencia ístmico cervical y con el fin de que no perdiera su gestación, se le realizó un proceso denominado cerclaje uterino. La segunda valoración se la hizo el 20 de mayo, antes de su egreso en la primera hospitalización, afirmando que le hizo un examen ecográfico que se llamaba cervicometría. La tercera ocasión que le hizo una ecografía, afirmó, fue el día 24 de junio, la que denominan ecografía obstétrica de urgencias; en ese ocasión, señaló, la paciente también fue remitida de un primer nivel porque perdió el líquido amniótico, lo que en medicina se llamaba ruptura prematura de membrana y que cuando le hizo la ecografía, tenía un embarazo de 24 semanas y 3 días con un feto único en presentación pélvica; en esa ecografía halló lo que se llamaba oligohidramnios, que significa disminución de líquido amniótico; informó extremidad inferior protruyendo a nivel del canal endocervical, que significaba que el feto estaba inútero, que no había salido del útero, porque la paciente tenía el orificio cervical externo cerrado.

Manifiesta, que fueron esas tres intervenciones que tuvo con respecto a la atención de la señora Miriam Elena Julio, porque no fue ginecólogo tratante, sino ginecólogo eco grafista, pero si participó del análisis institucional y esa paciente ingresó con una grave patología, que es una rotura prematura de membrana, muy lejos del término.

- Testimonio del médico general **Dr. Ángel Rafael Tejada Naranjo**, quien refirió que el 25 de junio recibió turno a las 07:00 p.m., en la sala de parto

³³ Ver Cd audiencia de pruebas – folio 121 del C.1

donde aparecía asignado como médico, le informaron de la paciente. A las 04:45 a.m., porque en toda la noche no le informaron de la situación de la paciente, porque no manifestó que se quejaba de dolor, acudió a la pieza en la cual estaba y observó que estaba expulsando el producto, el cual, según la historia clínica, en ese momento tenía 24 semanas; que ayudó a salir el producto, el cual nació sin vida, sin signos vitales, no tuvo llanto, piel cianótica, sin frecuencia cardíaca, se pinza, se corta cordón umbilical, entregó a la auxiliar y detalló lo que era peso perímetro cefálico y la talla, le informó a los familiares para que se enviara el producto a patología, como se hacía legalmente y con todos los productos, pero ellos se rehusaron, que no iban a permitir que se le llevara al instituto de patología; de allí, indicó que no conocía más de la situación de la paciente y que procedió a informar a la ginecóloga, quien ordenó posteriormente trasladarla al servicio de cirugía para practicarle el legrado.

En el interrogatorio de la parte demandada, manifestó que en el conocimiento que tenía como médico general, en ningún momento una paciente que tuviera un cerclaje, debía expulsar un producto de esa manera, si se vino, algo pasó, como que el cerclaje se rompió porque de hecho el producto se vino.

En el conainterrogatorio de la parte demandante, señaló, que no le hicieron entrega por historia clínica, sino que le dijeron que en la habitación tal, había una paciente que habían hospitalizado, que tenía un cerclaje, pero que estaba estable. Que a la paciente, a las 8 de la noche se le tomó frecuencia cardíaca fetal, de ahí en adelante no lo hizo, como médico general, pero los auxiliares lo hacían. Que volvió otra vez a examinar a la paciente a las 04:45 a.m., cuando le comunicaron que presentaba dolor, porque en toda la noche no lo había manifestado. Y a la pregunta de que con que finalidad utilizó oxitocina a las 04:45 de la madrugada del día 25 respondió, que cuando el producto ya estaba en esas condiciones y cuando prácticamente que lo que quedaba era el cuello para salir, se trató de potenciar un poco más la actividad uterina, la contracción, para que así terminara de expulsar el producto y de hecho así fue.

- Testimonio de la **enfermera Paola del Carmen Beltrán salcedo**, quien manifestó que el día 24 de junio del año 2013, a las 07:00 p.m., recibió turno en el servicio de maternidad y que le entregan a la paciente Mirian Elena Julio en la unidad 320, que la recibió con el diagnóstico de su embarazo de 27 semanas, más una ruptura de membrana y un cerclaje que le habían realizado. A las 08:00 p.m., toma signos, a las 08:10 le informó el familiar de la paciente que la estaba acompañando, que ella manifestaba que se le está saliendo líquido; le informó al médico de turno Ángel Tejada, quien acudió al llamado, la valoró y le informó que no se le estaba saliendo líquido, igual se le realizó fetocardía, la cual mostró 141 por minuto y le dice que todo estaba bien..., regresó a las 09:00 p.m. a cambiarle líquidos, no le manifestó nada, recibió medicamento eritromicina. A las 10:00 p.m., regresó a la habitación, la encontró acostada del lado cubito lateral izquierdo, no le manifestó nada tampoco, recibió nifedipino y acetaminofén; a las 12:00 p.m., regresó nuevamente a

la habitación, ronda de enfermería normal, no le manifestó nada. Como a las 04:00 a.m., el familiar le informó que la paciente manifestaba que se le estaba saliendo el feto, acudió al llamado, le informó al médico nuevamente, el cual la revisó y ya tenía las piernecitas afuera, sin ningún movimiento, le informó verbalmente que ya no había que hacer nada, que ya estaba expulsando y que le administrara 10 unidades de oxitocina para agilizar el expulsamiento del feto, porque ya no podía hacer nada, que ya el cerclaje había terminado su función, que ya ella estaba expulsando. Se produjo la expulsión del feto, se corta cordón umbilical, se lleva a sala de parto donde se le realizaron sus medidas. /.../, subió nuevamente al piso y el Doctor Ángel le dio órdenes de que preparara a la paciente para trasladarla al servicio de cirugías para realizarle un legrado, orden que fue cumplida.

- Testimonio de la **Doctora Erna Espinosa Martínez**, médico ginecóloga y obstetra, manifestó que Mirian Elena Julio era una paciente que tuvo un ingreso al Hospital Universitario de Sincelejo, a la cual ella le realizó un cerclaje, por un embarazo de 22 semanas y a esa fecha 14 de mayo, ella se encontraba de turno presencial en el Hospital Universitario. Ese cerclaje de MC DONALD se hizo como una medida de emergencia, porque la paciente tenía una amenaza de parto prematuro. La paciente luego de ese turno del día 14 de mayo, fue hospitalizada en el Hospital Universitario. Conocía de esa paciente, que posteriormente al cerclaje, presentó un parto vaginal con una ruptura de membrana, por lo que ingresó nuevamente a la urgencia del Hospital Universitario, con un producto podálico y con antecedente de cesárea anterior, en ese momento la paciente tenía una salida de líquidos, que era lo que se definía como una ruptura de membrana.

Señaló, que Mirian Elena julio luego del parto vaginal fue egresada del Hospital Universitario y que ella la llamó por teléfono y acudió en forma particular a su consultorio, en el centro médico Carlos Vallejo, el día 2 de julio, consulta que le regaló, porque la paciente estaba angustiada de que su bebé se había muerto y habían hecho cierto grado de empatía en la realización del cerclaje, es más, que confiaba en ella porque si se dejó hacer el cerclaje.

Manifestó, que Miriam asistió a su consultorio en forma particular porque quería escuchar su opinión como ginecólogo; ese día le encontró que tenía la sutura del cerclaje, porque la paciente presentaba dolor y se le fue muy difícil cortar la sutura del cerclaje, por lo cual la envió a una institución por urgencia, en donde la atendieron por COMPARTA que era su carnet de afiliación, para que retiraran bajo anestesia ese cerclaje y le ordenó cabertrix que es cabergolina, que era para la suspensión de leche por los senos, suspensión de la lactancia. Después de eso no supo más de la paciente.

Frente al interrogatorio de la parte demandada, refirió, que la realización del cerclaje, prolongó el embarazo seis semanas, lo que fue una medida salvatoria, pero no eran dioses de pronosticar una cuestión, en donde la mortalidad de estos fetos por debajo de la semana 26, alcanza el 13%, lo

que fue explicado a la paciente y a sus familiares, siendo ellos conscientes que existía el riesgo de que él bebe se pudiera perder, pero la medida del cerclaje era una medida indicada de emergencia, para prolongar el tiempo de embarazo, mas no así para la sobrevivencia de este feto.

También señaló, que según la epicrisis, la paciente tenía 24 semanas y 3 días y que en caso de nacer el 50% de esos productos, tenían alteraciones neurológicas, lo que es evaluado en los primeros dos años de vida.

En el contrainterrogatorio de la parte demandada, a la pregunta de cómo se encontraba el cerclaje de Miriam Elena julio el día 24 de junio de 2013, a las once de la mañana, manifestó, que en lo que ella firmó y selló, aparecía que la paciente tenía un embarazo de 24 semanas con un oligohidramnio, fue valorado por ella y se decidió hospitalizar, maduración pulmonar y vigilancia del embarazo.

A la pregunta del Juez: ¿Sin que el cerclaje se rompa es posible de que el producto se venga?, respondió que si era posible, la paciente entró en trabajo de parto y el producto podía salirse a través del cerclaje, el cuello era un tejido flexible, era posible que esa misma incompetencia que ella tenía, por la cual le pusieron el cerclaje, permitiera con más facilidad que ese producto se saliera por vía vaginal.

Del estudio de las pruebas que han quedado relacionadas, esta Sala considera que las mismas no son suficientes para acreditar la responsabilidad de la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, por la muerte del producto gestacional que llevaba en su vientre la señora Miriam Elena Julio; ello, como quiera que es necesario contar con otros elementos probatorios, que den suficiente fuerza a la tesis según la cual, fue la indebida prestación y atención del servicio médico de salud de dicho centro hospitalario, la causa real y efectiva, que condujo al fallecimiento del producto gestacional de la actora.

En efecto, las pruebas testimoniales arrojadas al plenario, dan cuenta del procedimiento dispuesto por los médicos del ente hospitalario de cara al diagnóstico que presentaba la paciente en gestación y de acuerdo a los recursos que disponían, sin que de las mismas se desprenda que la atención dispensada a la paciente fue deficiente y el procedimiento implementado inoportuno.

Y si bien se allegó la historia clínica de la paciente Miriam Elena Julio, que da cuenta del procedimiento médico que le fue proporcionado en el

Hospital Universitario de Sucre, lo cierto es, que tal probanza no es suficiente para determinar la responsabilidad médica, pues, para ello se echa de menos la respectiva prueba pericial o cualquier otra, que dé cuenta sobre las presuntas falencias en la prestación del servicio médico. En otras palabras, no se ha determinado probatoriamente, cuál fue la falencia en que incurrió el ente demandado, para dar lugar al daño antes descrito.

Valga señalar que son los expertos en la materia los que pueden ilustrar al Juez del conocimiento, si la atención médica fue o no la adecuada en el presente asunto, si se siguieron las pautas de la norma de atención para atender el parto de la señora Miriam, considerando sus antecedentes médicos para evitar complicaciones, sin que el Juez pueda motu proprio, dictaminar conocimientos médicos que de entrada se sabe que no tiene, toda vez que no es su profesión y especialmente, cuando se debaten eventualidades que desbordan el conocimiento común, para el efecto, nótese la manera como los testigos abordan el asunto, indicando que verdaderamente se requiere conocimiento calificado.

Siendo así, la prueba pericial rendida por experto en la materia, se convierte en prueba importante para establecer la alegada indebida o falta de atención oportuna, en cuanto al procedimiento que debió implementarse para conjurar la muerte del feto. La Sala, no halla dentro de la transcripción de la historia clínica presentada, ni de las argumentaciones esgrimidas por los actores, suficiente convicción de que la hija de la materna que estaba por nacer, murió como consecuencia directa de la falta de atención médica o de realización de un procedimiento errado del personal médico adscrito al Hospital Universitario de Sincelejo, máxime, si el embarazo de la actora revestía riesgo alto por las situaciones descritas en la historia clínica y aun por los mismos testigos.

Respecto de esta prueba pericial, véase, que si bien fue decretada por el A-quo en la audiencia inicial -Decreto de pruebas-, lo cierto es que la misma fue desistida por la parte demandante en la continuación de la

audiencia de pruebas celebrada el día 9 de diciembre de 2015 (fl. 424 del C. 1), razón por la cual, su comportamiento procesal, no puede más que ir en contra de sus intereses.

Siendo así, es claro que el caso resulta hipotético, como para inferir en los términos planteados por los demandantes, que fue la indebida atención la que produjo el deceso del producto gestacional.

Igualmente, de la lectura del informe médico se advierte que no se pudo analizar el caso de la paciente Miriam Elena, al no contarse con la historia clínica de control prenatal de la usuaria, de la cual, se dijo, era importante a la hora de realizar los análisis debido a que orientaba sobre los cuidados, servicios de salud que la gestante tenía en el periodo de su embarazo, así como también las demoras que se pudieron haber presentado. Es de hacer notar, en este punto, que el control prenatal no fue realizado por el ente demandado.

Se señala, que si bien es cierto, la debida atención médica resulta prioritaria para prevenir desenlaces fatales, también lo es, que tal supuesto debe quedar fehacientemente probado dentro del proceso, con miras a establecer la responsabilidad de la entidad de salud.

De conformidad con los anteriores argumentos, encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte demandante, para tratar de endilgarle responsabilidad patrimonial al Hospital Universitario de Sincelejo por la muerte del feto de 24,3 semanas de gestación de la señora Miriam Julio; por lo tanto, hay lugar a confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia, que negó dicha pretensión.

- Siguiendo con el análisis del asunto, procede la Sala, a estudiar la **responsabilidad endilgada al Hospital Universitario de Sincelejo, por el extravío del feto de 24,3 semanas de gestación que llevaba en su vientre la señora Miriam Elena Julio.**

Relatan los demandantes en los hechos quinto y sexto de la demanda, que el día 26 de junio de 2013, en el centro hospitalario le dieron de alta médica a la paciente Miriam Elena Julio, otorgándole el certificado de defunción, pero no le entregaron el cuerpo de su bebé y que el día 28 de junio de la misma anualidad, el Hospital Universitario de Sincelejo, con su personal administrativo y asistencial, no le daban explicación o razón de su recién nacida y solo le manifestaron, que la situación fue puesta en conocimiento de las autoridades.

De la lectura de la historia clínica allegada, se observa nota médica del día 25 de junio de 2013, que señala que siendo las 04:45 a.m., la paciente Miriam Elena Julio, presenta expulsión del feto podálico, sin salida de líquido amniótico, piel de extremidades color marmóreo, con peso de 500 gr, sexo femenino (fl. 37 reverso).

En la nota médica de las 05:15 a.m., se registra que la paciente se rehúsa a que se envíe el feto a patología.

Igualmente, se aprecia notas de enfermería de fecha 25 de junio de 2013 - hora 04:30 a.m.-, en la que se dice: *“nace producto muerto de sexo femenino de posición podálico de color morado. Se traslada a sala de parto para tomar respectivas medidas... se echa en una bolsa roja y se rotula con el nombre de la mamá y se coloca fecha y hora. Se le informa familiar que tiene que comprar un recipiente para desecharlo, el cual manifiesta que lo hará en horas de la mañana”*.

En la nota de enfermería del 25 de julio de 2013, a las 7:00 a.m., se deja sentado que: *“Al entregar turno se le informa al jefe de piso y aux que recibe que el feto muerto está en la nevera de abajo... entregarlo al familiar”*. (Notas suscritas por la Auxiliar Paola Beltrán – fl. 172 del C.1).

El anterior recuento de las notas de enfermería, coinciden con la declaración rendida por la citada auxiliar en la audiencia de pruebas llevada a cabo dentro del proceso, cuando dijo:

“Como a las 4 de la mañana va el familiar y me informa que la paciente manifiesta que se le está saliendo el feto, acudo al llamado, le informo al médico nuevamente, el cual acude al llamado, la revisa y ya tenía las piernecitas afuera sin ningún movimiento, me informa verbalmente y me dice de que ya no hay que hacer nada, que ya está expulsando, me dice que le administre 10 unidades de oxitocina verbalmente para agilizar el expulsamiento del feto porque ya no podía hacer nada que ya el cerclaje había terminado su función, que ya ella estaba expulsando. Se cumplen ordenes médicas se produce el alumbramiento, la expulsión del feto, se corta cordón umbilical, se lleva a sala de parto donde se le realizan sus medidas. Se le informa al familiar que tiene que comprar un recipiente, para desechar el feto e informa que a esas horas de la madrugada no puede salir a comprar el recipiente, le informo que lo voy a desechar en una bolsa roja, lo cual lo hecho, lo rotulo con el nombre de la paciente, la unidad donde estaba hospitalizada, con todas sus medidas, llamo a la jefe del piso, se le informa de todo lo que pasó, con otra compañera de turno Ruth me acompaña a guardarlo en una nevera que estaba en el primer piso, que anteriormente se utilizaba como algo transitorio hasta que el familiar consiguiera donde guardar el feto, para que se lo llevaran para su casa o lo qué decidían hacer con él, el vigilante que está de turno nos acompaña también, subo nuevamente al piso, el doctor Ángel me da órdenes tanto verbales como escritas de que prepare a la paciente para trasladar a la paciente al servicio de cirugías para realizarle un legrado, cumplo órdenes, traslado a la paciente al servicio de cirugía en camilla”.

Y continúa diciendo:

“Cuando entrego el turno en las horas de la mañana, a la jefe Sandy y a la compañera Luz Busto se le informa todo lo que aconteció a la paciente en las horas de la noche y la madrugada, que el feto fue guardado en la nevera. Cuando entrego el turno y voy para mi casa, cuando regreso nuevamente el miércoles en las horas de la tarde ya la paciente no estaba ubicada en la 320 sino al lado de pensión en la habitación 307, me la entregan, paciente que tiene pendiente salida y el jefe me dice tiene salida pero ella está reclamando el feto, y yo digo pero si yo el turno de ayer lo entregué en la horas de la mañana me dice la jefe, ¿no lo reclamaron; la señora empezó a llorar, que se le habían robado su feto, que estaba perdido, que se lo buscaran; yo entregué mi turno bien, de ahí comenzó toda esta odisea que se lo robaron”.

De igual forma, se advierte, que el ente hospitalario en la contestación de

la demanda, refiere que la parte administrativa del HUS, elevó la respectiva denuncia penal, la cual se encuentra archivada desde el 31 de octubre de 2013, por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo de la acción.

Como prueba de lo anterior, se avizora certificado de la Fiscalía, de fecha 10 de febrero de 2015, en el que se hace constar que cursó indagación radicada No. 7000-1600-1033-2013-01734, seguida contra desconocidos por la comisión del delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, la cual se encuentra archivada, desde el 31 de octubre de 2013, por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo de la acción; denuncia presentada por el Doctor John Nicolás Bitar Beltrán.

Ahora bien, acorde con la jurisprudencia arriba citada, claro es el deber de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de las entidades de salud frente a los usuarios; contenido obligatorio que no fue atendido por el Hospital Universitario de Sincelejo, toda vez, que se pudo corroborar una completa falta o una flexibilidad de las medidas de seguridad sobre el producto gestante de la paciente, que permitió su desaparición de la nevera donde fue dejado, transitoriamente, por la enfermera Paola Beltrán, sin que fuera advertido por el personal de enfermería y aún más reprochable, ni por el personal de vigilancia.

Se resalta, que independientemente de las semanas de gestación de la bebé (24,3) y de que hubiese nacido sin vida, nada justifica su pérdida, pues, es claro que hubo una falla administrativa en la seguridad del centro hospitalario, ente que aún desconoce lo ocurrido con el producto fetal.

Conforme el anterior recuento probatorio y jurisprudencial, esta Colegiatura considera que le asiste razón a la primera instancia para declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Hospital Universitario de Sincelejo, por la pérdida del feto de 24,3 semanas de gestación que reclama la señora Miriam Elena Julio.

En ese orden, al demostrarse la responsabilidad en cabeza del ente demandado por dicha pérdida, se procede a verificar si la **cuantificación económica del perjuicio moral** establecida por el juzgado de primera instancia, se encuentra ajustada a derecho.

Tal como quedó antes anotado, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, condenó al Hospital Universitario de Sincelejo a pagar a favor de los actores Miriam Elena Julio Eniano y José Domínguez Herazo, por concepto de perjuicio moral, la cifra equivalente a 30 s.m.l.m.v., para cada uno y para el menor Arturo José Domínguez Julio, la suma de 15 s.m.l.m.v.

La anterior condena, es objeto de apelación por parte de los demandantes, al considerar que los perjuicios morales debieron ser tasados en cuantía máxima de 100 s.m.l.m.v, para los padres y 50 s.m.l.m.v, para el hermano, por el dolor emocional y la afectación psicológica de no haber podido darle cristiana sepultura, a ese miembro de la familia.

De igual forma, el ente demandado, argumenta que la cuantificación de tal perjuicio es muy alta, atendiendo a que es una costumbre social, normalmente aceptada, que los productos de aborto en Colombia, tengan procedimiento de incineración por el riesgo biológico que representa su manipulación sin control y el poco tamaño del feto, aunado a que se trataba más de un aborto, que de mortalidad del feto.

Ahora bien, de análisis probatorio, se advierte que el extravío del feto de las instalaciones del Hospital Universitario de Sincelejo, generó afectación emocional y psíquica a la señora Miriam Elena Julio. En efecto, de la historia clínica se desprende que el día 27 de junio de 2013, le fue prestado a la actora el servicio de psicología – psiquiatría, consignándose en el resumen clínico que la paciente *“no duerme bien o cuando duerme algo tiene pesadilla, se encuentra triste, llorando, ansiosa, con dolor de cabeza*

y nunca. La paciente refiere que se siente más triste porque está desaparecida su bebe muerta y no la encuentran” (fl.58 reverso).

Tal situación de aflicción, de dolor por la desaparición del gestante y la imposibilidad de darle la debida sepultura, también se presume respecto de quienes conforman su núcleo familiar, en este caso, el padre Eniano José Domínguez Herazo y el hermano Arturo José Domínguez Julio.

Así entonces, al estar demostrado el perjuicio moral, procede su reconocimiento, el cual fue tasado por el A-quo, a favor de los actores Miriam Elena Julio Eniano y José Domínguez Herazo en la cifra equivalente a 30 s.m.l.m.v., para cada uno y para el menor Arturo José Domínguez Julio, la suma de 15 s.m.l.m.v.

Frente a tal cuantificación, este Tribunal se encuentra de acuerdo, atendiendo a la calidad que ostentan dichos actores y en razón a que la aflicción deviene de la pérdida del feto y teniendo en cuenta que el culto a los muertos y el respeto por el dolor propio, aun cuando se trate de aquel que no alcanzó a ser considerado persona, es un hecho jurídicamente tutelado y que los parientes más próximos, gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria, es evidente, entonces, que ese poder jurídico que tenía el actor sobre la disposición y destino de los restos del feto malogrado, ha sido vulnerado, produciéndole indudablemente una clara perturbación moral que debe ser resarcida.

Empero, la cuantificación del daño ocasionado, no puede abandonar el arbitrio juris, como tampoco el hecho de que se trata del extravío de un feto, que si bien tiene estrecha relación con la concepción de persona, no alcanza a ser tal, si se tiene en cuenta el contenido del art. 90 del Código Civil, el que textualmente dice:

“ARTICULO 90. EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS. *La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.*

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte constitucional mediante Sentencia C-327 de 2016.

De ahí que la tasación efectuada por la primera instancia, en criterio de este Tribunal, debe entenderse de acuerdo con el daño efectivamente ocasionado.

Sin que sea de recibo el argumento del ente demandado para exonerarse del pago de tal perjuicio, toda vez, que dentro del plenario no quedó demostrada la aludida incineración del feto por el riesgo biológico y por el contrario, si halla prueba la pérdida del mismo al momento de ser reclamado por la señora Miriam Elena Julio, debiendo entonces, responder por la afectación moral que ello produjo.

En consecuencia de lo dicho, esta Sala confirmará la condena impuesta por perjuicio moral en la sentencia de primera instancia.

3. Condena en costas – segunda instancia.

En virtud de lo anterior, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia procesal a los recurrentes, en tanto, ninguno de los recursos formulados por las partes tuvo vocación de prosperidad, sin perjuicio del fenómeno de la compensación que debe tratarse al momento de su liquidación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 11 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a los recurrentes, conforme el entendimiento y anotaciones efectuadas.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0148/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
(Ausente comisión de servicios)