

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja,

10 MAY 2017

Medio de Control : **Reparación Directa**  
Demandante : **Flor Mireya Caro Sanabria y otros**  
Demandado : **E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega**  
Expediente : **150013333012201300019-02**

**Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 8 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

Los señores Flor Mireya Caro Sanabria y Darío Torres Muñoz, quienes actúan en nombre propio y en representación de su menor hija Jeimmy Tatiana Torres Caro, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, demandó a la E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega (Boyacá), para obtener la reparación de los perjuicios sufridos por la deficiente prestación del servicio médico asistencial.

### PRETENSIONES

1. Se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega, por falla en la prestación del servicio médico - asistencial que generó la pérdida de oportunidad de ser tratada por un grupo de especialistas en obstetricia, lo que redujo considerablemente a los

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caró Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

2

- nasciturus la posibilidad de nacer vivos, y ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial.
2. Como consecuencia de lo anterior solicita se condene a la E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega (Boyacá) a pagar a favor de los afectados daños morales.
  3. Solicita que las condenas respectivas, sean actualizadas de conformidad con lo previsto en la ley, y se reconozcan los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.
  4. Se condene en costas y agencias de derecho a la parte demandada.
  5. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

## FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones (fls. 4 a 9 c1)

1. Que los señores Flor Mireya Caro Sanabria y Darío Torres Muñoz viven en unión libre desde el año 1994, relación en la cual procrearon a la menor Jeimmy Tatiana Torres Muñoz, quien nació el 20 de octubre de 1995, y a los póstumos ya fallecidos.
2. Que el 18 de abril de 2011 ingresa a consulta la señora Flor Mireya Caro Sanabria para solicitar una prueba de embarazo, cuyo resultado fue positivo, el cual fue entregado a la médica tratante el 25 de abril de 2011, la cual conceptúa diagnóstico de embarazo de 12 semanas por fecha de última regla y solicita ecografía obstétrica.
3. Que el 26 de mayo de 2011 la demandante asiste a control prenatal con resultados de laboratorio, dentro de los cuales está la inmunoglobulina G anti

toxoplasma la cual es positiva, con resultado de 916.82 unidades, siendo normal hasta menos de 50 unidades, junto con la ecografía obstétrica del 27 de abril de 2011 firmada por el doctor Gustavo Romero Hernández, que reporta embarazo gemelar de 12 semanas con embriones vivos.

4. Que en el control prenatal se conceptúa diagnóstico de embarazo de 16.6 semanas por fecha de última regla. Embarazo gemelar, inmunoglobulina G anti toxoplasma positivo, y dos gestaciones un parto de la madre. Se ordenan micronutrientes y se deja pendiente remisión para ginecoobstetra para el siguiente control prenatal con resultados de inmoglobulina M anti toxoplasma.

5. Que el 22 de junio de 2011 ingresa la señora Flor Mireya Caro Sanabria al servicio de obstetricia de la Clínica Medilaser, en donde la doctora Alexi Andrea Pacanchique Gamboa, prescribe: "PACIENTE DE 34 AÑOS G2P1V1 CON EMBARAZO DE 20.3 SEM POR FUR DEL 1 DE FEBRERO Y 20 SEM POR ECOGRAFÍA DEL PRIMER TRIMESTRE CON CUADRO CLÍNICO DE VARIAS HORAS DE SANGRADO VAGINAL ESCASO, SIN DOLOR ABDOMINAL, NO FIEBRE, NO SINTOMAS URINARIOS, LEUCORREA AMARILLENTO NO FETIDO NO PURIGINOSO. REPORTE DE ECOGRAFIA. 27 DE ABRIL EMBARAZO GEMELAR BIAMNIOTICO DE 12 SEMANAS HOY 20 SEM POR BIOMETRIA PLACENTA NORMOINSERTA CORPORAL POSTERIOR. OCI CERRADO."

6. Que el día 20 de junio de 2011, en la parte de resumen de evoluciones se conceptúa lo siguiente: "PACIENTE DE 34 AÑOS DE EDAD EN MANEJO INTRAHOSPITALARIO POR EMBARAZO DE ALTO RIESGO, AMENAZA DE ABORTO GESTACIÓN GEMELAR DE 20 SEMANAS..." diagnosticó: VICTOR MANUEL RODRÍGUEZ MACHUCA-GINECÓLOGO-OBSTETRICA.

7. La señora Flor Mireya Caro Sanabria presentó aborto el 21 de junio de 2011.

8. Que la Historia Clínica No. 52492113 de la E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega de fecha 18 de abril de 2011, indica que la última fecha de atención es la del 22 de junio de 2011, en donde diagnosticó que no asistió a control.

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

4

## II. TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de 14 de marzo de 2013 (fls. 71 a 75 c1), a través del cual se ordenó notificar a la E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega se opone a la totalidad de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, así mismo que no se encuentra caudal probatorio y no se reúnen los tres elementos para endilgar responsabilidad que son el hecho, nexo causal y daño.

Señala la apoderada de la entidad que no se encuentra un medio de prueba que permita establecer como hecho cierto la omisión en la prestación del servicio o que la misma se hubiere producido en forma tardía, pues ninguna prueba da cuenta de que la paciente haya llegado a la institución una hora antes o minutos antes del registro que aparece en la historia clínica.

Sostiene que si la falta de diligencia ocurrió y el personal de enfermeras o médico no prestó la atención requerida por la materna en forma inmediata, tal hecho quedó huérfano de pruebas, limitado a simples afirmaciones de la demandante, que para efectos procesales ninguna consecuencia puede tener.

Que al no hallarse acreditada la causa de la muerte de los bebés, y tampoco la negligencia o falta de oportunidad en la atención de la demandante en el servicio de prestación del servicio de salud, porque de las anotaciones en la historia clínica se puede establecer que recibió atención oportuna porque fue valorada.

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

5

Manifiesta que la demandante fue atendida de manera oportuna, sin que pueda predicarse como lo afirma la demanda, retardo alguno en la atención como causa determinante del daño.

Prevé que ante la ausencia de pruebas que indiquen que la muerte del feto hubiere sido consecuencia de la atención médica o falta de ella suministrada por la entidad demandada a la madre en el momento del parto, no puede declararse la responsabilidad patrimonial a la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Ciénega, por cuanto no se probó la falla en la prestación del servicio y mucho menos el nexo de causalidad entre el daño sufrido y la falla invocada.

Propuso las siguientes excepciones:

**-Ausencia del nexo causal:** Expresa que en el escrito de demanda no se indica la razón o causa que originó la muerte de los fetos, lo que indica que no se encuentra demostrada la falla de la administración.

**-Culpa exclusiva de la víctima:** Señala que de conformidad con la historia clínica, la paciente recibió la atención médica y odontológica debida y estipulada para controles prenatales desde la primera consulta, que incluyó examen físico, examen paraclínico, medicamentos en su caso, micronutrientes y se le explicaron los signos de alarma, y se le dieron recomendaciones generales en todas sus consultas.

**-Incumplimiento de requisito de procedibilidad:** Sostiene que no se le comunicó a la parte demandada que se iba a realizar otra audiencia, encontrándose vulneración al debido proceso e incumplimiento de este requisito de procedibilidad.

**-Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Manifiesta que se endilga responsabilidad a la ESE Puesto de Salud de Ciénega, cuando el daño, es decir

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

6

la muerte de los nasciturus no se produjo en dicho centro, sino en la Clínica Medilaser.

La entidad demandada llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., teniendo en cuenta que la ESE Centro de Salud de Ciénega suscribió póliza de responsabilidad civil profesional con esta compañía aseguradora, sin embargo dicha solicitud fue negada mediante proveído de 14 de noviembre de 2013.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**-Parte demandante:** Que existe una clara omisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico en la modalidad de falla del servicio médico asistencial por omisión, al no haber interrumpido el curso causal que comprometía la vida de los neonatos, el cual se materializa en la no remisión oportuna por parte del Puesto de Salud de Ciénega al especialista en obstetricia, lo que comporta a su vez la obligación de indemnizar a los demandantes por los daños inmateriales irrogados en el libelo demandatorio.

**-E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega:** Señala que no se encuentra ningún perjuicio imputable a la E.S.E. y causado por negligencia y omisión administrativa, ni hecho médico alguno que permita demostrar la supuesta negligencia en que se basa la responsabilidad endilgada, así como no se determinó el supuesto perjuicio y daño moral de los familiares.

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

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 8 de octubre de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda.

El problema jurídico planteado por el a quo se encaminó a determinar si había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial y administrativa de la ESE Puesto de Salud de Ciénega, por los perjuicios causados a los señores Flor Mireya Caro Sanabria y Darío Torres Muñoz, y a su menor hija Jeimmy Tatiana Torres Caro, con ocasión de la pérdida de oportunidad de la señora Flor Mireya Caro Sanabria de ser atendida por un médico especialista en ginecoobstetricia, durante los primeros meses de su gestación gemelar acaecida en el primer semestre del año 2011, reduciendo así la probabilidad de vida de sus hijos por nacer.

El Juzgado efectuó un recuento de los elementos axiológicos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que para el caso ha establecido el Consejo de Estado.

Posteriormente hizo un recuento de los hechos así: que la demandante se encuentra afiliada desde el 1 de septiembre de 2010 a la EPS COMFABOY, y su IPS primaria es la ESE Puesto de Salud de Ciénega; que el 18 de abril de 2011 asistió a la IPS a su primera consulta, toda vez que venía presentando un cuadro clínico de 2 meses de ausencia de menstruación, razón por la cual la médico tratante, le ordenó exámenes de gravidez, le hizo recomendaciones generales y le indicó los signos de alarma; la segunda consulta llevada a cabo el 25 de abril de 2011, esto es a los 7 días de la primera cita, fueron aportados los resultados de la prueba de embarazo, la cual reportó positivo, por lo que la médico tratante ordenó micronutrientes, solicitó igualmente paraclínicos de primer trimestre, ecografía, valoración por odontología, dio las recomendaciones generales y signos de alarma, y le entregó a la paciente el carnet de materna; que la paciente asistió a una tercera cita a la ESE demandada el 26 de mayo de 2011 allegando los reporte paraclínicos y el resultado de la ecografía cuyo resultado dio “Útero aumentado de tamaño a expensas de embarazo gemelar biamniótico (...) LCC de 58 mm, que

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

8

corresponde a un embarazo de 12 semanas 1 día, LCC de 60 mm, que corresponde a un embarazo de 12 semanas 2 días”; que el 20 de junio de 2011 la demandante ingresó a la Clínica Medilaser, debido a sangrado vaginal, razón por la cual no pudo asistir a la próxima cita al Puesto de Salud de Ciénega, la cual estaba programada para el 20 de junio del mismo mes y año; que sobre las 11:22 de la mañana del 21 de junio de 2011 el Ginecoobstetra Castell realiza una charla con la paciente y su esposo, explicando el diagnóstico de aborto en curso, dando a conocer el mal pronóstico del embarazo, de ahí que el alumbramiento dirigido de los neonatos aconteció sobre las 3:00 pm de ese día.

Que de acuerdo con los testimonios de dos médicos tratantes de la señora Flor Mireya Caro Sanabria, pertenecientes a la nómina de especialistas con los que contaba la Clínica Medilaser de Tunja, coincidieron en afirmar que el embarazo gemelar es considerado como de alto riesgo **siempre**, por lo cual, el médico general, al realizar los controles prenatales a la paciente, debe concientizarla de las circunstancias que rodean dicho estado, previendo que la probabilidad de aborto en un embarazo gemelar es doble a la que se presenta en un embarazo común o de bajo riesgo, además consideran que el control del embarazo gemelar debe efectuarse conjuntamente con el médico especialista.

Así mismo se refiere al testimonio de la médico tratante de la ESE demandada, la cual tiene claro que la circunstancia de encontrarse la señora Flor Mireya Caro Sanabria en estado de embarazo múltiple la consideraba en una condición de alto riesgo, pero no resulta lógico que ante tal afirmación haya considerado que la paciente no era de atención prioritaria, teniendo en cuenta que para la fecha del último examen se encontraba estable y con bienestar fetal, pues tal como lo sostuvo el especialista Castell Ruano y la misma médico tratante de la ESE, la necesidad de efectuar control por

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

9

ginecología, obedece a que en el primer trimestre del embarazo gemelar el riesgo de aborto es mayor.

Consideró el a quo que ante las condiciones que regían el embarazo de la señora Flor Mireya Caro Sanabria, debió ser remitida de forma inmediata al especialista en ginecoobstetricia, teniendo en cuenta que en el momento en que la médico general se enteró del diagnóstico gemelar la paciente tenía aproximadamente 4 meses de embarazo, máxime cuando el embarazo múltiple por si solo es considerado de alto factor de riesgo gestacional.

Señaló que la entidad demandada tenía la obligación de adoptar oportunamente todas las medidas necesarias a fin de reducir el riesgo, al que de por sí, estaba enfrentada la señora Flor Mireya Caro Sanabria, de ahí que se encuentra establecido el daño autónomo en la modalidad de pérdida de oportunidad, causado a los demandantes.

#### **IV. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Por intermedio de apoderado la parte actora presentó recurso de apelación, el cual sustentó en lo siguiente:

Que de manera ligera, el despacho determina probada la negligencia de la entidad demandada en la prestación del servicio médico de la demandante, pues para el juez es obvio que se omitió la remisión al especialista, así mismo indica el despacho que se encuentra demostrado el daño, lo cual carece de fundamento y solo con meras suposiciones procede a imponer la sanción por daño antijurídico supuestamente causado, condenando a la entidad por perjuicios morales y perjuicios causados por la pérdida de oportunidad, sin llegar a determinar con mínima claridad si el daño tiene relación alguna con la atención brindada por la ESE.

Que teniendo en cuenta las conclusiones del despacho, éste omite de manera grave realizar un análisis de fondo a los elementos constitutivos de la responsabilidad y a la carencia de un nexo de causalidad que debe existir en cualquier pretensión de imputación de responsabilidad y que permite endilgar dicho daño reclamado.

Que el Juez de instancia, valora equivocadamente los testimonios e interpreta las pruebas en que sustenta su decisión en forma errónea, pues la ESE nunca negó la remisión indicada la cual estaba dispuesta para el próximo control una vez se confirmará el examen de toxoplasmosis, además no está demostrado de modo alguno, que no haber acudido al especialista fue la causa de la pérdida de los bebés, también se desestima sin explicación alguna, el concepto escrito dado por la profesional en ginecología Doctora Ana María Londoño Zapata en el informe pericial de la clínica forense en el numeral sexto del escrito; que no hay conexidad material entre la jurisprudencia citada y los presupuestos del caso.

Asegura que la juez es incongruente en su análisis con el resuelve, toda vez que falla declarando “responsable a la ESE Centro de Salud de Ciénega, de la pérdida de oportunidad, en la atención por médicos especialistas del embarazo de la demandante, quedando probada la falla en la prestación del servicio médico”, sin siquiera tener el mínimo indicio, que de haber sido atendida dicha paciente por el especialista, se tuviera la probabilidad que la juez sin explicación alguna califica como “alta probabilidad de vida”.

Señala que de ninguna de las pruebas practicadas, ni del debate desarrollado en el proceso, jamás se discutió dichas probabilidades, por lo cual no es viable de modo alguno que el juez de instancia determine el daño en una suposición netamente subjetiva; que no hay prueba ni indicio que permita determinar un nexo causal entre el hecho del embarazo y la muerte de los

bebés, por lo cual la ESE de modo alguno puede ser condenada por la muerte de éstos.

Que el aborto presentado se produjo por ser inviable y presentarse una inmadurez del cuello uterino, nada permite establecer que, de haber recibido una atención especializada, el aborto no se habría producido.

Precisa que nunca se determinó la causa del aborto presentado en la demandante, y que es la prueba indiciaria de la presunta falta de oportunidad que se le pretende endilgar sin fundamento alguno a la médica de la ESE, toda vez que de la misma se hubiera podido inferir por parte de la señora juez si la patología que presentó la señora Flor Mireya Caro Sanabria para perder a sus bebés, podía ser prevenida por el médico especialista o de lo contrario el embarazo que presentaba dicha señora era inviable.

Que la causa de la muerte de los neonatos en ningún momento fue establecida y basada en la semana de embarazo que tenía la demandante, es considerado como un aborto espontáneo, que soportado en la literatura médica se define como la complicación más común del embarazo; que las causas más importantes de las pérdidas gestacionales espontáneas reconocidas clínicamente son las anomalías cromosómicas, al menos el 50% de las pérdidas se deben a esta causa, pudiendo ser la frecuencia incluso mayor, entre ellas encontramos las trisomías 13, 18 y 21, monosomía X y polisomía de los cromosomas sexuales.

Añade que en la literatura científica se encuentran causas como: trastornos endocrinos, anomalías tiroideas, diabetes mellitus, adherencias intrauterinas, defectos de fusión de los conductos de Muller, miomatosis uterina, incompetencia cervical, infecciones y enfermedades autoinmunes; señala que el hecho de que la paciente hubiera sido valorada por un obstetra no es un

sinónimo que su embarazo hubiera sido de curso normal y llegara hasta el final, pues todos estos riesgos podrían encausarse en la patología presentada.

Dice que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, en especial la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

Advierte que en el presente caso se presentó una culpa exclusiva de la víctima, teniendo en cuenta que la paciente no volvió al centro médico a pesar de la insistencia en la importancia de continuar con los controles, pues dejó transcurrir un mes sin buscar asistencia médica hasta cuando se hizo presente directamente en la Clínica Medilaser de Tunja con complicaciones en el embarazo, que valga decirlo no pueden ser asumidas por la entidad demandada máxime porque no existe un nexo de causalidad entre la causa de la muerte y la asistencia a control por el especialista.

Que está demostrada la negligencia con la que la madre, hoy demandante, demoró la práctica de los exámenes solicitados por el médico tratante de la ESE y los cuales por el nivel de atención del Centro de Salud de Ciénega, no se prestan, debiendo acudir con la prontitud debida a la EPS para ser autorizada su práctica en Tunja, demora que no puede ser asumida de modo alguno por la ESE demandada, así como su comportamiento totalmente reprochable en omitir la oportunidad de atención al momento de la urgencia.

Aduce que los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud están basados en evidencia y literatura científica y no en capricho de los galenos en solicitar el confirmatorio a toxoplasmosis, a la par de determinar su remisión y valoración por ginecología, lo cual se ordenó por parte del médico tratante de la ESE, siendo ya responsabilidad de la EPS y de la propia usuaria, la práctica

del examen confirmatorio de toxoplasmosis y de acudir ante el especialista en Ginecología.

Añade que los testimonios recaudados y en especial el realizado por el especialista en obstetricia de medicina legal, dan la razón en el proceder del médico de la ESE, concluyendo en el dictamen realizado que “el médico general oportunamente realizó la remisión para valoración especializada por obstetra y solicitó IGM para toxoplasma, dado los hallazgos. Para este momento, la señora Caro Sanabria no ameritaba tratamiento médico”; que el médico tratante de la ESE actuó con la prudencia y oportunidad requerida en esta clase de patologías y en la cual era necesario confirmar la sintomatología y ratificar los resultados de los laboratorios practicados para proceder de conformidad.

Señala respecto del dictamen o informe pericial obrante en el expediente y que no fue objetado que “El médico general oportunamente realizó la remisión para valoración especializada por obstetra y solicitó el IGM para toxoplasma dados los hallazgos (...)”; que está claro que la muerte de los bebés, no es causada o derivada de modo alguno por la atención brindada en la ESE demandada, por el contrario el dictamen de medicina legal indica de manera enfática que fue adecuado y pertinente teniendo en cuenta las dificultades que el sistema de salud presenta para las autorizaciones y práctica de exámenes.

Concluye que por las deficiencias en el análisis de las pruebas recaudadas y la carencia de pruebas sobre la “falta de oportunidad”, la incongruencia del fallo en la condena por la muerte de los bebés a pesar de no haberse demostrado el nexo causal, pilar fundamental de la imputación de la responsabilidad, sumado a la posición no tomada en cuenta, ni siquiera referenciada en el fallo, están dados todos los argumentos para que sea revocada en su totalidad el fallo de primera instancia y en su lugar exonere de toda responsabilidad a la ESE

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

14

Centro de Salud de Ciénega, declarando la carencia de un nexo causal que determine una falla en el servicio de salud por parte del ESE, no accediendo a las pretensiones de la demanda.

## V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado el fallo de primera instancia, por auto de 2 de septiembre de 2015 (fls. 229 y 229 vto. c3) se resolvió admitir en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Así mismo, mediante proveído del 5 de octubre siguiente (fls. 235 y 235 vto. c3), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**-Parte demandante:** Reitera los argumentos expuestos en los alegatos de primera instancia (fls. 239 a 254 c3)

**-ESE Centro de Salud de Ciénega:** Reitera los argumentos expuestos en el escrito de apelación (fls. 255 a 259 c3)

## VI. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

## **2. Problema jurídico**

Le corresponde determinar a la Sala si hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de le ESE Puesto de Salud de Ciénega, por los perjuicios causados a los demandantes, pues según la parte actora fueron ocasionados por el hecho de no haber remitido de forma inmediata a la señora Flor Mireya Caro Sanabria al especialista en Ginecoobstetricia, lo cual conllevó a que presentara un aborto.

Para resolver este cuestionamiento en primer lugar se hará referencia a los hechos probados, luego se adentrará en el caso concreto, en el cual se analizará la actuación de la médico general de la ESE Puesto de Salud de Ciénega y las causas del aborto presentado por la señora Flor Mireya Caro Sanabria, y por último se hará referencia a la pérdida de oportunidad como una particular modalidad del daño.

## **3. De los hechos probados**

-Que la señora Flor Mireya Caro Sanabria se encuentra afiliada desde el 1 de septiembre de 2010 en la EPS COMFABOY, y su IPS primaria es la ESE Puesto de Salud de Ciénega (fl. 108 c1)

-Que el 18 de abril de 2011 la señora Flor Mireya Caro Sanabria asistió a la ESE Puesto de Salud de Ciénega a su primera consulta, toda vez que venía presentando un cuadro clínico de 2 meses de ausencia de menstruación, razón por la cual la médico tratante le solicitó un examen de Gravindex y dejó recomendaciones generales y signos (fl. 110 vto. c1).

-Que la demandante asistió a su segunda cita el 25 de abril de 2011, en la cual fueron aportados los resultados de la prueba de embarazo, la cual reportó positivo, por lo que la médica tratante ordenó micronutrientes, paraclínicos del primer trimestre, ecografía, dio recomendaciones generales y signos de

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

16

alarma, igualmente remitió a la paciente a valoración por odontología y se le entregó el carné de materna.

-Que la demandante asistió a su tercera consulta a la ESE Puesto de Salud de Ciénega el 26 de mayo de 2011, allegando los reportes de los paraclínicos y de la ecografía ordenada en cita anterior. Allí la médica tratante dejó consignado lo siguiente:

“(...) EA: Pte asiste con reporte de paraclínicos con IgG antitoxo positivo, HBs-Ag y HIV negativo, CH normal, glicemia 112, VDRL no reactivo, ECO G/O del 27/04/11 con embarazo gemelar de 12 semanas para hoy 16.2 semanas.

Refiere estar asintomática.

RxS: diuresis y deposición (+)

(...) IDx: 1. Emb. 16,6 sem x FUR y 16.2 sem x ECO.

2. Embarazo gemelar.

3. G3P1. 4. IgG antitoxo positivo.

**P//1. Micronutrientes.**

**2. S/S IgM anti Toxo.**

**3. (P) Remisión para G/O siguientes CPN con resultados IgM anti Toxo.**

**4. Recomendación generales y signos de alarma. (fl. 110 c1)”** (Se resalta y se subraya)

-Que señora Flor Mireya Caro Sanabria no asiste al control programado para el 22 de junio de 2011 (fl. 109)

-Que el 20 de junio de 2011 la demandante ingresa a la Clínica Medilaser presentando un sangrado vaginal escaso (fl. 237 c1)

-Que el día 21 de junio de 2011 el Doctor Castell Ginecólogo de turno realiza charla con la paciente y esposo, explicando el diagnóstico de aborto en curso en situación clínica, se explica sobre el mal pronóstico del embarazo, se explica el manejo que se debe instaurar, complicaciones, riesgos y beneficios del mismo (refuerzo con oxitoxina). La paciente y su esposo entienden, aceptan y firman el consentimiento informado (fl. 244 c1)

-Que sobre las horas de la tarde se pasa a la paciente a sala de partos en dilatación y borramiento completo, previa asepsia y antisepsia se recibe a las 15:00 horas feto 1 muerto sexo femenino (...) a las 15:05 horas feto 2 sexo femenino (fl. 245).

-Testimonio del Doctor Víctor Manuel Machuca:

“(…) que se encontraba embarazada, era un embarazo gemelar (…) en el examen que se realizó se encontró un embarazo gemelar de aproximadamente 20 semanas y al hacerle el tacto vaginal se encontró que el cuello estaba dilatado (…) el diagnóstico que se hizo fue aborto en curso, la causa en ese momento se pensó en una incompetencia del cuello uterino muy probablemente relacionado con su embarazo gemelar (…) la toxoplasmosis es una enfermedad que puede evolucionar conjuntamente con el embarazo y puede producir abortos, puede producir muertes fetales y otro tipo de malformaciones a nivel fetal específicamente a nivel cerebral, a nivel cardíaco, sin embargo hay que hacer el diagnóstico con precisión de la toxoplasmosis. La IgG es solamente un examen que puede indicar infección en la paciente, pero no necesariamente infección activa en el embarazo, hay que hacer algunos otros exámenes para confirmar si la paciente cursa con un embarazo y simultáneamente con toxoplasmosis (…) IgG no confirma el diagnóstico de toxoplasmosis (…) cuando la paciente acude a control prenatal debe solicitarse exámenes de cuadro hemático, de serología, de glicemia, de IgG, IgM (…) prueba de VIH y antígeno de hepatitis B (…) es mejor enviar a la paciente con el resultado de la IgM. Lo ideal es enviarla con el resultado de la IgG e IgM, porque el IgG puede hacer pensar en una infección por toxoplasmosis previa al embarazo más no actual (…) el protocolo es que cuando está el resultado IgG se remita a la paciente a practicar el examen IgM (…) un embarazo gemelar es considerado de alto riesgo siempre (…) cuando una paciente es calificada como de alto riesgo, lo ideal es que la vea el ginecoobstetra en su consulta prenatal simultáneamente con los controles de primer nivel (…) es aconsejable que sea remitida a un ginecoobstetra (…) la toxoplasmosis no es la causa que generó el cuadro que presentó la paciente (…) el cuadro hacía pensar en una incompetencia cervical, es decir que el cuello no puede sostener el embarazo (…) la causa del fallecimiento de estos fetos es que nacieron prematuramente (…) lo ideal es que el embarazo gemelar debió ser controlado por un especialista desde el momento de su diagnóstico (…) el médico general debió remitir a la paciente (…) la Clínica Medilaser siguió el protocolo que debe hacerse en estos casos, era un embarazo que no podía proseguir (…) La paciente de alto riesgo debe remitirse al especialista, cuando más completos sean los laboratorios que se le anexen a la remisión, pues mejor va a hacer la atención que le pueda prestar el especialista. En este caso si la remiten solo para confirmar si se tiene toxoplasmosis o no el especialista se limitará a pedirle el IgM sino tiene otra patología para confirmar el diagnóstico y manejarla (…) lo ideal es que las pacientes de alto riesgo se acompañen con el mayor número de exámenes de laboratorio o estudios complementarios (…) a la demandante no se trató por toxoplasmosis (…) la incompetencia del cuello uterino no puede ser causada por toxoplasmosis, la causa se debe al embarazo gemelar, no se puede prevenir del todo la incompetencia cervical, se pueden hacer algunas cosas que determine que posteriormente se va a presentar, como en la ecografía se puede medir la longitud del cuello cuando esa longitud es menor de 2 cm, ahí hay alta probabilidad de incompetencia cervical (…) con cualquier esfuerzo, con el avance del embarazo demostrar al nivel del cuello que es incompetencia se pueden presentar repentinamente (…)” (Se subraya)

-Testimonio del Doctor Alejandro Castell Ruano

“(…) Presenta un diagnóstico de un embarazo gemelar un aborto inevitable (…) un embarazo gemelar es catalogado de alto riesgo desde todo punto de vista (…) los embarazos gemelares implican complicaciones maternas y complicaciones fetales desde todo punto de vista, está en riesgo la vida de la mamá y en riesgo el buen desarrollo de los fetos, por esa razón es un embarazo definitivamente de alto riesgo. El embarazo gemelar tiene unos enemigos que son una pérdida temprana y un desarrollo inadecuado de los feticos. Las complicaciones en los embarazos gemelares son múltiples pero en los embarazos gemelares uno trabaja todos los días para ir ganado en el desarrollo de los feticos (…) la probabilidad de aborto es muy alta (…) el riesgo no es para el comienzo este se presenta a medida que va aumentando considerablemente. La paciente debe entender que la probabilidad de pérdida es alta, tiene que cambiar sus hábitos de vida (…) no se debe remitir al especialista de manera inmediata (…) no es una urgencia inmediata (…) el ginecólogo debe entrar a revisar la paciente de embarazo gemelar lo más rápido posible pero no existe una semana específica, lo más temprano posible porque hay que aprovechar las posibilidades que se tengan para concientizar a la paciente de la situación de riesgo que se va a manejar (…) la toxoplasmosis es una enfermedad que es muy difícil de identificar, el paciente no se entera que la tiene sino porque le hacen los títulos (…) un título positivo de toxoplasma es muy difícil de detectar (…) si se tiene toxoplasma positivo IgG lo que se debe hacer es verificar si es una infección antigua o no, la forma de hacerlo es solicitando una inmunoglobina M de toxoplasma (…) la principal causa de aborto es el embarazo gemelar (…) los pacientes que tienen infección aguda por el toxoplasma, lo típico es un compromiso muy importante en el sistema nervioso (…) en la patología no se puede determinar que la toxoplasmosis fue la causa de la muerte de los fetos (…) es indispensable que quien presenta un embarazo gemelar sea tratada por un especialista con respecto al resultado de toxoplasmosis lo que se hace es ordenar el examen de una hemoglobina M, una hemoglobina G positiva no indica nada (…) IgG en 27 de abril de 2011, anticuerpos antixoplasmas IgG 916 unidades internacionales es un título positivo, la probabilidad de una infección es alta, toca confirmarlo con una hemoglobina M (…) se deben hacer los controles cada 15 días completos una vez con medicina general una vez con el especialista, haciendo la valoración obstétrica completa (…) para estas pacientes se debía hacer cada 15 días. Esta paciente no tenía un riesgo vital de minutos, la paciente podía ser remitida a la consulta externa de ginecología y obstetricia, esta paciente en el momento de la última consulta del Centro de Salud de Ciénega no tenía un riesgo vital inmediato inminente, si lo presentó el 20 de junio, la conducta de la Dra. de solicitarle la hemoglobina M y esperar para hacer la remisión es una buena conducta (…) ella hizo lo que tenía que hacer, ella le solicitó la hemoglobina M para confirmar la toxoplasmosis reciente, sospechó la toxoplasmosis reciente, se estaba haciendo cargo de la situación y escribió voy a remitir a la paciente en el próximo control (…) pienso que la mejor opción hubiera sido la remisión de una vez mientras le pedía la IgM (…)” (Se Subraya)

-Testimonio de Lorena María Ibáñez Bustamante:

“(…) que se dejó registro en la historia clínica de los controles, pero no se deja registro de cada cuanto se deben hacer, que el control abierto es que en conjunto con la materna se les da una fecha, teniendo en cuenta el protocolo, dependiendo el tiempo de disponibilidad de la materna, que el registro de control abierto lo manejaba la parte de asignación de citas, y farmacias, pero que no sabe cómo se denomina el cargo, que se llevaba una agenda en computador, que no sabe si existía en físico. Que en la historia clínica se escribe que se formulan micronutrientes, como lo son sulfato ferroso, ácido fólico y calcio, que el recibido de esos medicamentos queda en farmacia, que no conoce si existe protocolo alguno respecto de embarazos gemelares (…) que los embarazos de alto riesgo son las mujeres menores de 17 años, mayores a 45, embarazos múltiples, o con más de tres embarazos, o con abortos previos muy próximos; que el embarazo gemelar es de alto riesgo por cuanto tienen mayor índice de aborto o porque puede presentar anomalías durante la gestación, como aborto espontáneo, rechazo de la madre del embarazo, alteraciones uterinas por tamaño de los fetos y el sobrepeso de la materna (…) que el ginecólogo debe asumir el control cuando se hace un diagnóstico completo, que de acuerdo al protocolo se hacen más o menos dentro de los tres primeros controles, después de lo cual se remite al ginecólogo; que las precauciones que tomo frente al embarazo gemelar de la demandante, fueron que cuando llegó al segundo control que evidenció que la IgG estaba alterada, por lo que ordenó la IgM, que dirá si está o no en la presencia de esa enfermedad; que dijo verbalmente a la demandante que cuando tuviera resultados de IgM volviera a control; que las recomendaciones se dan verbalmente, y los signos de alarma se dejan plasmados en la historia clínica, que no se dejan las recomendaciones generales por el tiempo que por ley tienen para atender a un paciente (…) que esperó el examen para enviar completa a la paciente al ginecólogo, por eso no la remitió al ginecólogo inmediatamente; que el resultado de la IgM no se encuentra en la historia clínica lo que deja ver que la demandante no se tomó el examen (…)” (Se subraya)

#### 4. El caso concreto

La jurisprudencia contenciosa administrativa, ha establecido reiteradamente y hasta la actualidad, que el régimen aplicable para la declaratoria de responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios de salud, es la falla probada en el servicio<sup>1</sup>, razón por la cual, es necesario que se acrediten “(i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se infringe a uno o varios individuos; (ii) una

<sup>1</sup> Ver, entre otras, las sentencias del 31 de agosto de 2006, exp. 15.238; del 30 de noviembre del mismo año, expedientes 15.201 y 25.063; del 1º de octubre de 2008, expedientes 16.843 y 16.933; de febrero 11 de 2009, exp. 15.975; de septiembre 23 de 2009, exp. 17.986 y de 11 de noviembre de 2009, exp. 18.163.

conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligatorio que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía.”. 9 de febrero de 2011, expediente 1998-00298-01(18793).

En el sub judice se tiene por acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, toda vez que la muerte de los nasciturus, supone una lesión o afectación que no se encuentran en la obligación de soportar. En efecto, el deceso de dos hijos implica la afectación a varios bienes o intereses legítimos que el ordenamiento jurídico no impone el deber de soportar.

El daño, en esos términos, ostenta la naturaleza de cierto, actual y determinado, motivo adicional para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico.

Establecida la existencia del primer elemento de la responsabilidad, se emprende el análisis respectivo, con el fin de establecer si, en el caso concreto, este le puede ser atribuido o imputado a la administración pública y, por lo tanto, si es deber jurídico de aquélla resarcir los perjuicios que de él se derivan.

#### 4.1 Del actuar de la médico de la ESE Puesto de Salud de Ciénega

Para determinar si en el presente asunto la actuación del médico tratante fue la correcta, es menester indagar si la misma se ajustó a los parámetros que para el caso concreto se han fijado en los protocolos de las instituciones de salud. En ese examen la Sala tomará como referente la Guía de control prenatal y factores de riesgo de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá - Asociación Bogotana de Obstetricia y Ginecología (Asbog) vista a folios 484 a 518, que establece respecto del IgG - IgM de toxoplasma lo siguiente:

“Se debe solicitar IgG inicial en la primera consulta a todas las gestantes. Si sale negativo debe repetirse por lo menos IgG a la semana 26-28 para identificar seroconversión durante el embarazo), **pero si sale el IgG inicial positivo se solicitara un IgM.** Si la IgM sale positiva se hace diagnóstico de toxoplasmosis y la paciente debe remitirse a tercer nivel para iniciar, inmediatamente, estudio y tratamiento (...)”

Según los protocolos, la actuación de la médico general de la ESE Puesto de Salud de Ciénega fue coherente, pues una vez conoció el resultado de la IgG POSITIVO, lo que hizo fue ordenar el IgM para confirmarlo; ahora, lo que pretendía -según el sentir de la Sala- era remitir a la señora Flor Mireya Caro Sanabria a cita con el ginecólogo una vez tuviera este resultado, pues si la hubiera enviado sin ese resultado al especialista, de seguro el actuar del mismo conllevaría única y exclusivamente ordenarle el examen de IgM, más cuando la gestante no presentaba ninguna patología que ameritara ser atendida de manera inmediata por el galeno.

Así lo deja ver el Doctor Víctor Manuel Rodríguez Machuca, médico especialista en ginecología y obstetricia, en su testimonio:

“(...) **es mejor enviar a la paciente con el resultado de la IgM.** Lo ideal es enviarla con el resultado de la IgG e IgM, porque el IgG puede hacer pensar en una infección por toxoplasmosis previa al embarazo más no actual (...) **el protocolo es que cuando está el resultado IgG se remita a la paciente a practicar el examen IgM (...)** En este caso si la remiten solo para

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

22

**confirmar si se tiene toxoplasmosis o no el especialista se limitará a pedirle el IgM sino tiene otra patología para confirmar el diagnóstico y manejarla (...) lo ideal es que las pacientes de alto riesgo se acompañen con el mayor número de exámenes de laboratorio o estudios complementarios (...)**

En el mismo sentido se pronunció el Doctor Alejandro Castell Ruano, médico especialista en ginecología y obstetricia, quien trató a la demandante en la Clínica Medilaser:

**“(...) si se tiene toxoplasma positivo IgG lo que se debe hacer es verificar si es una infección antigua o no, la forma de hacerlo es solicitando una inmuglobina M de toxoplasma (...) con respecto al resultado de toxoplasmosis lo que se hace es ordenar el examen de una hemoglobina M, una hemoglobina G positiva no indica nada (...) esta paciente no tenía un riesgo vital de minutos, la paciente podía ser remitida a la consulta externa de ginecología y obstetricia, esta paciente en el momento de la última consulta del Centro de Salud de Ciénega no tenía un riesgo vital inmediato inminente, la conducta de la Doctora de solicitarle la hemoglobina M y esperar para hacer la remisión es una buena conducta (...) ella hizo lo que tenía que hacer, ella le solicitó la hemoglobina M para confirmar la toxoplasmosis reciente, sospechó la toxoplasmosis reciente, se estaba haciendo cargo de la situación y escribió voy a remitir a la paciente en el próximo control (...) no se debe remitir al especialista de manera inmediata (...) no es una urgencia inmediata (...)”**

Ahora bien, tal como lo aduce el recurrente y también el especialista, la médica general en ningún momento le negó la cita con el ginecoobstetra, pues estaba prevista una vez tuviera el resultado que confirmaría el de IgG anti-toxoplasma; además, el hecho de que la señora Flor Mireya Caro no requería ser remitida de manera inmediata, por no presentar ningún signo de alarma, a juicio de la Sala pone de presente que el actuar del profesional que estaba efectuando sus controles prenatales era el adecuado.

#### **4.2 De las causas del aborto presentado por la señora Flor Mireya Caro Sanabria**

Lo primero que dirá la Sala es que por tratarse de un embarazo gemelar el presentado por la señora Flor Mireya Caro Sanabria, el mismo es catalogado

como de alto riesgo siempre, y tal afirmación es respaldada por la evidencia científica que se tiene al respecto:

“(...) Los embarazos gemelares implican mayor riesgo de complicaciones materno-fetales que los embarazos únicos, particularmente en los monocoriales (...)”<sup>2</sup>

“(...) El embarazo múltiple tiene unas connotaciones que dan lugar a presentar las patologías que con mayor frecuencia atiende el obstetra y que se puede resumir en: amenaza de parto prematuro, aumento de incidencia de cesárea, mortalidad perinatal y materna y prematuridad elevadas (...)”<sup>3</sup>.

“(...) Una gran variedad de trabajos confirman que los fetos procedentes de embarazos múltiples presentan un riesgo más elevado de morbilidad y mortalidad intrauterina, que los correspondientes a embarazos sencillos. Estos estudios sitúan la sobremortalidad fetal del múltiple, entre 5 y 10 veces superior al del sencillo. Debe añadirse que, el riesgo de morbilidad y muerte durante el primer año de vida, para aquellos que han nacido vivo, también es más elevado en los primeros (...)”<sup>4</sup>

La principal causa de pérdida en estos casos es el mismo embarazo gemelar, teniendo en cuenta que según el concepto del médico especialista que trató a la demandante, éstos “(...) implican complicaciones maternas y complicaciones fetales desde todo punto de vista, está en riesgo la vida de la

---

<sup>2</sup> Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 66 No. 1 • Enero-Marzo 2015. DESENLACES MATERNO-FETALES DE LOS EMBARAZOS GEMELARES ATENDIDOS EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER, BUCARAMANGA (COLOMBIA), 2007-2011.

<sup>3</sup> EMBARAZO MÚLTIPLE. Coordinador: Miguel Ezcurdia Gurpegui Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología Hospital Virgen del Camino. Pamplona. Profesor Asociado de Obstetricia y Ginecología. Universidad de Navarra.

<sup>4</sup> Población y Salud en Mesoamérica E-ISSN: 1659-0201 revista@ccp.ucr.ac.cr. El embarazo múltiple: ¿es realmente un factor de alto riesgo obstétrico? Universidad de Costa Rica Costa Rica.

mamá y en riesgo el buen desarrollo de los fetos, por esa razón es un embarazo definitivamente de alto riesgo. El embarazo gemelar tiene unos enemigos que son una pérdida temprana y un desarrollo inadecuado de los fetos. Las complicaciones en los embarazos gemelares son múltiples (...) la probabilidad de aborto es muy alta (...) el riesgo no es para el comienzo este se presenta a medida que va aumentando considerablemente. La paciente debe entender que la probabilidad de pérdida es alta (...)”<sup>5</sup>

No se puede endilgar entonces responsabilidad a la ESE Centro de Salud de Ciénega por el hecho de que la médico tratante no remitió de manera inmediata al especialista en ginecoobstetricia a la señora Flor Mireya Caro Sanabria por ser catalogado su embarazo de alto riesgo, y porque el resultado del IgG anti Toxo hubiera dado positivo, pues como lo dejó ver el mismo Doctor Castell Ruano en su testimonio: “(...) esta paciente no tenía un riesgo vital de minutos, la paciente podía ser remitida a la consulta externa de ginecología y obstetricia (...) no era una urgencia inmediata”,

De ahí que no puede considerarse que la falta de remisión al Ginecoobstetra hubiera sido una de las causas del aborto, pues tal como lo dice el recurrente y el Doctor Víctor Manuel Rodríguez “(...) el cuadro hacía pensar en una **incompetencia cervical**, es decir que el cuello no podía sostener el embarazo (...)”, situación ésta que según los galenos no puede ser prevenida, de ahí que la pérdida puede presentarse en cualquier momento de la gestación.

Por otro lado, el hecho de que el examen de IgG anti Toxo hubiera arrojado POSITIVO, no significa que hubiera sido la otra causa de la pérdida, pues como lo indican los especialistas, este examen no confirma que la paciente tenga TOXOPLASMOSIS, por eso se hacía necesario tener el resultado del

---

<sup>5</sup> Testimonio rendido por el Doctor Alejandro Castell Ruano.

IgM para confirmarlo, resultado que no se encuentra en el proceso, lo que deja ver que la demandante nunca se lo practicó.

Ahora, si bien es cierto frente a estos casos de embarazos múltiples, el médico general debe respaldarse en el especialista para hacer los controles prenatales, de las pruebas obrantes en el expediente da cuenta la Sala que en efecto éste era el conducto regular que iba a seguir la Doctora Lorena María Ibáñez Bustamante una vez la gestante allegara el resultado del IgM, pues según los protocolos era lo que tenía que hacer, más aun cuando el examen IgG dio positivo.

Y es que solo hasta cuando ordenó el examen de IgM, es decir el 26 de mayo de 2011, fue cuando se enteró de que la señora Flor Mireya Caro Sanabria tenía embarazo gemelar; de ahí que su proceder era el de solicitar la confirmación de la toxoplasmosis, para luego remitirla al especialista en ginecoobstetricia, tal como resulta consignado en la historia clínica de la demandante.

No puede ignorarse, por ser una máxima de experiencia, que cuando una mujer está en presencia de un embarazo, es consciente de cuáles son los cuidados mínimos que debe tener cuando se encuentra en esta situación. Como en el sub examine, el resultado del IgG dio positivo, no se explica la Sala como la demandante no actuó con prontitud para practicarse el IgM; y es que en efecto no se lo practicó, pues no existe resultado alguno en el expediente, lo que deja también ver la falta de cuidado y diligencia de la gestante, que solo acudió a buscar asistencia médica en la Clínica Medilaser porque se le presentó la urgencia, casi un mes después de que la vio la médico general que trabajaba en la entidad demandada.

Lo anterior deja ver con total claridad a la Sala que el daño no tienen relación alguna con la atención prestada por la ESE Centro de Salud de Ciénega, más cuando la médico general actuó conforme a los protocolos que existen para manejar este tipo de situaciones, pues las pruebas dejan ver que la Doctora Lorena María Ibáñez Bustamante le ordenó a la gestante desde la primera cita los exámenes correspondientes, le dio las recomendaciones generales y signos de alarma, y le ordenó micronutrientes debidos.

### **4.3 De la inexistencia de una pérdida de oportunidad**

Advierte la Sala que el a quo empleó en el fallo apelado, la teoría de la pérdida de oportunidad como explicación a la causalidad entre la conducta evaluada, la acción u omisión, y el resultado.

Y concluyó que existía una alta probabilidad de vida para los nasciturus si la médico tratante la hubiera remitido al especialista inmediatamente, una vez tuvo conocimiento del embarazo gemelar que presentaba la señora Flor Mireya Caro Sanabria.

Cabe anotar que en tiempos recientes la pérdida de una oportunidad comporta de un lado la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística, con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo; y por otro la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> (Luis Medina Alcoz, La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007).

Siendo esta última la descripción que de la teoría de la pérdida de oportunidad predica el Consejo de Estado. En efecto, en pronunciamiento de 11 de agosto de 2010, la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo al respecto:

“El entendimiento de la noción de pérdida de oportunidad que la Sala comparte y que ha dejado expuesta, corresponde por tanto, en sus principales lineamientos, con la siguiente descripción que de la tantas veces nombrada figura se realiza con referencia al ámbito de la responsabilidad médica:

“Hay, además, posturas intermedias, que tienen en común los siguientes puntos: a) distinguen la llamada chance de sobrevida y de curación, de las tradicionalmente admitidas en la jurisprudencia y en la doctrina; b) recalcan la autonomía del daño producido por la pérdida de la chance, como daño diferente del resultado lesivo en sí (muerte, enfermedad, etc); c) identifican con claridad que la teoría de las chances, correctamente aplicada, se mueve en el campo del daño (su extensión), y no en el de la causalidad; d) señalan que la chance de sobrevida y de curación también requieren prueba de la relación de causalidad adecuada entre la culpa y ese daño específico: la pérdida de la posibilidad u oportunidad, y e) critican a la jurisprudencia francesa, pero sólo a aquellas decisiones en las que, bajo el nombre de reparación de chances de sobrevida, en realidad se han indemnizado supuestos de culpa médica, sin que estuviese acreditada con certeza la relación causal entre esa culpa y la pérdida de posibilidad o “chance”. (...) Criterio éste que, en los últimos tiempos, ha sido defendido entre nosotros, por HERSALIS, MAGRI y TALCO (...) y también por PRÉVOT, cuando dice que, en los casos en que “se yuxtaponen un proceso patológico en evolución y una conducta profesional imperita, basta tan sólo con determinar qué gravitación causal tuvo cada condición en el devenir dañoso”, agregando que tal teoría “supone indefectiblemente ampliar la noción de causalidad y distinguir o dar autonomía a dos causalidades distintas, una, la que enlaza la culpa médica con el resultado final —verbigratia: muerte, incapacidad, lesiones, otra — (¿virtual?), la que relaciona la impericia profesional con la pérdida de las probabilidades de vida o curación”. (...) Lo cierto es que, en los hechos, la pérdida de la chance, referida ya, como corresponde, al daño indemnizable y a su extensión, “constituye un atenuante a la hora de la fijación del quantum indemnizatorio, actuando como un sustraendo del monto total a conceder a la víctima”<sup>7</sup> (énfasis añadido).”

Previo a esta conclusión, había definido la pérdida de oportunidad como la que 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 éste 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<sup>8</sup>; 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<sup>9</sup>, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

<sup>7</sup> TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., pp. 189-196.

<sup>8</sup> MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

<sup>9</sup> En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño...”

### Y sistematizó los siguientes requisitos:

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los requisitos cuya concurrencia se precisa con el propósito de que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes:

(i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”<sup>10</sup> de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes<sup>11</sup>; (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida<sup>12</sup>; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás. Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían<sup>13</sup>—; (iii) La víctima debe encontrarse en una situación**

---

ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

<sup>10</sup> Ídem, pp. 38-39.

<sup>11</sup> A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

<sup>12</sup> HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

<sup>13</sup> Al respecto la doctrina afirma que “... ‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

29

potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”<sup>14</sup>.  
Resaltado fuera de texto

Ahora bien, respecto de la configuración de la pérdida de oportunidad en el caso concreto, cabe anotar que no se cumple el primer requisito que la hace proceder, por cuanto la señora Flor Mireya Caro Sanabria no tenía en un ALTO GRADO DE PROBABILIDAD la expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, de habersele remitido inmediatamente al especialista en Ginecoobstetricia, porque como lo adujo el Doctor Víctor Manuel Rodríguez Machuca en su testimonio, el cuadro que presentó la demandante fue la de “incompetencia de cuello uterino, relacionada con su embarazo gemelar”, situación ésta que no se puede prevenir, pues esa incompetencia se puede presentar repentinamente en cualquier momento del embarazo, tal como lo ha establecido la ciencia médica de manera clara y contundente<sup>1516</sup>.

## 5. Decisión

Con base en las anteriores consideraciones la Sala revocará el fallo de 8 de octubre de 2014, proferido por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, porque, no es posible atribuir el hecho dañoso a la entidad

---

disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”’. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D- 78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

<sup>14</sup> ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, cit., pp. 110-111.

<sup>15</sup> “Los embarazos gemelares son una causa directa de la sexta parte de los partos pre término. La etiología del parto pre término es desconocida y puede suceder: a) **expontáneamente**, b) desencadenado por algunas situaciones, por ejemplo ruptura prematura de membranas o sobre **distención uterina** (...)” Doctor Álvaro Monterrosa Castro. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología.

<sup>16</sup> “Encontraron mayor riesgo relativo de parto pre término en presencia de embarazo gemelar; éstos hallazgos daban como resultado que casi 30 a 50% de los embarazos múltiples culminan con un parto pre término”. Guía de manejo trabajo de parto pre término. Asociación Bogotana de Obstetricia y Ginecología.

demandada, y porque tampoco se configuró una pérdida de oportunidad para los demandantes. En lugar del fallo revocado, se negarán las pretensiones de la demanda.

## **6. Costas en segunda instancia**

En el asunto sub examine no hay lugar a condenar en costas en las dos instancias, y agencias en derecho a la parte demandante por el hecho de resultar vencida en el proceso, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado<sup>17</sup> en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia de 8 de octubre de 2014 proferida por el Juez Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a

---

<sup>17</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01. Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

Medio de Control : Reparación Directa  
Demandante : Flor Mireya Caro Sanabria y otros  
Demandado : E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega  
Expediente : 150013333012201300019-02

31

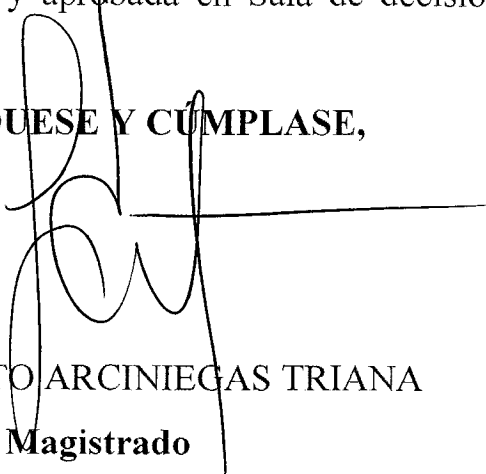
las pretensiones de la demanda impetrada por la señora Flor Mireya Caro Sanabria y Darío Torres Muñoz, quienes actúan en nombre propio y en representación de su menor hija Jeimmy Tatiana Torres Caro contra la E.S.E. Centro de Salud de Ciénega, y en su lugar se deniegan las pretensiones de la demanda.

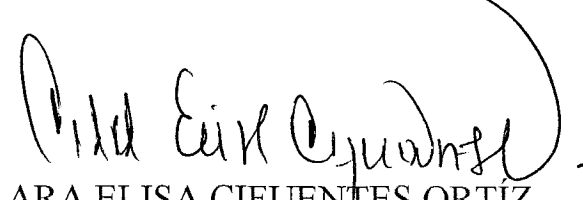
**SEGUNDO.** Sin condena en costas.

**TERCERO.** En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA  
Magistrado

  
CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ  
Magistrada

  
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO  
Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333012201300019-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACÁ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado

No. 73 de hoy, 17 2 MAY 2017

EL SECRETARIO 