

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIAS

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO TOBITO SALAMANCA Y OTROS.
DEMANDADOS: NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO
SOSTENIBLE, HOLCIM S.A. Y OTROS.
RADICACION: 15000 23 31 000 2005 03877 00

=====

Sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala Primera de Decisión procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA. (fl. 74-116)

En ejercicio de la acción de reparación directa, mediante apoderado judicial los ciudadanos Manuel Antonio Tobito Salamanca y Sonia Esperanza Suárez en nombre propio y en representación de su hija Erika Johana Tobito Suárez interpusieron demanda en contra de la Nación – Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio de Protección Social, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Corporación Autónoma Regional de Boyacá (en adelante CORPOBOYACÁ), el Departamento de Boyacá, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), el municipio de Duitama, la ESE Hospital Regional de Duitama, Acerías Paz del Río y Holcim Colombia S.A. (en adelante HOLCIM S.A.), con el fin

de que se declaren extracontractualmente responsables de los perjuicios causados con el fallecimiento de su hijo y hermano, Juan David Tobito Suárez, atribuido a las fallas en la prestación del servicio de salud y a las acciones y omisiones relacionadas con la emisión de contaminación atmosférica y procesamiento de residuos tóxico peligrosos en el denominado "corredor industrial de Boyacá".

Como consecuencia de lo anterior, solicitaron condenar a las demandadas al pago de los perjuicios materiales e inmateriales causados con el fallecimiento de su hijo y hermano.

Para el efecto, manifestaron como **HECHOS RELEVANTES:**

En cuanto a la prestación de servicios de salud:

- Manuel Antonio Tobito Salamanca, su esposa Sonia Esperanza Suárez y su hija Erika Johana Tobito Suárez habitan en la región denominada "Corredor industrial de Boyacá" ubicada en el Valle de Sugamuxi (Boyacá). Aquellos se desempeñan como trabajador de la seguridad privada y ama de casa respectivamente. Han gozado de buena salud y conservado sanas costumbres y comportamientos, como el no consumo de alcohol y sustancias psicoactivas, así como una adecuada alimentación.

- La menor Erika Johana Tobito Suárez nació el 17 de agosto de 1993 en condiciones normales y sin presentar ningún tipo de alteración en sus condiciones de salud.

- La pareja de esposos procreó al menor Juan David Tobito Suárez, a quien en el último mes de gestación le fue diagnosticada arritmia cardíaca de alto riesgo. En vista de lo anterior y por encontrarse afiliados al SISBEN, el Instituto Seccional de Salud de Boyacá autorizó la remisión de la señora Sonia Esperanza Suárez a la Clínica Materno Infantil de Bogotá, a donde llegaron mediante transporte público sufragado por cuenta propia. Tanto la ESE Hospital de Duitama como la Secretaría de Salud de Duitama se abstuvieron de prestar el servicio de ambulancia para dicho traslado.

- El 4 de octubre de 2003 nació el menor Juan David Tobito Suárez en la Clínica Materno Infantil de Bogotá, donde permaneció hospitalizado en unidad de cuidados intensivos por espacio de un mes. Allí le fue diagnosticado: *"malformación congénita del corazón no especificada, enterocolitis necrotizante del feto (...) anemia congénita no clasificadas (...) infecciones especificadas propias del periodo perinatal (...) cardiopatía compleja, ventrículo único, heterotaxia visceral, asplenia, enterocolitis necrotizante intestinal autolimitada, anemia severa,*

desnutrición crónica, sepsis”. Luego del egreso, fue remitido a la ESE Hospital de Duitama y posteriormente dado de alta con indicación de suministro de oxígeno domiciliario.

- El 10 de noviembre de 2003, la Secretaría de Salud de Duitama le facilitó al menor una bala de oxígeno en regular estado. Una vez se acabó al cabo de tres días de uso, acudieron nuevamente a la ESE Hospital de Duitama, donde adquirió la enfermedad denominada “escabiosis” y fue dado de alta días después.

- Como consecuencia de la interposición de una acción de tutela por parte del padre del menor Juan David Tobito, por intermedio de la Secretaría de Salud de Duitama el alcalde municipal autorizó la suma de un millón de pesos para que la empresa AGAFANO proporcionara el oxígeno.

- El 22 de febrero de 2004, el menor ingresó a la ESE Hospital de Duitama. Allí, el médico de turno ordenó su retorno a casa argumentando que los servicios que requería eran de carácter ambulatorio. Suspendió el suministro de oxígeno. En valoración realizada por un médico adscrito a la Secretaría de Salud, el mismo día se dictaminó que el menor sí requería del oxígeno y que debía ser remitido a un hospital de cuarto nivel para cirugía.

- El padre del menor acudió ante el gobernador de Boyacá, quien verbalmente ordenó a la Secretaría de Salud suministrar todos los servicios que requería. Posteriormente, el paciente fue remitido a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, donde sólo hasta el 10 de marzo de 2004 fue remitido al Hospital de la Misericordia –4º nivel-. Ingresó a unidad de cuidados intermedios y luego se ordenó egreso.

- El menor falleció el 14 de marzo de 2004. En vida presentó como patologías: daño genético, malformación congénita tipo ventrículo único, fístula enterocutánea, eterotaxia visceral con asplenia, situs inversus, malformaciones, arritmias cardíacas severas desde antes de nacer, corazón, hígado y estómago al lado derecho, ausencia de bazo, intestino grueso perforado, desnutrición severa, dedos pulgares pegados a la mano y lengua con frenillo. Los profesionales de la salud no determinaron el origen de las enfermedades.

En cuanto a las condiciones ambientales y su incidencia en las patologías del menor:

- El llamado “Corredor industrial de Boyacá” es conocido como una zona que presenta altos niveles de contaminación en razón a la actividad de explotación y producción industrial. So pretexto del

"Co-procesamiento autorizado a plantas cementeras", especialmente a aquella de propiedad de HOLCIM S.A., allí se han incinerado residuos tóxico peligrosos para la salud humana.

- Manuel Antonio Tobito trabajó al servicio de Acerías Paz del Río desde el 1º de julio de 2000 hasta el 30 de noviembre de 2002. Conoció de los altos niveles de contaminación allí producidos con la fundición de metales y la exposición al aire libre de la sustancia "NECTALINA", que produce amigdalitis recurrente, tal como le sucedió en múltiples ocasiones. Nunca le fue advertido sobre las consecuencias que estas situaciones acarrearían sobre su salud y la de su familia.

- El Ministerio de Ambiente y CORPOBOYACÁ autorizaron y expidieron licencias ambientales a favor de Holcim S.A. para el "Co-procesamiento" de residuos tóxico peligrosos. La normativa nacional es muy permisiva para el ejercicio de la anterior actividad. No existe regulación sobre el manejo final de desechos tóxicos o residuos peligrosos, ni sobre la responsabilidad de los agentes contaminantes. Tampoco infraestructura adecuada para su destrucción y disposición final, ni monitoreo ambiental.

- Holcim S.A utiliza residuos tóxicos peligrosos contaminantes en reemplazo del combustible que debe utilizar para los procesos industriales de producción de cemento. Ello genera el aumento desmedido de los niveles de contaminación ambiental. Los hornos de producción de cemento no están diseñados para el tratamiento de residuos peligrosos. Presentan falencias de funcionamiento, especialmente en la parte denominada "clinker" y válvulas de funcionamiento. Ello hace que se liberen al medio ambiente nubes de metales pesados y residuos con combustión parcial e incompleta que no son detectados por los equipos de control de contaminación pese a su alto grado de toxicidad e incidencia negativa sobre la salud de las personas, en quienes ocasiona daños genéticos, cáncer y alteraciones en los sistemas inmunológico y reproductor.

- El Ministerio de Ambiente ha usurpado las funciones de CORPOBOYACÁ, permitiendo el ejercicio de actividades industriales contaminantes y concediendo licencias ambientales a favor de Holcim S.A., tales como las contenidas en las Resoluciones No. 620 del 20 de diciembre de 1994, 406 del 28 de abril de 1995, 968 del 31 de octubre de 1997, 970 del 30 de octubre de 2001, 458 del 27 de mayo de 2002, 704 del 25 de julio de 2002, 005 del 7 de enero de 2003 y 1148 del 16 de agosto de 2005.

- CORPOBOYACÁ expidió actos administrativos con los que autorizó a Holcim S.A. emisiones atmosféricas y vertimientos, incurriendo en omisiones y extralimitación de sus funciones. Es así como, no existe una ley que regule dichas materias, ni los equipos y tecnologías para vigilar tales actividades. Así ocurrió con los actos contenidos en las Resoluciones No. 781 del 11 de octubre de 1999 y 679 del 26 de diciembre de 2001.

- Como consecuencia de la alta contaminación, la población del municipio de Nobsa presenta patologías como minusvalidez, cáncer, retardo mental, deformidad de extremidades, síndrome de Down, artritis reumatoidea, sindactilia bilateral, paraplejia, lupus, sordera, retraso psicomotor, afecciones cardiacas, cáncer de piel, trastornos digestivos y respiratorios, etc.

- Desde el año 2001, los Ministerios de Ambiente, Protección Social, Agricultura y CORPOBOYACÁ han realizado actividades para la socialización y divulgación del "Co-procesamiento" de residuos peligrosos, sin lograr la aceptación por parte de la comunidad debido a las consecuencias que a nivel mundial y local ha dejado esta clase de contaminación.

I.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. Ministerio de Salud y Protección Social (fl. 136-154).

Expuso que, al no haberse acreditado médica y científicamente la causa del fallecimiento del menor Tobito Suárez o que ello obedeciera a las acciones u omisiones del ministerio, no hay lugar a alegar la configuración del nexo causal. Con fundamento en lo anterior, propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2. ICBF (fl. 168-170).

Señaló que no se encuentra acreditado que dicha institución hubiera prestado algún tipo de servicio a los demandantes o que el daño y perjuicios invocados se atribuya a la acción u omisión de alguno de sus agentes. Por lo tanto, no hay lugar a declarar responsabilidad administrativa respecto de tal entidad. Excepcionó falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 176-184, 243-251).

Alegó la caducidad de la acción, la falta de legitimación en la causa por pasiva y la ausencia de elementos para la declaratoria de responsabilidad extracontractual de dicha cartera ministerial. En cuanto a lo primero, expuso que, al haberse tenido conocimiento de las malformaciones que presentó el menor al momento de su nacimiento -4 de octubre de 2003-, el término máximo para interponer la demanda feneció el 5 de octubre de 2005. Por lo demás, señaló que la entidad no tuvo participación alguna en la causación del daño invocado en la demanda. Esgrimió la ausencia de prueba respecto del nexo causal entre el daño y las conductas activas y omisivas señaladas en la demanda al no existir prueba que demuestre la incidencia de la presunta contaminación ambiental en la salud del fallecido menor.

2.4. CORPOBOYACÁ (fl. 191-195).

Refirió que para el otorgamiento del permiso de emisiones atmosféricas y vertimientos a Cementos Boyacá, contenidos en las resoluciones No. 781 el 11 de octubre de 1999 y 670 del 26 de diciembre de 2001, se acogieron los parámetros de la licencia ambiental ordinaria concedida por el Ministerio de Ambiente a dicha persona jurídica. Se tuvieron en cuenta todas las exigencias y requerimientos establecidos en la normativa que regula las emisiones atmosféricas y vertimientos, tales como, el Decreto 948 de 1995 y la Resolución No. 415 del 13 de marzo de 1998, por la cual el Ministerio de Ambiente establece los casos en los que se permite la combustión de aceites de desecho y las condiciones técnicas para ello.

Expuso que ha exigido a la empresa Holcim el cumplimiento de la Ley 430 de 1998 respecto de la disposición final y controlada de este tipo de residuos. Así mismo, que ha realizado visitas técnicas de control y seguimiento para la verificación de los monitoreos sobre emisiones de dioxinas y furanos. Las visitas se han realizado bajo supervisión y vigilancia de un comité técnico conformado por docentes de las universidades Nacional de Colombia, Pontificia Bolivariana de Medellín y en presencia de un delegado de la Procuraduría General de la Nación. Allí se verifican los protocolos de calibración y la aplicación de métodos acorde a las normas técnicas nacionales e internacionales, las cuales son plenamente acatadas por Holcim S.A., tal como lo arrojan los estudios y conclusiones mostrados por el citado Comité en informe presentado el 24 de enero de 2007 basado en muestras tomadas por una firma internacional avalada por el Ministerio de Ambiente.

Además, la Corporación cuenta con una red de calidad de aire que monitorea de forma permanente los niveles de material particulado (PM10) y gases (CO, SO₂ y O₃), vigila los índices de calidad (ICASO) y verifica el cumplimiento de las normas de inmisión en el Valle de Sugamuxi. Los niveles allí reportados se han encontrado por debajo de los niveles permitidos.

Aclaró que, conforme a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 y en el Decreto 1753 de 1995, el Ministerio de Ambiente sí era el competente para otorgar la licencia ambiental ordinaria a Cementos Boyacá, por tratarse de un proyecto de gran minería. Solo era competencia de la Corporación la concesión de permisos menores.

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que no se estructuraba el nexo causal entre el daño invocado y la conducta de la entidad.

2.5. Acerías Paz del Río (fl. 809-832).

Adujo que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba de todos los elementos que permiten acreditar la responsabilidad extracontractual que se le endilga. Antes bien, en la demanda se señaló que no existía certeza científica y técnica que explique la condición médica del menor ni la causa de su fallecimiento. Invocó como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva ante la imposibilidad de atribuir responsabilidad alguna por no acreditarse acción u omisión alguna de su parte. Advirtió que, si bien el padre del menor sostuvo una relación laboral con dicha empresa, ello en nada se relaciona con los hechos y pretensiones de la demanda. Finalmente, se opuso a la indemnización de los perjuicios solicitados por no estar de acuerdo con la actual clasificación jurisprudencial algunos, así como por su tasación exagerada.

2.6. Holcim S.A. (fl. 836-858).

Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto No. 1753 de 1994 - vigente para la época-, el competente para el otorgamiento de licencias de proyectos de gran minería era el Ministerio de Ambiente y no CORPOBOYACÁ. Expuso que las modificaciones y ampliaciones a la licencia ambiental ordinaria fueron expedidas conforme a la normativa que regula la materia.

Concluyó que no hay lugar a declarar la responsabilidad que se le endilga, por cuanto, la parte actora no acreditó los elementos suficientes para ello. Especialmente, no obra prueba que demuestre que la causa adecuada y determinante del daño *-malformaciones*

genéticas y fallecimiento del menor- haya sido la actividad desempeñada por la empresa en observancia y cumplimiento de los preceptos legales que regulan la expedición y modificación de licencias ambientales y el seguimiento, vigilancia y control de la actividad autorizada.

I.3.- LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA (fl. 833-835, 943-948).

El apoderado de Holcim S.A. formuló llamamiento en garantía respecto de las aseguradoras Seguros Comerciales Bolívar y Chartis Seguros Colombia S.A. -hoy AIG Seguros Colombia S.A.-, con quienes para la época de los hechos había adquirido pólizas de responsabilidad civil extracontractual que, en su criterio, amparan las reclamaciones elevadas por la parte demandante. Las llamadas en garantía se pronunciaron al respecto:

3.1. Chartis Seguros Colombia S.A. -AIG Seguros Colombia S.A.- (fl. 1025-1070)

Se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que Holcim S.A. ha cumplido con todos los requerimientos legales para el ejercicio de su actividad obteniendo las respectivas licencias ambientales y permisos conforme al ordenamiento jurídico. Además, porque no se acreditó que la causa de los perjuicios reclamados por el extremo demandante hubiera sido el desarrollo de la actividad industrial por parte de dicha persona jurídica.

Además, se opuso a las pretensiones del llamamiento afirmando que la póliza adquirida por el llamante no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos. Es así que, la adquisición de la primera póliza de responsabilidad extracontractual data del año 2005. No obstante, advirtió que, en caso de considerarse lo contrario en cuanto a la vigencia de la póliza, correspondía declarar la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro al tenor de lo dispuesto en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio. En caso de una eventual condena, debe atenderse de manera estricta a la cobertura de la póliza y a la existencia de deducibles.

3.2. Seguros Comerciales Bolívar S.A. (fl. 1107-1130)

Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en la ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad extracontractual de Holcim S.A., como quiera que, no se acreditó el nexo causal entre la actividad desarrollada por la llamante y los

perjuicios invocados en la demanda, donde, inclusive se advirtió sobre la incertidumbre de la causa de aquellos. Reiteró los argumentos de defensa expuestos por la llamante e insistió que, las patologías padecidas por el menor obedecen a circunstancias propias de la concepción y la gestación. Además, que no se demostró que para la época de los hechos Holcim S.A. hubiera sobrepasado los niveles de emisión establecidos para los hornos Clinker en el artículo 54 del Decreto 02 de 1982.

En cuanto a la solicitud de llamamiento, adujo que, para hacer efectivo el amparo contemplado en la póliza, debe preceder la previa declaratoria de responsabilidad del llamante. Excepcionó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro al tenor de lo dispuesto en los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio.

3.3. Municipio de Duitama – ESE Hospital Regional de Duitama

Si bien mediante auto del 31 de agosto de 2017 se declaró la nulidad de lo actuado por ausencia de notificación del auto admisorio de la demanda a dichas entidades, a quienes se concedió el término para contestar la demanda (fl. 775-779), guardaron silencio en tal etapa.

I.4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante (Archivo 2 E.D).

Señaló que se encontraron acreditados los hechos de la demanda relacionados con el co-procesamiento de residuos y materiales tóxico peligrosos que, al ser incinerados, distribuyen partículas en el aire que son ingeridas por la población en quienes causa patologías especialmente relacionadas con malformaciones genéticas. Así lo demuestran “mandatos constitucionales, legales y precedentes jurisprudenciales ambientales”.

Sostuvo también que, según lo dispuesto por el Decreto 1728 de 2002, el Ministerio de Ambiente perdió competencia para expedir licencias ambientales relacionadas con el empaque, transporte, almacenamiento y manejo de sustancias y desechos peligrosos. En consecuencia, las Corporaciones Autónomas Regionales no ostentaban tal competencia.

En cuanto a la prestación del servicio de salud al menor Tobito Suárez, adujo que las fallas médico – quirúrgicas ocurridas en los

Hospitales Regional de Duitama, San Rafael de Tunja, Materno Infantil de Bogotá, la Misericordia de Bogotá y la Clínica Shaio de la misma ciudad se encuentran acreditados con las respectivas historias clínicas que reposan en el expediente.

Finalmente, concluyó que la pericia rendida por los médicos especialistas conlleva a determinar que *"la contaminación ambiental era una de las causales para originar lo sufrido"*, es decir que, las afecciones fisiológicas -malformaciones congénitas- del menor obedecen al fenómeno de contaminación ambiental. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

4.2. SBS Seguros S.A. -AIG Seguros Colombia S.A. (Archivo 5 E.D)

Expuso que no se lograron acreditar las causas del fallecimiento y las malformaciones que presentó el menor Tobito Suárez. Es así que, de las conclusiones de las pericias practicadas no se logra establecer que la causa del daño sea atribuible a Holcim S.A., quien le llamó en garantía. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación del llamamiento, relacionados con la ausencia de conducta dañosa por parte de Holcim S.A., inexistencia de nexo causal, sobreestimación de perjuicios, vigencia y cobertura de la póliza invocada y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

4.3. Departamento de Boyacá (Archivo 6 E.D)

Señaló que, por parte de dicha entidad, se brindaron todos los procedimientos y servicios médico asistenciales requeridos por la madre del menor Tobito Suárez para su traslado a la ciudad de Bogotá. Además, que la parte actora no demostró que la causa del daño fueran acciones u omisiones ejecutadas por parte de tal entidad. De lo cual, dieron cuenta las pericias rendidas por los profesionales de la salud en el curso del proceso. Por lo tanto, carece de legitimación en la causa por pasiva para ser demandado. Concluyó que los perjuicios solicitados desbordan los parámetros jurisprudenciales vigentes y fueron sobreestimados.

4.4. Acerías Paz del Río. (Archivo 7 E.D)

Adujo que la parte actora no cumplió con la carga de acreditar el nexo causal como elemento de la responsabilidad extracontractual invocada. Es así que, las pruebas periciales concluyen que las patologías que presentaba el menor y que comprometían en alto grado su probabilidad de vida no fueron tratadas en debida forma,

principalmente porque su progenitora no asistió a los controles prenatales ni se permitieron tratamientos curativos en razón a las creencias religiosas de los padres. Además, tampoco se acreditó que la causa del daño hubiere sido la presunta contaminación ambiental en el denominado “corredor industrial de Boyacá”, ni la relación laboral del padre del menor con Acerías Paz del Río. Las pruebas periciales señalaron que no fue posible determinar cuál de las patologías fue la causante del fallecimiento del menor.

4.5. CORPOBOYACÁ (Archivo 8 E.D)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, resaltando que el otorgamiento de los permisos de emisiones atmosféricas y vertimientos, contenido en las Resoluciones No. 0781 del 11 de octubre de 1999 y 679 del 26 de diciembre de 2001, atendió a los parámetros consignados en la Licencia Ambiental Ordinaria otorgada por el Ministerio de Ambiente, así como lo establecido en el Decreto No. 948 de 1995 y en la Resolución No. 0415 del 13 de marzo de 1998 que regulan dicha materia. Concluyó que no obra prueba que determine que el fallecimiento del menor se produjo a causa de la situación ambiental descrita en la demanda, o que ello, hubiera contribuido a la presencia de alteraciones genéticas y reproductivas.

4.6. Holcim S.A. (Archivo 9 E.D)

Aseveró que, al no haberse demostrado conforme al recaudo probatorio allegado al expediente la comisión de una conducta culposa por parte de Holcim S.A., así como tampoco el nexo causal entre esta y el daño invocado en la demanda, no hay lugar a declararle responsable patrimonialmente. Las pruebas periciales no fueron contundentes en afirmar que la causa del fallecimiento del menor hubiera sido la presunta contaminación ambiental o la prestación del servicio de salud.

4.7. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Archivo 10 E.D)

En mensaje electrónico remitido el pasado 14 de julio presentó escrito de alegatos correspondiente a un proceso judicial distinto. De dicha situación la entidad fue informada por Secretaría en mensaje del mismo día. Sin embargo, no se subsanó tal situación. Por lo tanto, se tendrán como no presentadas las alegaciones finales.

4.8. Seguros Comerciales Bolívar S.A. (Archivo 11 E.D)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación del llamamiento en garantía, recalcando que no existe prueba que acredite que Holcim S.A. hubiere incurrido en culpa alguna que genere el deber de reparar los perjuicios cuyo reconocimiento pretende la parte actora. Adujo que las pruebas practicadas concluyeron la incertidumbre de las causas del fallecimiento y las patologías que presentó el menor Tobito Suárez, pues no señalaron que hubiera sido como consecuencia de la presunta contaminación en el "corredor industrial de Boyacá". Alegó ausencia de prueba de los perjuicios materiales y sobreestimación de los inmateriales conforme a las reglas jurisprudenciales vigentes en la materia y concluyó que se configuraba la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden: *i)* lo que se debate y la formulación del problema jurídico; *ii)* la relación de los hechos probados, y, *iii)* el estudio y solución del caso en concreto.

II.1. LO QUE SE DEBATE Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Tesis de la parte demandante.

Las entidades demandadas son extracontractualmente responsables del fallecimiento del menor Juan David Tobito Suárez. Hecho que se atribuye, de un lado, a las fallas en la prestación del servicio de salud al momento de su nacimiento y traslado a una entidad hospitalaria de mayor nivel de atención, y de otro, a las acciones y omisiones relacionadas con la emisión de contaminación atmosférica y procesamiento de residuos tóxico peligrosos en el denominado "corredor industrial de Boyacá", que produjeron alteraciones genéticas y malformaciones al menor fallecido.

1.2. Tesis de las entidades demandadas y llamadas en garantía.

Coinciden en sostener que no se acreditaron todos los elementos de la responsabilidad extracontractual a ellas endilgadas. Si bien se demostró que el menor Tobito Suárez padecía algunas patologías de

especial cuidado, y su posterior fallecimiento, no se comprobó que la causa de los mismos fuera la atención médica prestada ni los presuntos niveles de contaminación referidos en la demanda. Las pruebas periciales concluyeron que los procedimientos brindados por las entidades hospitalarias fueron acordes a los protocolos para el manejo de las patologías y que no era posible atribuir el deceso a las condiciones medio ambientales presentes en el corredor industrial de Boyacá. Además, el ejercicio de la actividad industrial por parte de Holcim S.A. y Acerías Paz del Río cumplió con todos los requerimientos legales en materia de licenciamientos y permisos exigidos por las autoridades ambientales.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural propuso la caducidad de la acción, por cuanto, al momento de la interposición de la demanda ya había transcurrido el término de 2 años previsto en el artículo 136 del CCA.

1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis de la Sala.

Conforme a las proposiciones de las entidades demandadas, corresponderá a esta Sala de Decisión en primer lugar, determinar si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción de reparación directa. De ser negativa la respuesta, deberá establecerse si las entidades demandadas son extracontractual y patrimonialmente responsables de las malformaciones y fallecimiento del menor Juan David Tobito Suárez, hijo y hermano de los demandantes.

Como se expondrá a continuación, el momento de inicio del cómputo del término de caducidad de la acción no corresponde al del nacimiento del menor Tobito Suárez, sino al de su fallecimiento, toda vez que, a partir de allí los demandantes tuvieron certeza sobre la ocurrencia del daño. En cuanto al fondo del asunto, la Sala negará las pretensiones de la demanda, por cuanto, no se demostró que la causa eficiente y determinante de las malformaciones que presentaba el menor y su posterior fallecimiento, fueran la prestación del servicio de salud o la presunta contaminación ambiental presente en el corredor industrial de Boyacá donde habitaban los demandantes.

II.2. LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran acreditados como hechos relevantes:

En cuanto a las patologías y prestación de servicios de salud:

2.1. Juan David Tobito Suárez nació el 4 de octubre de 2003 y falleció el 14 de marzo de 2004. Era hijo de Sonia Esperanza Suárez y Manuel Antonio Tobito y hermano de Erika Tobito Suárez, como se corrobora en los respectivos registros civiles de nacimiento y defunción (fl. 48-50).

2.2. Según formato de referencia -remisión de pacientes-, Sonia Esperanza Suárez -madre del menor Tobito Suárez- fue remitida de la ESE Hospital de Duitama al Instituto Materno Infantil de Bogotá el 26 de septiembre de 2003. En el resumen de historia clínica se consignó:

"Paciente de 32 años G2P1 con gestación de 37.6 semanas con arritmia cardíaca fetal (...) se encuentra malformación cardíaca ventrículo único, transposición.

Diagnósticos definitivos:

1. Malformación cardíaca fetal.

(...)

Se remite para atención obstétrica y neonatal en UCI Neonatal"
(Anexo 4)

2.3. Según reporte de Historia Clínica emitido por el entonces Instituto Materno Infantil de Bogotá, el menor Tobito Suárez nació el 4 de octubre de 2003 en dicha institución, de donde egresó el 7 de noviembre de 2003. Como diagnóstico de ingreso se registró: "*Otras infecciones especificadas propias del periodo perinatal*", y de egreso: "*malformación congénita del corazón no especificada, enterocolitis necrotizante del feto, otras anemias congénitas no clasificadas, otras infecciones especificadas propias del periodo perinatal, cardiopatía compleja: ventrículo único, heterotaxia visceral, asplenia, desnutrición crónica, sepsis.*" (fl. 55-56 – Anexo 4)

2.4. Del historial de atención se destacan las siguientes anotaciones:

"07-08-10-03 (...) Paciente en mal estado general, presenta cardiopatía congénita incompatible con la vida (...) debido al mal pronóstico de vida los padres no autorizan laparatomía ni transfusión de sangre.

09-10-03: Persiste pésimo pronóstico vital a corto plazo, medidas de soporte vital.

10-03: Paciente con malformación cardíaca severa, no síndrome dificultad respiratoria, en este momento el diagnóstico implica

corazón univentricular, heterotaxia visceral y perforación intestinal, dado no pronóstico vital, se decide dejar soporte básico.

(...)

14-18-10-03: Malas condiciones generales, pronóstico vital malo por su cardiopatía severa y patología intestinal, con medidas de apoyo psicológico familiar.

(...)

25-27-10-03: (...) Mal pronóstico por cardiopatía compleja sin posibilidad de corrección quirúrgica, anemia severa, los padres firmaron historia clínica y se oponen a cualquier procedimiento y a transfusión de sangre o sus derivados.

(...)

05-06-11-03: Paciente con cardiopatía compleja, ventrículo único, heterotaxia visceral, asplenia, perforación intestinal autolimitada, anemia, sepsis, desnutrición crónica. Es hijo de testigos de Jehová, cirugía, cardiología y los padres están de acuerdo en no hacer ningún procedimiento quirúrgico por su patología de base. Además los padres no permiten transfusión de sangre o sus derivados. (...) Se solicita oxígeno domiciliario.

07-11-03: Mal estado general (...) se traslada al Hospital de Duitama." (Anexo 4)

2.5. El menor Tobito Suárez ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital Regional de Duitama los días 13 de noviembre y 24 de diciembre de 2003. Posteriormente, el 12 y 21 de enero de 2004 y luego el 12 de febrero siguiente. En reporte de historia clínica -epicrisis- se consignó como diagnóstico principal de ingreso y egreso: "Fístula enterocutánea" y como diagnóstico relacionado "Cardiopatía congénita". Se registró también:

"1. Motivo de consulta: Cuadro de 6 días de evolución de secreción por el ombligo (materia fecal) con eritema periumbilical.

(...)

4. Diagnóstico y consulta: IDX: Fístula enterocutánea, Cardiopatía, Celulitis periumbilical.

EVOLUCIÓN:

1. Cambios del estado del paciente y justificación de indicadores terapéuticos: Paciente ha persistido con drenaje por fístula, materia fecal en cantidad moderada, (...) Se lleva a la Clínica Shaio donde dan como conclusión: canal AV completo disbalanceado con ventrículo único de morfología derecha, doble salida ventricular derecha, vasos en D-mal posición, estenosis pulmonar moderada, en el momento no requiere procedimiento QX (...) Se contra remite. Se comenta don Dr Uscátegui cirujano pediatra Hospital San Rafael quien acepta remisión.

DEL EGRESO:

1. Condiciones generales a la salida: Estable, con O₂ permanente,

sale remitido para HSR Tunja al servicio de Cirugía Pediátrica. Sale 21-02-04.” (fl. 276 y anexo 2)

2.6. Al menor Tobito Suárez se practicaron algunos exámenes y procedimientos fuera de la ESE Hospital Regional de Duitama, mientras se encontraba allí hospitalizado. Dentro de los que se encuentran, a saber:

- 9 de febrero de 2004: Ecografía abdomen total.
- 14 de febrero de 2004: Ecocardiograma modo bidimensional y Doppler color.
- 20 de febrero de 2004: Doppler cardiaco – reporte ecocardiográfico, electrocardiograma y ecocardiograma (anexo 2)

2.7.- En junta médica llevada a cabo el 20 de febrero de 2004 en la Fundación Abood Shaio de Bogotá se señaló respecto del menor en cuestión:

“Se considera que por el momento no requiere un procedimiento quirúrgico cardiovascular, pues se encuentra protegido de hipertensión pulmonar con su estenosis pulmonar moderada.

(...)

Si el paciente requiere un procedimiento quirúrgico por su fístula enterocutánea este deberá realizarse, conociendo los riesgos inherentes a su cardiopatía de base.” (Anexo 2)

2.8.- En reporte de Historia Clínica remitida por la ESE Hospital San Rafael de Tunja se verifica que el 21 de febrero de 2004 el menor Tobito Suárez ingresó al servicio de urgencias de dicha institución. Se registraron, entre otras, las siguientes anotaciones (fl. 280-332): *“Paciente remitido de Hospital Regional Duitama – Paciente lactante menor con cuadro clínico de 9 días de evolución consistente en salida de materia fecal verdosa fétida por el ombligo”.*

Se registraron como impresiones diagnósticas: “Fístula enterocutánea y cardiopatía congénita”.

2.9.- Posteriormente, en anotación del 25 de febrero de 2004 se registró como diagnóstico principal “Fístula enterocutánea secundaria” y como diagnóstico secundario: “Enterocolitis necrotizante”. También se registró en el resumen de atención médica:

“Paciente cuadro clínico de 19 días de evolución consistente en salida de materia fecal fétida por el ombligo que ha aumentado en los últimos días. Antecedentes patológicos: cardiopatía congénita compleja tipo ventrículo único, asplenia, enterocolitis necrotizante con perforación intestinal. (...) Diagnóstico: 1. Fístula enterocutánea secundaria a enterocolitis necrotizante, 2. Cardiopatía compleja tipo ventrículo único, 3. Asplenia. Paciente se hospitaliza para colocación de catéter central e iniciar nutrición parenteral y estudiar de dónde es la fístula, si es de intestino grueso o delgado. Se realiza fistulografía, se confirma que fístula era de intestino grueso, por lo cual se hace manejo médico. El 7 de marzo presentó picos febriles por lo cual fue necesario iniciar antibiótico y retirar el catéter central (...) actualmente paciente no presenta drenaje por la fístula enterocutánea (...) pero presenta deterioro de estado físico por sepsis por s. aureus y sospecha de endocarditis bacteriana secundaria a catéter central. Se remite al Hospital de La Misericordia para manejo”.

2.10.- En acta de reunión celebrada entre el cirujano pediatra tratante, el padre del menor Tobito Suárez, el delegado de la defensoría del pueblo, el subgerente de la ESE Hospital San Rafael de Tunja, el auditor médico y trabajadora social de Instituto Seccional de Salud de Boyacá el 25 de febrero de 2004 se consignó:

“Se inicia la reunión con la intervención del Doctor Uscategui quien expone la siguiente situación: El paciente de 4 meses de edad, ya conocido por él en el Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital Materno Infantil de Bogotá, tiene actualmente los siguientes diagnósticos:

- Malformación Congénita tipo ventrículo único.
- Fístula enterocutánea.
- Heterotaxia Visceral con asplenia.
- Situs inversus.

Explicándole al Padre del menor que lo anteriormente expuesto, configura al paciente como de “difícil manejo”, se interroga al Doctor Uscategui sobre la capacidad técnica instalada en el Hospital San Rafael y si ésta abarca el manejo inicial requerido para el paciente; quien responde enfatizando que sí es posible darle el manejo inicial al paciente y que en comienzo las actividades a seguir son:

- Hospitalizar de inmediato al paciente
- Realizar estudios diagnósticos pertinentes
- Dar manejo con nutrición parenteral necesario para que cierre la fístula
- Dar manejo quirúrgico requerido si este fuera posible o necesario incluyendo todos los procedimientos terapéuticos pertinentes (transfusiones sanguíneas)
- A tener una respuesta “honesta” ante los familiares del paciente en cuanto a su evolución y posible manejo si se requiere en otro Hospital.

Por su parte el Instituto Seccional de Salud por intermedio del Auditor Médico, manifiesta que hasta el momento el manejo médico

ha sido cubierto en su totalidad por el I.S.S.B. en todo lo concerniente a Estudios diagnósticos y atención hospitalaria que ha requerido el niño; en concordancia a que el paciente pertenece al SGSSS, como vinculado, y que ante la situación actual que presenta el menor y ante los requerimientos del Hospital, los suministros hospitalarios necesarios seguirán siendo asumidos por dicho Instituto.

El representante de la Defensoría del Pueblo acata y acuerda que el manejo expuesto es el más idóneo y conveniente para la salud del menor y está de acuerdo en que la atención brindada hasta ahora ha sido adecuada y expone al padre del paciente que la petición de él fundada en la nota de Bienestar Familiar no es pertinente pues no son estos los idóneos para dictaminar sobre el manejo quirúrgico de un paciente.

Por último, el padre del menor al ser preguntado si entiende y acepta lo manifestado por el Doctor Uscategui, a lo cual contesta que entiende y acepta el tratamiento que se ofrece y la institución en la que se brinda, pero solicita que antes de realizar cualquier tipo de transfusión sanguínea, se agoten en lo posible, otras alternativas de carácter médico y científico distintas a la transfusión.

Se decide inmediatamente traer al niño de Duitama para ser hospitalizado, el Instituto enviará la ambulancia. " (fl. 64-66)

2.11.- En oficio del 10 de marzo de 2004 suscrito por el Cirujano Pediatra del Hospital San Rafael de Tunja se dispuso la remisión del menor Tobito Suárez a la Fundación Hospital La Misericordia de Bogotá. Se señalaron los siguientes antecedentes médicos: (fl. 41 Anexo 3)

"Paciente con antecedente de Cardiopatía congénita tipo ventrículo único y estenosis pulmonar, Situs inverso y Asplenia Que nació en el Instituto Materno Infantil, Durante el periodo neonatal presentó Enterocolitis necrotizante con peritonitis que no recibió manejo quirúrgico por las enfermedades de base del paciente que en ese momento contraindicaron la cirugía. La evolución posterior del cuadro clínico fue la resolución espontánea, con sobrevida del paciente y ausencia de oclusión intestinal por lo cual se reinició la vía oral y el paciente egresó del Instituto materno infantil con suplencia de oxígeno. Hace aproximadamente 1 mes presenta salida de materia fecal por el obligo por lo cual es remitido a ésta institución. Con diagnóstico de Fístula enterocutánea del colon transversal se inició Nutrición parenteral total a través de cateter central colocado por venodisección humeral derecha. La fístula evolucionó a la mejoría con disminución del gasto y ausencia de producción desde hace 2 días.

(...)

El paciente presenta hoy deterioro de su estado general, hipoactividad, deshidratación, dificultad respiratoria leve por lo cual se remite para manejo en UCI.

DX Actuales: Sepsis secundaria a posible endocarditis bacteriana, secundaria a infección del catéter central. - Fístula Enterocutánea (Colon transversal en resolución)".

2.12.- En reporte de Historia Clínica remitida por la Fundación Hospital de la Misericordia de Bogotá se verifica que el 10 de marzo de 2004 el menor Tobito Suárez ingresó a dicha institución. Se registraron, entre otras, las siguientes anotaciones relevantes (fl. 343 - Anexo 3): *"Paciente remitido del Hospital San Rafael de Tunja, tiene antecedente de cardiopatía congénita tipo ventrículo único y estenosis pulmonar, situs inversus y asplenia. En periodo neonatal ECN con peritonitis que fue manejado médicamente (cirugía contraindicada x enfermedad de base) con reducción desde el 6 de febrero. Padres notan salida de materia fecal por ombligo por lo que hospitalizan en Duitama. Remiten a Tunja el 25 de febrero. Realizan fistulografía - fístula enterocutánea de colon transversal."*

Las impresiones diagnósticas anotadas fueron:

1. Sepsis por catéter
2. Endocarditis bacteriana a descartar
3. Fístula enterocutánea en proceso de cierre
4. Antecedente de Canal A-V completo - ventrículo único derecho
5. Vaso en D mal posición
6. Estenosis pulmonar
7. DNT

2.13.- El menor Tobito Suárez ingresó a los servicios de Unidad de Cuidado Intermedio y Lactantes, donde permaneció hasta el 14 de marzo de 2004, día de su fallecimiento. Se registraron diagnósticos finales:

- Sepsis por catéter
- Fístula enterocutánea
- Ventrículo único
- CIA
- Estenosis pulmonar moderada
- Asplenia
- Secuela FCN
- Retardo del Desarrollo Psicomotor
- DNT crónico

2.14.- En anotación del 14 de marzo de 2003 se consignó:

“Se atiende llamado de enfermería, quienes encuentran paciente cianótico, sin respuesta a estímulo externo.

Se encuentra paciente en asistolia sin esfuerzo respiratorio. Se inició por parte de enfermería maniobra de reanimación básica con masaje cardíaco con apoyo ventilatorio con presión positiva. Se pasa dosis de adrenalina 0,04 mg, se realiza intubación orotraqueal (...) con adecuada expansión torácica. Se pasa nueva dosis de adrenalina sin respuesta (...) se suspende maniobra de reanimación a las 16:00, se establece hora de muerte 16:00.”

En cuanto a las circunstancias relacionadas con el ejercicio de la actividad industrial y su impacto ambiental se verifica que:

2.15.- Fue allegado al plenario copia del expediente administrativo No. 290 contentivo del proyecto “Ampliación planta municipio de Nobsa” adelantado por Cementos Boyacá S.A. -hoy Holcim S.A.- ante el Ministerio de Ambiente (fl. 278, 345 y anexos Rta Oficio 318).

2.16.- Mediante Resolución No. 0620 del 29 de diciembre de 1994 el Ministerio de Ambiente otorgó a Cementos Boyacá S.A. -hoy Holcim S.A.- una licencia ambiental ordinaria para la ejecución de la obra de expansión y cambio de sistema de producción de la planta cementera ubicada en el municipio de Nobsa (fl. 859-866 y anexo Rta Oficio 318).

2.17.- La anterior licencia fue modificada a través de las siguientes Resoluciones:

No.	Fecha	Objeto
406	28/04/1995	Prorrogar el término para la presentación de la reestructuración del Plan de Manejo Ambiental de contingencia ante Corpoboyacá (fl. 57-59 anexo Rta Oficio 318 I).
704	25/07/2002	Aprobó la actualización del plan de manejo ambiental y el co-procesamiento de aceites usados como combustible en el horno cementero y de residuos como: plásticos impregnados con plaguicidas, detergentes, adhesivos, bebidas, alimentos, hidrocarburos y medicamentos, plásticos no impregnados, fibras que no posean asbesto, pesticidas, agroquímicos, cenizas del proceso de incineración excepto las provenientes de incineradores hospitalarios. (fl. 867-900, 457-480 anexo Rta Oficio 318)
005	07/01/2003	Modificar la Resolución No. 704 del 25 de julio de 2002 en el sentido de autorizar el co-procesamiento de otros materiales y desechos peligrosos (fl. 901-912, 523-534 anexo Rta Oficio 318).

1148	16/08/2005	Autorizar el almacenamiento temporal y co-procesamiento y disposición final de llantas usadas y nuevas con desviación de calidad en el horno de producción de Clinker de la planta cementera. (fl. 913-923, 761-771 Rta Oficio 318).
------	------------	--

2.18.- CORPOBOYACÁ otorgó a Cementos Boyacá S.A. -hoy Holcim S.A.- permiso de emisiones atmosféricas y vertimientos para la planta ubicada en jurisdicción del municipio de Nobsa, por el mismo término de duración de la licencia ambiental ordinaria conferida por el Ministerio de Ambiente, tal como se verifica en la Resolución No. 781 del 11 de octubre de 1999 (fl. 196-198, 447-449 y anexo Rta Oficio 318).

2.19.- Mediante Resolución No. 679 del 26 de diciembre de 2001 CORPOBOYACÁ modificó la anterior Resolución en el sentido de autorizar el co-procesamiento de residuos peligrosos, como actividad generadora de emisiones y vertimientos, así como su almacenamiento, tratamiento y disposición final (fl. 199-202, 432-435 y anexo Rta Oficio 318).

2.20.- En concepto Técnico No. 400 del 27 de mayo de 2004 se rindió el informe de visita de seguimiento realizada por funcionarios del Ministerio de Ambiente a la planta de producción de cemento de Holcim S.A. durante los días 2 y 3 de abril de 2004. De dicho informe se extraen lo siguiente:

“Emisiones atmosféricas: (...) Es importante destacar que para la gran parte de estos procesos, HOLCIM (COLOMBIA) S.A. ha implementado filtros de mangas con el fin de minimizar la emisión de material particulado, a los cuales se les realiza periódicamente mantenimiento preventivo y correctivo.

La generación de gases y vapores, se presentan por fuentes fijas, en la chimenea por donde se evacuan los gases provenientes de la combustión del horno (HOLCIM cuenta con un filtro de mangas de 12 cámaras para depurar los gases residuales del horno y del aire caliente del molino vertical de rodillos); (...) los vehículos que son utilizados para el cargue de cemento están obligados a permanecer apagados mientras se realiza la actividad de cargue, con el fin de minimizar la emisión de gases contaminantes.

Con el objeto de contar con un control y monitoreo permanente de las emisiones atmosféricas generadas en el horno de clinkerización, se instaló un equipo de monitoreo continuo de emisiones marca OPSIS en la chimenea principal del horno. Este equipo permite monitorear continuamente en tiempo real los siguientes elementos: Sox, NOx, NO, CO, Benceno, Tolueno, HBr, PST, CO, CO2,(...)

Para garantizar su continuo funcionamiento se realizan calibraciones anuales, así como un estudio isotécnico, en el que se

incluyen además los compuestos que no son medidos por el OPSIS, como metales pesados, dioxinas y furanos.

(...)

Residuos sólidos generados en la planta: La planta cuenta con un programa de manejo integral de residuos sólidos, consistente en separación en la fuente mediante recipientes debidamente identificados, almacenamiento en sitios establecidos, reciclaje de madera, papel y cartón, devolución a proveedores de residuos industriales y la disposición final en el horno cementero para los residuos que no son reutilizables o reciclables.

Los residuos como vidrio, residuos de laboratorio, mangas de los filtros, filtros de aceite y aire, tierras contaminadas con ACPM, lodos, finos de Clinker, caliza de rechazo, aceites usados se disponen en el horno.

(...)

Estado de cumplimiento de los programas que conforman el Plan de Manejo Ambiental:

(...)

3.1.2. Co-procesamiento de residuos:

Actividades de: Identificar fuentes de residuos, muestreo periódico de control de calidad, base de datos "huella dactilar", verificación cumplimiento base de datos, embarque residuo rechazado, homogenización del material, Co-procesamiento en el horno, embalaje para los residuos, marcado y etiquetado para recepción de residuos, ficha de seguridad del residuo, almacenamiento de líquidos y almacenamiento de sólidos y lodos: **SÍ cumple.**

(...)

4. CONSIDERACIONES TÉCNICAS:

A continuación se presenta un análisis de los diferentes componentes ambientales, con base en la evaluación del informe de cumplimiento ambiental presentado por HOLCIM (COLOMBIA) S.A. correspondiente al año **2003:**

(...)

4.2. EMISIONES ATMOSFÉRICAS Y CALIDAD DEL AIRE

4.2.1 Calidad del aire:

El informe de cumplimiento ambiental presentado por HOLCIM, correspondiente al año 2003; contempla un estudio de calidad del aire en el área de influencia de la Planta de Producción de Cemento, para Partículas Totales en Suspensión (TSP), desarrollado entre el 9 y el 20 de julio de 2003, en tres puntos diferentes durante 10 días continuos. Las concentraciones de este parámetro obtenidas durante el monitoreo, se comparan con la norma de calidad de aire establecida en el Decreto 02 de 1982 del Ministerio de Salud. El estudio contempla además la aplicación de un modelo de dispersión para determinar el efecto de las emisiones en la calidad del aire de los alrededores de la planta.

Los sitios donde se ubicaron los equipos de muestreo fueron los siguientes:

- Punto 1: Nobsa (...)
- Punto 2: Chameza (...)
- Punto 3: Mina en Iza (...)

El estudio de calidad del aire se desarrolló entre el 09 y el 20 de julio de 2003 (...) siguiendo las metodologías aprobadas en el Decreto 948 de 1995 emitido por el Ministerio de Ambiente y el Decreto 02 de 1983 del Ministerio de Salud.

(...)

Con respecto a los resultados:

De acuerdo con los resultados, las concentraciones de Material Particulado para cada uno de los puntos de muestreo, presentan concentraciones por debajo de la norma de calidad del aire diaria y anual ajustada a las condiciones locales según el Decreto 02 de 1982. Se debe tener en cuenta que la comparación con la norma local anual no es aconsejable debido a que el número de muestras es reducido y no se ha efectuado a lo largo de los 12 meses como lo indica el Decreto 02 de 1982. Sin embargo, de mantenerse la tendencia de los datos obtenidos durante los 10 días de monitoreo, es de esperarse que los promedios anuales no superen la norma local anual.

(...)

4.2.3. Emisiones atmosféricas

(...)

Con respecto a los resultados

A continuación se presentan los resultados de los monitoreos de emisiones atmosféricas por fuentes fijas realizados en julio de 2003

(...)

De acuerdo con el análisis que se presenta en el cuadro anterior, las emisiones atmosféricas por puentes fijas cumplen con la normatividad ambiental en cuanto a la emisión de material particulado, establecida en el Decreto 02/82.

En el siguiente cuadro se presentan los resultados de las evaluaciones de SO₂ y NO_x que se obtuvieron en el horno de producción de Clinker, según el monitoreo realizado en julio de 2003. Se debe aclarar que el Decreto 02 de 1982 no contempla límites permisibles para la emisión de SO₂ y NO_x en plantas cementeras; no obstante lo anterior, los resultados del monitoreo a pesar de no corresponder a un proceso de eliminación (corresponden solo al proceso de producción de cemento) se comparan con los límites de emisión establecidos en la Resolución No. 0970 de octubre de 2001 (bajo los cuales se debe realizar la eliminación de plásticos contaminados con plaguicidas en hornos de producción de Clinker de plantas cementeras)

(...)

Del cuadro anterior se puede concluir que los valores de emisión de Óxidos de Azufre u Óxidos de Nitrógeno en el horno de producción de clinker se ajustan a los valores límites de emisión establecidos en la Resolución No. 0970 de 2001.'

Evaluación de las emisiones atmosféricas en el horno de producción de Clinker, para condiciones de coprocesamiento de residuos:

Teniendo en cuenta que en el horno de producción de Clinker de la planta cementera de Holcim se lleva a cabo la eliminación de tierras y plásticos contaminados con plaguicidas en el coprocesamiento de residuos, la empresa llevó a cabo en diciembre de 2003 una

evaluación de las emisiones atmosféricas mediante muestreos isotécnicos en la chimenea del horno de producción de Clinker (...)

(...)

De acuerdo con el anterior cuadro, para los parámetros monitoreados -Material particulado (PST), cloruro de hidrógeno (HCl), fluoruro de hidrógeno (HF), monóxido de carbono (CO), dióxido de azufre (SO₂), Óxidos de Nitrógeno (NO_x), Mercurio (Hg)- se puede concluir que las emisiones resultantes del coprocesamiento de tierras y plásticos contaminados con plaguicidas en el horno de producción de Clinker, cumple con los límites máximos permisibles de emisión establecidos en la Resolución No. 0970 de 2001.

(...)

5. RESULTADOS DEL SEGUIMIENTO – CONCEPTO

5.1. De acuerdo con lo identificado durante la visita de seguimiento y revisados los informes de monitoreo con relación al componente atmosférico y al recurso hídrico, se observa un adecuado manejo ambiental de la planta de producción de cemento por parte de HOLCIM (COLOMBIA) S.A. y el cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental del proyecto.

(...)

5.4. De acuerdo con los resultados del monitoreo de la calidad del aire realizado en el área de influencia de la planta de producción de cemento, las condiciones atmosféricas a nivel de inmisión se ajustan a la reglamentación ambiental vigente con relación al parámetro Material Particulado reglamentado en el Decreto 02 de 1982.

5.5. Las emisiones atmosféricas por fuentes fijas de la planta de producción de cemento cumplen con la normatividad ambiental en cuanto a la emisión de material particulado, establecida en el Decreto 02/82. Así mismo, según los resultados de los muestreos de emisiones realizados durante el año 2003, se puede concluir que los valores de emisión de óxidos de Azufre y óxidos de Nitrógeno en el horno de producción de Clinker, se ajustan a los valores límites de emisión establecidos en la Resolución No. 0970 de 2001, tomados como referencia.

5.6. De acuerdo con los resultados de los muestreos en chimenea que se han llevado a cabo en el horno de producción de Clinker, bajo condiciones de alimentación del horno de tierras y plásticos contaminados con plaguicidas; se puede concluir, de acuerdo con los parámetros monitoreados que las emisiones atmosféricas cumplen con los límites máximos permisibles de emisión establecidos en la Resolución No. 0970 de 2001.

(...)

5.9. HOLCIM (COLOMBIA) S.A. cumplió con el requerimiento de construcción de una bodega de acopio o almacenamiento para residuos especiales. El personal que labora en esta área cuenta con su dotación personal respectiva. (...)” (Anexo Rta Oficio 318)

2.21.- En concepto técnico del 15 de marzo de 2005, CORPOBOYACÁ se pronunció respecto del trámite de modificación

de licencia ambiental para el co-procesamiento de llantas, solicitado por Holcim S.A. ante el Ministerio de Ambiente, señalando lo siguiente:

"3. CONSIDERACIONES AMBIENTALES

Según los muestreos realizados al producto final (clinker) se observa que las características físicas y químicas no cambian ya que los residuos del co-procesamiento se combinan y los materiales minerales base para la fabricación del cemento los absorben.

(...)

Los procedimientos desarrollados para el desarrollo de la prueba piloto de disposición de llantas y la toma de muestras de las emisiones se desarrollaron con esquemas metodológicos acertados, así mismo los métodos utilizados para la determinación de contaminantes de las emisiones son adecuados ya que se tomaron los que se encuentran establecidos en el manual de la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos – EPA.

Los niveles de contaminación obtenidos en la caracterización de emisiones durante la prueba piloto, muestra que la variación de las concentraciones de contaminantes es mínima respecto al proceso normal de fabricación de Clinker, así mismo es de mencionar que todos los parámetros se encuentran por debajo de la norma.

4. CONCEPTO TÉCNICO

El documento presentado (...) referente al desarrollo de la prueba piloto del Coprocesamiento de llantas (...) contiene información técnica suficiente para determinar que el coprocesamiento de llantas es una alternativa viable técnica y ambientalmente (...) se considera que asegura un control adecuado de las emisiones contaminantes" (Anexo Rta Oficio 318)

2.22.- CORPOBOYACÁ allegó informe consolidado de "muestreos isotécnicos" presentados por Holcim S.A. durante los años 2004 a 2017. (fl. 1226-1227) Del informe correspondiente al año 2004 se extraen las siguientes conclusiones:

"7.1. La emisión promedio diaria de MP DE 10.66 KH/H DEL HORNO DE CLINKER ESTÁ 97% por debajo de la NEP del art. 54 del Dec. 02/82 de 350 kg/h. Por otra parte, la altura de la chimenea de 103 m es superior a la altura reglamentada por el Art. 70 del Dec. 02/82 de 52m, para evacuar las emisiones de SO₂ al ambiente.

7.2. La emisión de 2.73 kg MP/H del enfriador está 99% por debajo de la norma del Art. 60 del Dec. 02/82 de 250 Kg/h.

7.3. La emisión de 2.38 Kg MP/h teniendo en cuenta el efecto burbuja del Art. 111 del Dec. 948/95 (...) está 99% por debajo de la norma de 162 Kg/h establecida de acuerdo con el Art. 61 del Dec 02/82."

Del informe correspondiente al año 2005 se extraen las siguientes conclusiones:

“6.1. Las concentraciones emitidas de TPS, NOx, As+Be+Cr, Cd+Pb y Hg, resultantes del Co-procesamiento de tierras contaminadas con plaguicidas, en el horno Holcim (Colombia) S.A., cumplen con los máximos límites de emisión establecidos en la Resolución 458/2002 del Ministerio del Medio Ambiente y por lo tanto, su incidencia sobre la salud pública de los habitantes de Nobsa y demás poblaciones cercanas y sobre los ecosistemas ambientales en la vecindad de la plante, se puede considerar de bajo riesgo.

6.2. De manera general se presenta un incremento de las concentraciones de metales pesados debido a la adición de tierras contaminadas con plaguicidas con respecto al muestreo realizado son Co-procesamiento.

6.3. Las concentraciones de partículas obtenidas para las tres pruebas, muestreo Blanco y Test Tierras I y Test Tierras II de Co-procesamiento se mantienen dentro de un rango con desviación estándar baja (aproximadamente el 5%).” (Anexo Rta Oficio 318).

2.23.- En informe aportado por CORPOBOYACÁ, respecto del comportamiento de la calidad del aire y monitoreo continuo de material particulado (PM10) y gases contaminantes en el Valle de Sogamoso, durante el primer semestre de 2006, se consignó que *“los promedios diarios reportados no sobrepasan en ningún momento la norma”* (fl. 203-204, 256-259).

2.24.- Las pruebas testimoniales practicadas en el curso del proceso dieron cuenta de las circunstancias que, en orden a la resolución del problema jurídico, se reseñan a continuación.

- Rosa Alicia Suárez León – vecina de residencia de los padres del menor Juan David Tobito, quien manifestó:

“(…) el niño nació enfermito, toda la vida había sido con oxígeno, no se lo podían quitar para nada, ellos lo llevaban siempre al hospital de acá, a Tunja, a Bogotá y para el poderse trasladar yo veía que pedía ayuda a las empresas de los buses para poder trasladar el niño. (...) A él le toco poner tutela para el servicio del oxígeno, porque al niño se le infectó demasiado el ombligo y por ahí se le salía el popó, fue cuando lo trasladaron a Bogotá. Les tocó luchar muchísimo para poder salvar ese niño y comprar la droga que le formulaban, inclusive le quitaron el oxígeno, y lo mandaron para la casa, el niño se agravó y vino un médico a la casa y le ordeno colocar nuevamente el oxígeno (...) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento si el niño JUAN DAVID TORITO SUAREZ nació con alguna anomalía genética, en caso afirmativo cuál. CONTESTÓ: Si, el nació enfermito, era algo sobre los órganos del estómago.”

Al interrogatorio formulado por el apoderado de la parte actora respondió:

"(...) PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si le consta o tiene conocimiento en qué empresa entidad o si o laboraba MANUEL NONIO TOBITO para la época posible de haber engendrado al menor y durante la gestación. CONTESTO: El era vigilante en Belencito. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si por algún medio tuvo conocimiento o le consta sobre las condiciones del sitio donde el señor Tobito prestaba sus servicios de vigilante en Belencito. CONTESTO: NO, no me consta. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si por algún medio ha tenido conocimiento respecto a que en el sitio donde laboraba como vigilante MANUEL ANTONIO TOPITO en Belencito existían depósitos de Neftalina u otros productos químicos. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Manifieste el despacho si por algún medio usted ha tenido conocimiento que desde el año 2003 en la planta de Cementos Boyacá hoy conocida como HOLCIM se están quemando desechos y residuos tóxicos peligrosos que contaminan el aire y que afectan la salud de las personas y de animales. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si tiene conocimiento de las afectaciones en su salud consecuentemente de la quema de residuos tóxico peligrosos en Cementos Boyacá hoy HOLCIM que afectan actualmente a los habitantes de Nobsa, y en general a los que habitamos en el llamado corredor industrial en las ciudades de Sogamoso, Nobsa, Belencito, Tibasosa y otras. CONTESTO: No señor, hasta ahora me entero."

- **Carmen Rocío León González** - vecina de residencia de los padres del menor Juan David Tobito, quien manifestó:

"PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento si el niño JUAN DAVID TOBITO SUÁREZ nació con alguna anomalía genética, en caso afirmativo, cuál? CONTESTO: Que el papa trabaja en vigilancia en Cementos Boyacá, y por el motivo de tantos químicos del ambiente de pronto el ambiente influyó en el embarazo de la señora, porque ambos son normales. El organismo era al revés, el corazón estaba a la derecha. PREGUNTADO: ¿Sabe usted qué tratamiento recibió el niño JUAN DAVID TOBITO SUAREZ al nacer y en qué entidad? CONTESTO: Nació en Bogotá, empezaron a acudir al Hospital Regional de Duitama, lo trasladaron a Tunja, y a Bogotá, no sé qué tratamiento le prescribieron. (...) PREGUNTADO: Los esposos TOBITO SUÁREZ tienen más hijos?. CONTESTO: Si señora una niña de nombre ERIKA YOBANA TOBITO SUÁREZ, tiene entre 13 y 14 años. PREGUNTADO: La menor ERIKA YOBANA TOBITO tiene algún problema congénito de nacimiento?. CONTESTO: No señora, normal. PREGUNTADO Durante la gestación del menor JUAN DAVID TORITO, sabe usted en qué lugar permaneció la madre SONIA ESPERANZA?. CONTESTO: En la casa, ella se la pasaba en la casa, no trabajaba mientras estuvo embarazada. PREGUNTADO: sabe usted si la señora SONIA ESPERANZA SUÁREZ padece de alguna enfermedad que le haga ingerir medicinas permanentemente?. CONTESTO: No señora la distingo normal, siempre normal. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento si en la familia de MANUEL ANTONIO TOBITO SALAMANCA o en la familia de SONIA

ESPERANZA SUÁREZ SUÁREZ, algún familiar padezca problemas congénitos, o enfermedades congénitas? CONTESTO No señora, normal. (...)”

Al interrogatorio formulado por el apoderado de la parte actora respondió:

“PREGUNTADO: Manifieste al despacho si le consta o tiene conocimiento cuál era la alimentación que consumía MANUEL ANTONIO TOBITO SALAMANCA y SONIA ESPERANZA SUAREZ SUÁREZ para la época del embarazo del niño JUAN DAVID. CONTESTO: Los alimentos normales, sus comidas común y corriente verduras, frutas, carne, pollo, sopas, y sus antojos que dan en el embarazo, no bebían no fumaban. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si le consta o tiene conocimiento que los esposos TOBITO SUAREZ frecuenten el consumo de bebidas alcohólicas o sean adictos a la drogadicción, porqué? CONTESTO: Los distingo hace 17 años, y no consumen droga ni alcohol, MANUEL por ahí en ocasiones familiares. (...) PREGUNTADO: Manifestó usted en una de sus respuestas anteriores que el posible ambiente había podido haber influido en el problema de los órganos del niño JUAN DAVID, sírvase explicar por qué razones se indica en tal afirmación. CONTESTO: Porque es que en Belencito por los humos y todos los ambientes que hay, han venido muchos problemas de enfermedades. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si ha tenido conocimiento que en el horno de cementos Boyaca hoy Holcim se están co-procesando o quemando residuos tóxicos peligrosos o químicos traídos de otros departamentos, incluso de fuera de Colombia y si usted le consta o tiene conocimiento, de alguna reacción o protesta por dicho co-procesamiento o quema. CONTESTO: Comentarios que se hacen en el pueblo Duitama, que llegan muchas enfermedades, la gente se enferma de ese ambiente. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho todo cuanto le conste o tenga conocimiento respecto a contaminación ambiental originada por la quema o co-procesamiento de residuos tóxicos peligrosos de cementos Boyacá, la contaminación del ambiente y afectación de la salud de los habitantes y seres vivos de Nobsa, Duitama, Sogamoso y las demás ciudades o poblaciones integrantes del llamado corredor industrial de Boyacá. CONTESTO: Al fondo así bien bien no, comentarios que la gente hace. PREGUNTADO: Manifieste despacho todo cuanto le conste o tenga conocimiento sobre el sufrimiento, trauma aflicción y toda afectación moral que haya sufrido MANUEL ANTONIO TOBITO, SONIA ESPERANZA SUAREZ y la menor ERIKA TOBITO SUAREZ, consecuentemente de los problemas del menor JUAN DAVID, y de su consecuente muerte. CONTESTO: Si, la mamá pues al ver su bebé que murió quedé triste, quedó traumatizada al ver ese incidente del bebé, que tenía ese problema con él quedó traumatizada, la hermanita Erika igual, el papá también.”.

- **María Eva Silva Salamanca** – amiga de la familia Tobito Suárez, quien manifestó:

“Antes de que naciera el menor, la madre se mandó a tomar un examen donde el médico el Dr. Toloza, le informó que el niño nacería con complicaciones y por esta razón fue necesario que la trasladaran a la ciudad de Bogotá donde allí nació el menor y por el dicho de la esposa, me comentó que habían durado un mes en cuidados intensivos y lo remitieron a la ciudad de Duitama para que continuara en cuidados intensivos, porque el parecer el niño nació sin un órgano: el vaso y otras complicaciones. Cuando lo trajeron acá a Duitama, yo lo visité en esa ocasión tendría como 3 meses (...) y como al mes fue necesario que lo remitieran al Hospital porque el oxígeno no se lo mandaban a tiempo. Cada vez que se le acababa el oxígeno era un problema para ellos, porque a veces la empresa no se lo despachaba o la secretaria de Salud no se lo autorizaba, en una ocasión se le acabo el oxígeno, lo remitieron al hospital y el médico de turno le quitó el oxígeno manifestando que se fuera acostumbrando el bebe a depender del oxígeno, duró como un día sin oxígeno, pero el niño se ponía moradito y ellos nuevamente recurrían a las entidades públicas, con el objeto de que le prestaran todo el apoyo, ya que para ese entonces ninguno de los dos trabajaban, y recurrían a todas las entidades públicas con el objeto de que le prestaran todos los auxilios para poder salvar a su bebé. Después me enteré que el niño fue remitido a Bogotá, viajaron los dos y cuando regresaron me manifestaron que había fallecido el niño, que no pudieron traerlo a Duitama por no tener los recursos suficientes. PREGUNTADO: Conoce usted a MANUEL ANTONIO TOBITO Y SONIA ESPERANZA SUAREZ, en caso afirmativo cuánto tiempo hace y por qué motivo. CONTESTO: Hace como unos 17 años, MANUEL ANTONIO siembre se ha desempeñado como vigilante y yo soy amiga de la mamá de SONIA ESPERANZA, por esta razón los conozco, igualmente cada vez que ellos tienen alguna inquietud me la hacen saber y se ha formado una amistad con ellos. (...) PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento si el niño JUAN DAVID TORITO SUÁREZ nació con alguna anomalía genética, en caso afirmativo cuál. CONTESTO: Después de la ecografía, que el niño nacía con complicaciones no se sabía cuáles eran, cuando nació le faltaba uno de los órganos, el vaso, esto es que al tomar el aire le faltan las defensas, es como el filtro, el niño va muriendo lentamente por que le faltan las defensas. Durante los 3 primeros meses se fue complicando su salud porque tenía otros problemas internos del corazón y al no tener defensas en el hospital de Duitama, se le prendió una enfermedad viral se le escamaba la piel al bebecito. (...) PREGUNTADO: Los esposos TOBITO SUÁREZ tienen más hijos. CONTESTO: Si una niña, que actualmente tiene 14 años, de nombre ERIKA YOBANA. PREGUNTADO. La niña ERIKA YOBANA tiene algún problema congénito de nacimiento?. CONTESTO: No, yo la conozco desde pequeña y actualmente creo que estudia en la Presentación de Duitama, ha tenido un desarrollo normal. PREGUNTADO: Durante el tiempo de la gestación del menor JUAN DAVID TORITO sabe usted en qué lugar permaneció la madre SONIA ESPERANZA. CONTESTO: Acá en Duitama, creo que para esa época no trabajaba”.

Al interrogatorio formulado por el apoderado de la parte actora respondió:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si tiene conocimiento o le consta, en qué actividad desempeñaba o

trabajaba MANUEL ANTONIO TOBITO para la época en que pudo engendrarse el niño JUAN DAVID. CONTESTO: Siempre ha trabajado en vigilancia desde que lo conozco, y para esa época trabajaba en Belencito como vigilante. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si le consta que MANUEL ANTONIO TOBITO y SONIA ESPERANZA SUAREZ o sus familiares hayan presentado alguna enfermedad O afectación de tipo genético. CONTESTO: Que sepa no, conozco a los padres de SONIA ESPERANZA, todos son normales, lo mismo que a los familiares de MANUEL ANTONIO y son normales también. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho todo lo que le conste o tenga conocimiento relacionado con la orden de alguno de los médicos del hospital regional de Duitama, que ordenara la suspensión del oxígeno al menor JUAN DAVID TOBITO, que fuera remitido del hospital a la casa de sus padres y las complicaciones que allí se presentaron. CONTESTO: Pues cada vez que ellos estaban desesperados, me llamaban que qué podían hacer y una noche me dijeron que iban a llevar al bebe al hospital porque se les había acabado el oxígeno y era necesario hospitalizarlo para que pudiera obtener el oxígeno, pero el médico de turno del hospital ordenó la suspensión del mismo para que se fuera acostumbrando, los devolvió para la casa, el niño duró aproximadamente 18 horas sin oxígeno y se ponía negrito, todo decaído y nuevamente creo que le ordenaron oxígeno y al colocarle el oxígeno nuevamente revivía, como era difícil que le dieran la bala de oxígeno porque le duraba como 3 días, y para que le volvieran a ordenar el oxígeno que era costoso la secretaria de Salud le autorizaron sino un millón de pesos, pero el oxígeno vale para esa época como trescientos mil pesos y en casi menos de 15 días ya habían superado ese presupuesto y por eso fue necesario nuevamente que lo llevaran al hospital donde la madre permanecía día y noche. (...) PREGUNTADO: Afirma MANUEL ANTONIO TOBITO SALAMANCA, que para el año 2000 cuando trabajaba como vigilante para la empresa Acerías Paz del Río lo ubicaron en diferentes sitios donde existían grandes cantidades de productos químicos utilizados para el procesamiento del hierro, que contaminaban el aire y que esa situación pudo haberlo afectado o intoxicado para el momento de engendrar el pequeño niño a que nos hemos venido refiriendo, sírvase manifestar al despacho todo lo que le conste o el conocimiento que tenga al respecto. CONTESTO: Pues, considero que si porque ya es de público conocimiento que en HOLCIM DE COLOMBIA se vienen quemando tóxicos que han perjudicado no solo la salud de los vecinos de Sogamoso y sus alrededores, sino que también viene ocasionando problemas genéticos, como el caso del menor MANUEL TOBITO y su esposa, (...) más adelante se puede comprobar que ninguno de los dos tiene problemas sino que es a raíz de que el señor MANUEL TOBITO prestara sus servicios en Belencito, se generó que su bebé naciera con problemas debido a la alta contaminación que actualmente y para esa época tiene las municipios de Sogamoso, Belencito, Nobsa y que es un problema que salió también a nivel nacional de los tóxicos que inicialmente entraron a la costa, que ninguna empresa o ningún departamento se quería hacer cargo de estos tóxicos pero nuestro departamento de Boyacá fue uno de los que los recibió y la empresa Holcim de Colombia es la que viene quemando tóxicos que han contaminado esta provincia y que nosotros como boyacenses no hemos reaccionado al grave problema de contaminación, no solamente de la quema de estos desechos sino de los hornos de caliza también que existen, es así que este departamento de Sogamoso ocupa el segundo lugar de contaminación y que hemos dejado pasar y que cada día que pasa aparecen enfermedades o virus(...). PREGUNTADO: ha afirmado en una de sus respuestas que el menor

JUAN DAVID TOBITO SUÁREZ nació sin baso, aparece demostrado igualmente que el daño genético, se complementaba con afectación al sistema inmunológico; que pueden presentasen malformaciones, arritmias cardíacas, deformidad de los miembros, síndrome de Down, artritis, cáncer en diferentes partes del cuerpo, afectaciones de las vías respiratorias, digestivas y reproductivas, actualmente afectando a varias personas residentes en Nobsa y en general en las poblaciones que están en el área de influencia donde se está procesando o quemando sustancias tóxicas peligrosas y que afectan a las comunidades integrantes de las poblaciones integrantes del llamado corredor industrial, sírvase manifestar qué conocimiento tiene o qué le consta. CONTESTO: Pues, me consta directamente lo del menor JUAN DAVID, porque pude ver en un dictamen médico y el niño tenía no solo la falta del órgano del baso, sino otras malformaciones de tipo genético, donde le afecta órganos vitales como el corazón y el hígado, del corazón con la sola arritmia cardíaca y con la falta del baso, un ser humano no puede vivir. (...)”

- Manuel Antonio Tobito – padre del menor Juan David Tobito Suárez, quien luego de referirse al diagnóstico y patologías que se registraron en la historia clínica y señalar que tanto su esposa como él tenían hábitos saludables de vida respondió:

“PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento del origen de estas enfermedades? RESPONDIÓ: Todo empezó “creo, para mí” que siempre trabajé en seguridad desde los 18 años cuando estaba en Acerías Paz del Río. Nos dieron una instrucción, era que (...) a los 15 días de entrar a trabajar le daba a uno amigdalitis y tocaba acostumbrarse. (...) me tocaba como recorredor y había un químico que se llama neftalina, estoy hablando del 2002 y normalmente trabajé, no sabía que eso me iba a afectar a mí, nunca pasó nada, con mi hija nunca pasó nada, vuelvo y le digo: desde los 18 años he trabajado en seguridad. Creo y estoy totalmente seguro que fue allá donde me afectó mi cuerpo había también lluvia de químicos allá (...) habían basuras. (...) PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho si ha tenido relación laboral o ha desempeñado sus funciones como guarda de seguridad en Holcim Colombia. ERESPONDIÓ: en Holcim no era guarda, era escolta estático exactamente. PREGUNTADO: Laboró en Holcim Colombia S.A.? RESPONDIÓ: Sí. PREGUNTADO: En qué fechas? RESPONDIÓ: en el 2009 (...) eran contratos de un año (...) PREGUNTADO: Recuerda Usted en qué año trabajó en Acerías Paz del Río a través de esa empresa de seguridad? RESPONDIÓ: (...) en el 2002 (...) allá si duré varios años (...) PREGUNTADO: cuando laboraba en Acerías Paz del Río le hacían chequeos médicos? RESPONDIÓ: No señor (...) la vigilancia interna de Acerías nos pasaba revista, (...) nos daba inducción cada 8 o 15 días, pero no más (...) PREGUNTADO: Algún familiar suyo padeció una enfermedad que pueda considerar extraña? RESPONDIÓ: No señor. (...)”

- Sonia Esperanza Suárez – madre del menor Juan David Tobito Suárez, quien luego de referirse a las características de la enfermedad del menor descritas en la historia clínica, respondió:

“PREGUNTADO: Usted recuerda qué decían los médicos de la causa de estas enfermedades? RESPONDIÓ: Ellos nunca nos explicaron las razones, (...) PREGUNTADO: Para los años 2002, 2003, 2004 dónde residía? RESPONDIÓ: En Duitama. (...) PREGUNTADO: Para los años 1999 a 2002 a qué se dedicaba? RESPONDIÓ: Al hogar, en ese momento el que trabajaba era Manuel. (...) PREGUNTADO: Ha tenido una relación laboral directa con Acerías Paz del Río? RESPONDIÓ: No. (...) PREGUNTADO: En dónde recibió los controles médicos? RESPONDIÓ: En el Hospital de Duitama (...) mensualmente. PREGUNTADO: Cómo se desarrollaron esos controles? RESPONDIÓ: era lo normal, le toman la arritmia cardiaca del bebé, el peso, (...) que mandaran tomar más exámenes no, el único fue el de sangre al principio del embarazo (...) después no me mando toar ecografías ni exámenes de ninguna especie, ya fue hasta el último control del mes, cuando pedí la cita con el Dr. Toloza, (...) el me remitió para el Hospital Materno Infantil de Bogotá porque era un embarazo de alto riesgo (...) el niño duró allá en incubadora un mes (...) lo remiten no para la casa sino para el Hospital Regional (...) permanece en habitación pero con oxígeno (...) que yo recuerde un mes, después de ese mes lo remiten para la casa. PREGUNTADO: En ese mes, cuáles eran las atenciones que recibía el menor? lo RESPONDIÓ: muy regulares (...) yo veía que no estaban pendiente del niño (...) yo me daba cuenta que no recibía la atención médica que debería tener. Cuando llegó el momento que un doctor como a las diez de la noche nos dice que el niño ya no necesita su oxígeno que se vaya acostumbrando y que va a hacer la remisión para la casa (...) no lo llevamos para la casa, al siguiente día sus deditos sus labios empezaron a poner morados (...) llamaron a un médico (...) y el dice que de inmediato tenemos que trasladarlo a una institución para el oxígeno nos tocó irnos nuevamente para el hospital. (...) PREGUNTADO: Regresaron nuevamente al Hospital Regional de Duitama, cuánto tiempo permaneció allí el niño y qué atención se le brindó? RESPONDIÓ: no recuerdo cuánto duró, ahí era el oxígeno porque los médicos decían que no se podía hacer nada, ahí se le prendió como una sarna (...) el popó empezó a salirle por el ombliguito, no le brindaron la debida atención (...) siguió empeorando. (...) logramos ubicar lo del oxígeno, lo llevamos para la casa, la Secretaría de Salud no nos brindó la mejor atención en cuanto al oxígeno, en una ocasión la bala iba en mal estado, no nos daban ningún apoyo ni nada (...) al punto que a él le tocó poner la tutela (...) en la familia nunca hubo un caso como el que se presentó en Juan David”.

- Erika Johana Tobito – hermana del menor Juan David Tobito Suárez:

“PREGUNTADO: En su familia materna o paterna hay antecedentes de malformaciones como la de Juan David? RESPONDIÓ: No señora. (...) PREGUNTADO: Ha tenido una relación laboral con Acerías Paz del Río? RESPONDIÓ: No señora. (...) PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho si a lo largo de estos 25 años que tiene de edad ha sido diagnosticada con algún tipo de enfermedad, hospitalizada en un centro de atención médica? RESPONDIÓ: No he sido hospitalizada. PREGUNTADO: Enfermedad o padecimiento? RESPONDIÓ: No señor tampoco.”

- Sara Carolina Jiménez Fandiño - Representante legal de Holcim S.A. Prueba solicitada por las llamadas en garantía a efectos de esclarecer los hechos relacionados con la fecha de inicio del cómputo de la prescripción de la acción de cobro derivada del contrato de seguro. Expuso que sólo hasta el año 2017 Holcim tuvo conocimiento de la existencia del proceso, que el 1º de abril de 2005 se suscribió contrato de seguro con la aseguradora S.B.S. En cuanto al trámite de licenciamiento ambiental depuso:

“PREGUNTADO: Tiene conocimiento de las licencias ambientales que tiene que tener Holcim Colombia para el adelantamiento de su objeto social? RESPONDIÓ: Sí por su puesto, tenemos que tener licencia ambiental para la extracción, beneficio y transformación de minerales. PREGUNTADO: Tiene conocimiento que en algún momento estas licencias hayan sido revocadas? RESPONDIÓ: Estas licencias no se han vencido, la primera licencia que tuvo Holcim fue la resolución 620 de 1994 la cual se obtuvo de acuerdo con lo establecido en la ley 99 de 1993 y Decreto 1753 del 94. En ese entonces era el Ministerio de Ambiente quien debía otorgar la licencia para esta actividad. Posteriormente esa licencia ha tenido varias modificaciones, (...) siempre ha estado vigente, el cumplimiento de esta licencia siempre ha sido verificado por la autoridad competente, en su momento: Ministerio de Ambiente y posteriormente cuando las normas cambiaron: se remitió el expediente a Corpoboyacá y hoy en día es Corpoboyacá la que le hace seguimiento a la licencia que sigue vigente, que nunca ha sido declarada nula, está legal (...) remitimos informes de seguimiento anualmente y cada vez que la entidad lo requiera hace visitas de control. PREGUNTADO: Tiene conocimiento si alguna vez la alguna autoridad ambiental ha iniciado proceso sancionatorio contra Holcim por presunto incumplimiento a las normas ambientales? RESPONDIÓ: No recuerdo exactamente, lo que sí le puedo decir es que no se nos ha sancionado respecto de esta licencia. PREGUNTADO: Sabe si los empleados de Holcim han tenido enfermedades similares a las que sufrió en vida el menor Juan David Tobito (...) RESPONDIÓ: No tengo conocimiento y no ha sido revelado en nuestros estudios de seguridad industrial y salud.”

- Luz Saida Sambrano Barrera – Coordinadora de Medio ambiente de Acerías Paz del Río, quien luego de advertir que inició a laborar en dicha empresa en el año 2013 y que sus funciones son básicamente hacer seguimiento y control a los requerimientos de autoridades ambientales, e implementar buenas prácticas que permitan mejorar el desempeño ambiental a la planta, respondió:

“PREGUNTADO: Esas autoridades ambientales -ANLA y Corpoboyacá- realizan seguimiento al proyecto y cada cuánto? RESPONDIÓ: (...) aproximadamente cada año están haciendo visitas de control y seguimiento. (...) PREGUNTADO: Conoce si la autoridad ambiental en el marco de esas visitas realiza recomendaciones en materia de salud ocupacional o medidas

sanitarias? RESPONDIÓ: No lo realiza, no es de su competencia. PREGUNTADO: Ha tenido la empresa Acerías Paz del Río algún reparo de la autoridad ambiental o las autoridades ambientales en lo que respecta al manejo y gestión ambiental de las materias primas, residuos? RESPONDIÓ: No. PREGUNTADO: Ha tenido la empresa Acerías Paz del Río alguna sanción en ese sentido? RESPONDIÓ: No, hasta el momento no la ha tenido. PREGUNTADO: ¿Ha tenido conocimiento si para el año 2002, 2003, o 2004 disponía de licencia ambiental? RESPONDIÓ: (...) la planta industrial (...) no requiere licencia ambiental, (...) los permisos que involucran a la parte industrial son permisos de emisiones, concesiones de agua, vertimientos. Es lo que está marcado en la Ley. Licencia ambiental como tal no requiere. Hay un marco normativo donde refiere qué actividades requieren de licencia ambiental. En este caso no está marcado el proceso industrial (...) para la operación minera requiere licencia ambiental y para la operación industrial requiere permiso de emisiones, concesiones de agua y permiso de vertimientos. (...) PREGUNTADO: tiene conocimiento si para el año 2002 qué controles ambientales hacía alguna autoridad? RESPONDIÓ: para este caso la planta cuenta con sistemas de control de emisiones atmosféricas, filtros de manga, hidrociclones, cerramientos que permiten dar cumplimiento a lo establecido por la autoridad ambiental. PREGUNTADO: Es posible que un vigilante pueda afectarse por su labor en dicha empresa? RESPONDIÓ: Desde el punto de vista técnico no es posible que un vigilante se vea afectado porque no tiene contacto inicial con la materia. (...) las actividades de un vigilante no van a tener contacto con la naftalina o con las sustancias que usted -apoderado de la parte actora- me menciona. PREGUNTADO: Señala Manuel Antonio Tobito que él en su puesto de trabajo estaba muy cerca de la naftalina. Esta situación le podía afectar? RESPONDIÓ: los puntos de vigilancia son externos son perimetrales a la planta industrial, los únicos que pueden entrar a tener contacto son los trabajadores de proceso, para los cuales inclusive la compañía implementa medidas de seguridad a fin de evitar contacto con cualquier sustancia que los pueda afectar. PREGUNTADO: Ha tenido conocimiento durante su vinculación laboral con la empresa de alguna afectación en su integridad psicofísica por estar laborando dentro de la empresa. RESPONDIÓ: No tengo conocimiento.”.

- Gloria Elisa Perafan Tapia – Testigo técnico Profesional encargada del co-procesamiento de Holcim, quien manifestó:

“Estoy vinculada a Holcim desde noviembre de 1993, llevo 24 años con Holcim. PREGUNTADO: Qué conoce de los hechos del proceso. RESPONDIÓ: Arranqué en Holcim desde el 93 en Cali, no exactamente en el proceso que está mencionando. No conozco del caso en específico (...) salvo la convocatoria que me hace la compañía para hablar de un proceso técnico que se desenvuelve en la planta de cemento de los cuales llevo desde 2011. (...) a partir del 2011 ya vengo aquí a Boyacá a la planta de cemento a manejar específicamente el área de Eco-procesamiento Ltda que es una filial de Holcim limitado (...) funciona en la planta de cemento en Boyacá ubicada en Nobsa (...), en mayo de este año era la gerente de Eco procesamiento Ltda, actualmente soy Gerente Ambiental de Holcim Colombia de los tres segmentos: agregados, concreto y cemento. (...) PREGUNTADO: Qué es el co-procesamiento? RESPONDIÓ: La

técnica del co-procesamiento es hacer un proceso paralelo a uno ya existente: la planta de cemento fabrica clínker que es la materia prima para producir cemento. Paralelamente se hace la disposición de residuos para utilizarlos como combustible alternativo. Eso es lo que se llama co-procesamiento: aprovechar un proceso existente para potencializar un tema que son el manejo de residuos que están convirtiéndose en un pasivo ambiental y se genera una opción de energía renovable acá en Boyacá. PREGUNTADO: Co-procesar es igual a quemar residuos? RESPONDIÓ: No, es hacer el proceso paralelo al proceso existente de la producción de cemento. El tema que se relaciona al quemado es la incineración. Un horno de incineración quema porque su razón de ser es dar tratamiento de disposición final aun residuo. En el caso del co-procesamiento es aprovechar ese residuo para esa energía que está contenida en el residuo se pueda utilizar como un combustible alternativo renovable para reducir el uso de combustible no renovable que en este caso es el carbón (...) PREGUNTADO: Qué tipos de residuos son los que se utilizan para realizar el co-procesamiento? RESPONDIÓ: A Holcim se le otorgó la licencia ambiental para co-procesar ciertos tipos de residuos, esos residuos están señalados en la licencia ambiental (...) plásticos, textiles, algunas tierras que tienen valor calórico (...) PREGUNTADO: Quién o qué determina cuáles son esos residuos que resultan aprovechables? RESPONDIÓ: Primero la licencia, (...) tuvo un marco regulatorio interesante porque no había regulación en el país para el manejo del co-procesamiento. Lo que se hizo fue pruebas técnicas para definir qué residuo puede ingresar al horno que vaya en beneficio del tema ambiental pero que no vaya a generar impacto en el tema de la salud (...) a pesar de que la licencia permite co—procesar una serie de residuos, hay una política interna del grupo Holcim donde hay unos residuos que no se co-procesan (...) como son los residuos hospitalarios, los residuos radioactivos, residuos que tengan contenido de asbesto, que tengan ácidos minerales, residuos sin ninguna identificación, ni municiones ni explosivos. (...) PREGUNTADO: Con qué frecuencia se realizan los estudios de emisiones, ante quién se presentan? Quién los audita? Quién los vigila? RESPONDIÓ: Está la Resolución 909 de 2008 es la de estándares de emisión para fuentes fijas (...) ahí están los estándares que se deben cumplir en una planta de co-procesamiento (...) tienen una periodicidad (...) semestral para unos, para otros es anual y para la gran mayoría de todos los parámetros es on line, cada minuto cada segundo que se hace producción debemos evidenciar con medición on line (...) es el aval para poder hacer el co-procesamiento (...) PREGUNTADO: ¿Qué autoridades del orden nacional o territorial controlan el co-procesamiento? RESPONDIÓ: (...) Corpoboyacá, el ministerio que hace control y seguimiento y autoridades locales que piden todo lo que son las mediciones: que haya un cumplimiento, también velan y ratifican que se cumplen con el estándar en cada momento. PREGUNTADO: Con qué frecuencia esas autoridades vigilan y controlan el proceso del co-procesamiento? RESPONDIÓ: Las tablas de lo que son metales pesados está semestralmente, dioxinas y furanos anualmente, y mensualmente hay una revisión aleatoria de cualquiera de los parámetros y lo hacen visita sorpresa en planta. (...) PREGUNTADO: ¿Tiene conocimiento que para el año 2002 Holcim haya tenido licencia de co-procesamiento? RESPONDIÓ: Sí, la licencia está en la Resolución 704 de 2002 (...) se hicieron pruebas de quemado para poder dar la viabilidad del residuo que se puede co-procesar, se hizo ante autoridades ambientales, autoridades locales y la comunidad de la zona. (...) PREGUNTADO: Tiene conocimiento de que esas emisiones hayan podido tener incidencia en las malformaciones congénitas de la población de

Nobsa, Duitama y Sogamoso (...) del corredor industrial de Boyacá? RESPONDIÓ: (...) existe un límite estándar nacional que es igual de estricto al límite estándar internacional que Holcim cumple a cabalidad. Ese estándar que fue creado para no afectar a la salud lo cumplimos nosotros. PREGUNTADO: (...) tiene conocimiento que en el corredor industrial Nobsa, Duitama, Sogamoso, Tibasosa, Paipa existan personas con malformaciones congénitas o afectación por las emisiones atmosféricas? RESPONDIÓ: Tengo conocimiento del reporte que pidió en las mesas técnicas Corpoboyacá a la Secretaría de Salud (...) estándar de mortalidad y morbilidad del Valle de Sugamuxi, eso lo sacaron desde el 2005 donde se presentó que el tema y la afectación de la salud vienen muy ligados a otros temas que no tienen nada que ver con malformaciones. (...) PREGUNTADO: De los 23 24 años que lleva vinculada, alguno de los empleados ha manifestado algún tipo de afectación por participar en la exposición del co-procesamiento. RESPONDIÓ: (...) hay unos exámenes de salud ocupacional que realizan semestralmente y se revisa que el tema del proceso industrial no hay una afectación en el tema de salud de las personas.”

2.25.- En escrito radicado el 25 de noviembre de 2019, la **Pediatra** Zulay Adriana Carvajal Araque rindió dictamen pericial asignado a su cargo, exponiendo las siguientes conclusiones:

“Menor quien nace con malformaciones mayores a nivel del corazón que lo condiciona a tener un alto riesgo de fallecer desde el momento en que nace. Por tal razón la madre del menor fue remitida para que el menor recibiera atención en un nivel de mayor complejidad. La malformación cardíaca que presenta es una alteración estructural en toda la anatomía cardíaca que conlleva a alteración de la fisiología cardiovascular y de forma secundaria puede llevar a que algunos órganos que dependen del funcionamiento cardíaco se vean afectados, el tratamiento que se tiene para dicha malformación es paliativo y depende del estado clínico del menor.

(...)

El menor nace con otra malformación como es la asplenia. La asplenia es la ausencia del bazo, órgano que hace parte del sistema inmunológico ayudando a combatir infecciones. La asplenia es una condición que incrementa el riesgo de infecciones graves por bacterias agresivas que pese al manejo antibiótico adecuado tiene alta mortalidad.

(...)

Menor quien desde el nacimiento presenta alta probabilidad de morir por múltiples malformaciones orgánicas. Recibe manejo paliativo para malformación cardíaca, se complica en sus primeros días de vida con enterocolitis necrotizante, es manejada de forma conservadora en común acuerdo con los padres y especialista tratante por su pobre pronóstico de base. A los 4 meses requiere hospitalización para manejo de fístula enterocutánea recibiendo manejo médico establecido por cirujano, durante hospitalización se complica con sepsis asociada a estafilococo áureas y que aun recibiendo antibiótico dirigido para este germen, fallece” (fl. 1358-1361).

En audiencia de pruebas celebrada el 3 de febrero de 2020 (fl. 1374-1377), se llevó a cabo la contradicción del anterior dictamen pericial. Luego de referirse a los antecedentes del nacimiento y manejo hospitalario del menor Juan David Tobito Suárez, la perito manifestó las siguientes conclusiones:

"Es un paciente que nace con múltiples malformaciones, no solo la malformación cardíaca compleja (...) el manejo que se le da es paliativo, (...) considero que la atención que se le dio al paciente desde el punto de vista médico fue adecuada. (...) No encontré la historia de cuando le diagnosticaron la malformación y que debía ir a un cuarto nivel. (...) La historia clínica en ese entonces se manejaba manual, en algunas partes es difícil su interpretación (...) en términos generales considero que pude leer y entender muy bien la historia clínica. (...) El peritaje me corresponde a la atención del recién nacido y yo me baso en lo que está en la historia clínica (...)".

Luego de haberse surtido el traslado correspondiente del anterior dictamen, a los interrogantes, aclaraciones y complementaciones solicitadas por los apoderados de las partes, la perito respondió: "*Yo tuve conocimiento de la historia desde el momento que la mamá llega a la Clínica Materno Infantil. (...)*". Respecto de la causa de la muerte del menor señaló:

"En la última hospitalización el bebé tenía el diagnóstico de una fístula enterocutánea la cual su manejo está dado por suspender la vía oral e iniciar la nutrición parenteral. La alimentación se pasa por un acceso central, entonces requiere invasión (...) un paciente de alto riesgo de infección por estar invadido. Durante su hospitalización se encontró en los hemocultivos que se hallaron bacterias de estafilococo aurios, que es responsable, tiene alta incidencia de sepsis grave y de muerte. El paciente tenía criterios clínicos serios para pensar que estaba pasando por una sepsis, tenía compromiso de la función hematológica, compromiso de la función renal, el aislamiento del estafilococo, eso hace diagnóstico, por lo que yo considero que la causa directa de la muerte pudo haber sido la sepsis. (...) el 50% de los pacientes con sepsis tienen patologías subyacentes, en este caso como la malformación cardíaca y el síndrome de asplenia. La desnutrición crónica lleva inmunosupresión en algún grado en el menor y hace lleva que tengan alto riesgo de presentar infecciones severas, esta desnutrición considero, está asociada a que al inicio el recién nacido presentó un diagnóstico de una enterocolitis necrotizante que, en su manejo requiere suspender la vía oral y alimentación parenteral y la malformación cardíaca conlleva a que se consuma mayormente energía y eso no permita tener un buen peso. Creo que la desnutrición se debe a la patología de base. (...)".

En cuanto a la incidencia del estado de salud de los padres en las patologías que presentaba el menor, respondió: *"Yo no puedo decir que sea de un problema de salud de sus padres, en la actualidad se desconocen las causas de las malformaciones cardíacas, se consideran que son de tipo multifactorial. Hay una predisposición genética y también pueden influenciar factores ambientales, nutricionales, teratogénicos como la ingesta de medicamentos durante el embarazo, pero yo no puedo decir que la patología se relaciona a alguna condición de sus padres"*.

2.26.- En escrito radicado el 22 de noviembre de 2019, la **Ginecóloga Obstetra** Claudia Milena López López rindió dictamen pericial asignado a su cargo, exponiendo las siguientes conclusiones respecto de la atención médica prenatal brindada al menor Juan David Tobito Suárez y a su madre antes del nacimiento. En el informe, la perito expresó:

"Se realizó lectura y revisión completa del expediente, identificando datos escasos, imprecisos y limitados respecto a la valoración y atención prenatal realizada a la Señora Sonia Esperanza Suarez Suarez sin lograr definir las características del control prenatal ni los resultados de los estudios paraclínicos (reportes de laboratorio) e imagenológicos (ecografías) realizados a la Señora en mención durante el curso de la segunda gestación. Aparecen sólo reportes de VDRL no reactiva normal y prueba de tolerancia oral a la glucosa (PTOG) con resultados dentro de los parámetros normales (...) No se encuentran resultados de los demás paraclínicos.

Reposa formato de CLAP, con registro de un solo control prenatal, tardío (después de semana 26) con cifras tensionales prehipertensivas, sin datos que informen si se hizo estudio del trastorno hipertensivo asociado al embarazo.

Conclusión: la información que reposa en el expediente respecto a control prenatal realizado a la Señora Sonia Esperanza Suarez Suarez durante el embarazo del menor Juan David Tobito Suarez **no es suficiente** para permitir determinar o identificar posibles alteraciones, anormalidades o patologías que pudiesen favorecer la aparición de la malformación cardíaca congénita de tipo ventrículo único, situs inversus, transposición de grandes vasos, además de asplenia, estenosis pulmonar moderada que padeció el menor antes citado. No hay claridad si la paciente asistió de forma regular a las citas del control prenatal y si se realizó estudios paraclínicos o ecográficos previos a los aportados en el expediente." (fl. 1355)

En audiencia de pruebas celebrada el 9 de marzo de 2020 (fl. 1407-1422), se llevó a cabo la contradicción del anterior dictamen pericial. Luego de ratificar lo consignado en el escrito, la perito reiteró que no había sido posible obtener de la parte demandante información ni reportes de historial clínico de la atención prenatal brindada a la gestante y al menor Tobito Suárez. Expuso que la información que reposa en el expediente era demasiado limitada para poder *"enfocar*

la posible causa de la cardiopatía congénita". Además, que:

"(...) no se logran determinar claramente las características del control prenatal (...) solamente hay un registro de control prenatal en semana 38. Lo ideal es que estas pacientes inicien el control prenatal a más tardar en la semana 8 a 9 (...) Además, un hallazgo adicional que tuve (...) es que las tensiones arteriales de la paciente estaban en rangos pre hipertensivos y en ninguna parte de la historia clínica se evidencia que se le haya hecho estudio de un trastorno hipertensivo asociado al embarazo o que se haya logrado evidenciar qué tipo de alteración tenía. Entonces, por lo tanto, solamente teníamos unos reportes de laboratorio del último trimestre, no había ningún dato del primer y segundo trimestre, (...) con esos datos no es posible poder determinar si durante el embarazo o el progreso del embarazo la paciente estuvo expuesta a alguna sustancia, a algún medicamento, algún virus o alguna enfermedad que generara la alteración cardíaca y otro tipo de alteraciones anatómicas que cursó el feto en mención."

En cuanto a las posibles causas de las patologías que presentó el menor Tobito Suárez, pese a la ausencia de controles prenatales, la perito expresó:

"Uno de los objetivos del control prenatal es determinar los factores de riesgo que pueden favorecer a la aparición de alteraciones o lesiones en los fetos, sin embargo, la mayoría de las cardiopatías pueden surgir a pesar de que los padres tengan ningún tipo de factores de riesgo, (...) las causas de las cardiopatías son múltiples, son muchísimas y son muy variadas, puede ir desde (...) alteraciones genéticas, infecciones virales, exposición a sustancias, exposición a fármacos que producen teratogenicidad o alteración en la anatomía, edad de la madre, edad del padre, en este caso específico no sería posible determinar desde mi especialidad cuál pudo haber sido la causa de la cardiopatía. Lo importante es que la etiología de las enfermedades del corazón son múltiples. (...)".

El Despacho del Magistrado Sustanciador interrogó a la perito si dentro de su experiencia y conocimiento, así como en la literatura médica, existía alguna posibilidad de influencia medio ambiental en la etiología que presentaba el menor Tobito Suárez. La perito contestó que *"Sí existe la posibilidad pero son mucho más frecuentes las alteraciones genéticas, las alteraciones metabólicas que producen alteraciones cardíacas. Sí es posible pero no es la más frecuente"*.

2.27.- En escrito radicado el 14 de noviembre de 2019, el **Cardiólogo Pediatra** Carlos Alberto Gómez rindió dictamen pericial asignado a su cargo, resolviendo los interrogantes formulados por el Despacho del Magistrado Sustanciador, así:

"2.3.1 DETERMINAR CÓMO SE REALIZÓ EL PROCEDIMIENTO MÉDICO AL MENOR EN CADA UNA DE LAS INSTITUCIONES MÉDICAS Y SI EL MISMO FUE IDÓNEO.

Después de revisar las historias clínicas de la atención prestada al paciente, en las diferentes instituciones de salud en las que fue atendido (Instituto Materno Infantil Concepción Villaveces, E.S.E. Hospital regional de Duitama, Fundación Abbot Shaio, E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y Fundación Hospital de la Misericordia, considero que el análisis debe realizarse separadamente ya que en las 5 instituciones se manejaron diferentes patologías (cardíacas, abdominales, dermatológicas, infecciosas), por lo que desglosare las atenciones según la institución y su relación con la atención en cardiología pediátrica.

En el Instituto Materno Infantil Concepción Villaveces, se realiza el diagnóstico de la cardiopatía congénita compleja, asplenia y síndrome de heterotaxia y se maneja al paciente médicamente ya que presenta una enfermedad llamada enterocolitis necrotizante, pero padres no autorizan realización de cirugía para su manejo (laparotomía exploratoria) ni transfusiones sanguíneas, por lo que se encuentra varios días en estado crítico, pero progresivamente mejora. En esta institución el cardiólogo tratante les explica a los padres la gravedad de la situación y deja anotado... "desde el punto de vista cardiológico, por su cardiopatía puede vivir incluso tiempo indeterminado teniendo en cuenta que no hay estenosis pulmonar severa ni drenaje venoso pulmonar obstructivo, aunque la función ventricular está comprometida. Se puede considerar manejo ambulatorio dependiendo en gran parte de su patología gastrointestinal y evolución".

Según la lex artis y teniendo en cuenta el tipo de malformación cardíaca, **el paciente no requería en ese momento ningún tipo de intervención o cirugía cardíaca en dicho momento, por lo que la conducta del cardiólogo fue adecuada y pertinente.**

Después de 1 mes de hospitalización en dicha institución, contra-remiten al paciente a la E.S.E. Hospital regional de Duitama, previa nota en epicrisis de salida en la que refieren "paciente con cardiopatía compleja: ventrículo único- heterotaxia visceral – asplenia, perforación intestinal autolimitada, anemia, sepsis, desnutrición crónica. Es hijo de testigos de jehova. Cirugía, cardiología y los padres están de acuerdo en no hacer ningún procedimiento quirúrgico por su patología de base. Además los padres no permiten transfusión de sangre o sus derivados, únicamente recibe manejo de soporte"

Se concluye que tanto el personal médico como los padres eran conscientes de la gravedad de las malformaciones que presentaba el paciente y que se iba a continuar un manejo básico de soporte que incluía oxigenación, alimentación, retiro de analgésico potente.

En la E.S.E. Hospital regional de Duitama, el paciente es atendido en aproximadamente 11 oportunidades (cuando ingresa contra remitido, atenciones en urgencias, consulta externa de pediatría y dermatología, hospitalizaciones), por situaciones pediátricas (problemas con suministro de oxígeno domiciliario, dermatitis atópica impegitinizada, vomito, anemia, escabiosis y fistula enterocutanea). Dichas enfermedades no fueron desencadenadas o agravadas por la malformación cardíaca de base, por lo que no puedo emitir un concepto acerca de dichas atenciones.

En la última hospitalización en la E.S.E. Hospital regional de Duitama diagnostican la presencia de una posible fistula enterocutanea, probablemente asociada a la enterocolitis necrotizante que tuvo el paciente en sus primeros días de vida y remiten al paciente a la Fundación Abbot Shaio para concepto cardiológico. Allí realizan ecocardiograma y conforman una Junta Medico quirúrgica para emitir el concepto. Es importante anotar que los médicos (cardiólogos pediatras y cirujano cardiovascular pediátrico) que realizaron la junta, tenían amplia experiencia en el manejo de este tipo de pacientes, además de ser reconocidos a nivel nacional en el área de cardiología pediátrica y cirugía cardiovascular pediátrica. Como conclusión de la junta consideran que el paciente desde el punto de vista cardiovascular se encontraba estable, que "por el momento no requiere un procedimiento quirúrgico cardiovascular, pues se encuentra protegido de hipertensión pulmonar por su estenosis pulmonar moderada. El paciente requerirá más adelante aproximadamente entre los 10 y los 12 meses de edad un cateterismo cardiaco previo a definir la conducta quirúrgica, que de ser posible sería una anastomosis cavopulmonar superior derecha como primer procedimiento. Si el paciente requiere un procedimiento quirúrgico por su fistula enterocutanea este debe realizarse, conociendo los riesgos inherentes a su cardiopatía de base". Recomiendan realizar profilaxis antiendocarditis bacteriana previo a cirugía abdominal, controles por cardiología pediátrica (próximo control en 1 mes) y oxígeno por cánula nasal a 1 litro/minuto.

Teniendo en cuenta la lex artis y el tipo de malformación cardiaca, considero que el paciente no requería ningún tipo de intervención o cirugía cardiaca en dicho momento, por lo que la conclusión de la junta medico quirúrgica fue adecuada y pertinente.

Después del concepto cardiológico y ante la complejidad del caso (malformación cardiaca, asplenia, síndrome de heterotaxia y fistula enterocutanea), se realiza reunión el 25 de febrero del 2004, en la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, con el padre del paciente, personal del I.S.S.B., subgerente de este hospital, llegan al acuerdo de realizar el tratamiento de la fistula enterocutanea, en el servicio de cirugía pediátrica de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja ya que poseía la capacidad técnica instalada para proporcionar el manejo inicial al paciente y por lo tanto recomendaban hospitalizarlo, realizar estudios diagnósticos pertinentes, dar manejo con nutrición parenteral necesario para el cierre de la fistula enterocutanea, dar manejo quirúrgico requerido si este fuera necesario y ofrecer respuestas "honestas" a los familiares del paciente en cuanto a su evolución y posible manejo si se requería en otro hospital.

El paciente es hospitalizado en la noche del 25 de febrero del 2004, realizan fistulografía en la cual se confirma fistula enterocutanea a colon transversal (de bajo gasto). Cirugía pediátrica coloca catéter venoso central el 27 de febrero e inician nutrición parenteral, con disminución del gasto fecal a través de la fistula. Pero el día 11 de hospitalización (07/03/2003) presenta fiebre y secreción purulenta en el sitio de inserción del catéter venoso central, por lo que se retira, se toman cultivos de la punta y se inicia manejo con oxacilina - amikacina, pero el día 13 de hospitalización (09/03/2003) hay decaimiento general con deshidratación grado I y en hemograma de control hay deterioro importante con presencia de leucocitosis, presencia de bandas, por lo que el Dr. Uscategui solicita

ecocardiograma, se comunica con laboratorio quienes le reportan que en el cultivo hay crecimiento de staphylococcus aureus por lo que suspende oxacilina – amikacina e inicia ceftriaxona + vancomicina e inicia remisión a institución de IV nivel de complejidad que cuente con servicio de unidad de cuidados intensivos pediátricos e infectología pediátrica.

Quiero aclarar que la causa de esta hospitalización y del tratamiento recibido fue una patología abdominal que no fue influenciada por la malformación cardíaca del paciente por lo que no me considero el profesional idóneo para el análisis de las conductas realizadas.

Posteriormente el paciente fue remitido a la Fundación Hospital de la Misericordia, donde ingresa el 10 de marzo del 2019, trasladan a unidad de cuidados intermedios, continúan manejo establecido en E.S.E. Hospital san Rafael de Tunja (vancomicina+ ceftriaxona + nutrición parenteral). El 11 de marzo se realiza ecocardiograma pediátrico (Dra. Martha Reyes, cardióloga pediatra) quien reporta ventrículo único de morfología derecha, válvula AV única con 1 jet de insuficiencia moderada, defecto del septo auriculoventricular con CIA tipo ostium primum y CIA tipo ostium secundum, doble salida del ventrículo derecho con vasos en transposición y estenosis pulmonar moderada (gradiente estimado en 60 mmHg), función ventricular conservada, ausencia de signo sugestivos de endocarditis. El 12 de marzo realizan colocación de catéter venoso central femoral derecho sin complicaciones y por estabilidad clínica trasladan a piso de lactantes. El 13 de marzo reportes de hemocultivos evidencian Staphylococcus aureus sensible a vancomicina, continúan igual antibiótico. Por edema de miembro inferior derecho toman eco doppler venosos de miembro inferior en el cual se descarta trombosis venosa profunda, es un estudio normal. El 14 de marzo del 2019, en horas de la mañana se encuentra “paciente hemodinámicamente estable, no deterioro infeccioso”. En horas de la tarde, presenta paro cardiorespiratorio (asistolia), realizan maniobras de reanimación básica avanzada sin obtener respuesta, por lo que paciente fallece a las 16+00. El análisis de la atención en esta institución muestra que desde el punto de vista estructural, la cardiopatía congénita que presentaba el paciente NO había presentado deterioro con respecto a lo encontrado en Fundación Abbot Shaio y NO existían vegetaciones que sugirieran la presencia de una endocarditis bacteriana por Staphylococcus aureus, por lo que el manejo desde el punto de vista cardiológico no ameritaba cirugía cardíaca o realización de cateterismo cardíaco.

La atención de la infección o sepsis por Staphylococcus aureus en un paciente con asplenia, hace parte del campo de la infectología pediátrica por lo que no puedo emitir un concepto acerca de la idoneidad de este manejo ya que no soy el profesional adecuado para el análisis de las conductas realizadas en este aspecto.

2.3.2 DETERMINAR LAS CAUSAS DE LA MUERTE DEL MENOR JUAN DAVID TOBITO SUAREZ

El análisis de la posible causa de muerte de este paciente, es muy difícil de determinar, por varias razones. La más importante de ellas, es la ausencia de necropsia, para identificar con claridad la causa del deceso y poder asociarlo a alguna(s) de las patologías que presentaba. Como se expuso previamente, las enfermedades que presentaba el paciente (malformación cardíaca, asplenia) determinan un alto riesgo de morbilidad a corto plazo.

Posiblemente la hipótesis más plausible, es una sepsis por Staphylococcus aureus, teniendo en cuenta que a pesar de que el paciente estaba recibiendo el antibiótico adecuado, presentaba asplenia y que según la literatura reseñada "La mortalidad secundaria a una sepsis en estos pacientes es muy elevada (50-70%), sobre todo en menores de 2 años de edad".

Otra hipótesis, es la presencia de una arritmia fatal que pudo presentarse de manera súbita en la tarde del fallecimiento (aunque no existen datos en las historias clínicas que sugieran clínicamente que el paciente presentara una arritmia de larga evolución ya que tenía ruidos cardíacos rítmicos y en los ecocardiogramas la función ventricular era buena)

Otra posible causa de muerte, podría ser un episodio de sangrado del sistema nervioso central secundario a la trombocitopenia que presentaba el paciente.

Como queda expuesto la causa de la muerte es imposible de determinar ante la ausencia de una necropsia que no se practicó y que en la actualidad es imposible de realizar.

2.3.3 DETERMINAR SI LA CAUSA DE LA MUERTE DEL MENOR TIENE RELACION CON ANTECEDENTES PATOLOGICOS DE LOS PADRES Y SI ELLO REQUIERE DE ANALISIS MÁS ESPECIALIZADOS

Teniendo en cuenta la pregunta formulada por su despacho y de acuerdo a la supraespecialidad en cardiología pediátrica, el suscrito no cuenta con los conocimientos técnicos científicos o especializados para determinar si los antecedentes patológicos de los padres influyeron en la causa de la muerte del menor.

Tal como fue referido al momento de la toma de posesión en la audiencia del 20 de febrero de la anualidad, la especialidad que podría determinar la relación entre los antecedentes de los padres y el desarrollo de enfermedad en el menor, es Genética clínica, por lo cual esta respuesta no la puedo determinar y me remito a lo indicado en la diligencia pública.

2.3.4 DETERMINAR SI LA CAUSA DE LA MUERTE DEL MENOR TIENE RELACION CON LAS CONDICIONES AMBIENTALES DEL SECTOR EN EL CUAL VIVIAN LOS PADRES Y HERMANOS

Esta pregunta tampoco puede ser resuelta atendiendo mi condición de cardiólogo pediatra, por lo cual me remito a la respuesta anterior y para evaluar la relación de causalidad que pueden ejercer las condiciones ambientales, en el desarrollo de alteraciones cromosómicas y malformaciones congénitas se requiere el concepto interdisciplinario de Genética clínica e investigadores ambientales."

En audiencia de pruebas celebrada el 9 de marzo de 2020 (fl. 1407-1422), se llevó a cabo la contradicción del anterior dictamen pericial. Luego de ilustrar lo consignado en el escrito, el perito expresó:

"(...) La expectativa de vida en estos niños está determinada en gran parte, primero por la severidad de la cardiopatía y en este niño en particular por la asplenia. Saber que en la vida se tenía que enfrentar a 3 o 4 cirugías a corazón abierto (...) con alta posibilidad de infección operatoria (...) significa que la posibilidad de mortalidad siempre va a estar ahí (...) nació el 4 de octubre de 2003 en la Clínica Materno Infantil (...) cuál fue el problema?: que él nace y como parte de múltiples situaciones hace una infección intestinal que se llama enterocolitis necrotizante. (...) es una infección que puede ser potencialmente mortal y los papás en ese momento al ser testigos de jehová consideran con los médicos que lo estaban tratando para la perforación intestinal o enterocolitis. Lo manejan y el niño progresivamente va mejorando (...) estuvo de buenas y salió de esa. Después tuvo varias valoraciones por parte de pediatría en el Hospital de Duitama y empieza a desarrollar una cosa que se llama fístula enterocutánea. Esa enfermedad es una secuela probable de la enterocolitis y se estaba manifestando por la salida de materia fecal a través del ombligo, es una enfermedad que se manifiesta el 6 de febrero ósea 4 meses después de que nació. Esta es una secuela de la infección intestinal que tuvo al nacer. Ahí empiezan a manejarlo en el Hospital de Duitama y ellos de manera muy asertiva solicitan una valoración a la Fundación About Shaio (..) lo valoran dos cardiólogos pediatras y un cirujano cardiovascular pediatra. Ellos analizan el caso y dan un conceto que me parece importante que ustedes tengan en cuenta: colocan que por el momento no requiere procedimiento quirúrgico cardiovascular pues se encuentra protegido de hipertensión pulmonar por su estenosis pulmonar. (...)".

En cuanto a las causas del fallecimiento del menor expresó:

"Desde mi experticia no es posible determinarlas, porque no tenemos una necropsia que nos permita saber qué fue lo que pasó y poder hacer un análisis de causalidad. Porqué? Porque es un paciente que tenía muchos problemas. No solamente tenía una malformación cardíaca grave, sino también tenía una infección y también tenía una predisposición a hacer arritmias (...) no es posible determinar la causa por la ausencia de una necropsia. Hay varias hipótesis:

- Una sepsis por estafilococo (...) son graves si uno no tiene el bazo.
- Pudo haber sido una arritmia.
- Pudo haber sido un sangrado del sistema nervioso central (...) secundaria a trombocitopenia que es un conteo bajito de plaquetas (...)."

Respecto a la definición del carácter "congénito" de la malformación cardíaca que presentaba el menor, respondió: "*Congénitas son todas las malformaciones que se desarrollan durante la etapa de desarrollo fetal, o sea, todos los daños que se produzcan desde la concepción son alteraciones de tipo congénito (...)*".

Sobre la calidad del aire y del oxígeno aspirado por la progenitora y su incidencia en el feto, respondió:

“No tengo conocimiento de esa respuesta. Desde el punto de vista de lo que tiene que ver con la cardiología pediátrica y de las malformaciones (...) hablamos de que un 25% a 30% de las malformaciones cardíacas tienen un origen genético y ambiental, eso está en el último conceso de una revista americana que se llama Circulation en el año 2018. Ellos hacen una disgregación muy importante a cerca de cuáles pueden ser de origen genético y cuáles de origen ambiental. De ese 20% a 30% genético y ambiental ellos hablan de que más o menos un 2% de las malformaciones congénitas pueden ser producidas por problemas ambientales. La causa genética de este síndrome de herotaxia hace parte de la experticia de los genetistas clínicos. (...) Ya determinar relaciones causa – efecto, depende de situaciones particulares. (...) yo solicité un genetista clínico para poder establecer relaciones de causalidad entre las condiciones medio ambientales y este síndrome en particular más aun teniendo en cuenta que para poder establecer si era ambiental o genético se debía hacer estudios de los padres, ahí es donde está una zona gris muy grande que sólo un genetista clínico podría aclarar.”

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

Conforme a las proposiciones de las entidades demandadas, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, determinar si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción de reparación directa. De ser negativa la respuesta, deberá establecerse si las entidades demandadas son extracontractual y patrimonialmente responsables de las malformaciones y fallecimiento del menor Juan David Tobito Suárez, hijo y hermano de los demandantes.

3.1. De la caducidad de la acción.

Como se dijo, en primer lugar, corresponderá a la Sala pronunciarse respecto de la excepción de caducidad propuesta por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Sostuvo que, en el presente asunto, el inicio del cómputo del término de caducidad corresponde al momento a partir del cual los demandantes tuvieron conocimiento del daño, esto es, con el nacimiento del menor Tobito Suárez -4 de octubre de 2003-, por cuanto allí verificaron la presencia de las malformaciones físicas que presentaba el menor. Así, el plazo máximo para interponer la demanda era el 5 de octubre de 2005, empero, se instauró después de dicha fecha.

Al respecto, la Sala dirá que el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia se ha garantizado gracias al establecimiento de diferentes procesos y jurisdicciones, lo que comporta el deber de una pronta actuación. Al efecto, se han establecido legalmente diversos términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción.

Así, el fenómeno de la caducidad es una institución jurídico procesal a través de la cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción, con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad que tiene el conglomerado social de obtener seguridad jurídica y evitar la paralización del tráfico jurídico.

En esa medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que, por el contrario, apunta a la protección del interés general¹. Se trata de una institución de orden público, lo que permite colegir que es irrenunciable y que puede ser declarada de oficio por el juez cuando éste la debe. Por ello, la fijación de términos de caducidad para las acciones contencioso administrativas², si bien implica una limitación al derecho de los asociados para interponerlas, está encaminada a asegurar la eficacia de los derechos de las personas, racionalizando el acceso a la administración de justicia.

De tiempo atrás la jurisprudencia de Consejo de Estado ha definido la caducidad de la acción judicial como el fenómeno jurídico en virtud del cual, el respectivo usuario de la justicia pierde la facultad de accionar, es decir, de llevar sus desavenencias o pretensiones ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho a demandar dentro del término señalado en la ley, pues dicho término *"está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no hacerlo en aras de la seguridad jurídica"*³.

En suma, la configuración del fenómeno jurídico de la caducidad implica la extinción del derecho de acción cuando ha transcurrido el plazo fijado por el legislador y la parte interesada no ha acudido ante la administración de justicia, con el fin de reclamar la solución de la controversia. Razón por la cual, tradicionalmente, se ha considerado que la caducidad es una sanción a la pretermisión del litigante, pues con ella se presume que ha desistido o abandonado su interés para acudir al aparato jurisdiccional.

1. Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 1998.

2. Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994.

3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de junio de 2011. Rad. 23001- 23-31-000-1998- 09155- 01(21093).

Por su parte, en el numeral 8º del artículo 136 del CCA se dispone que, cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá interponerse *"al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble (...)." La norma en cita prevé dos momentos a partir de los cuales inicia el cómputo de la caducidad de la acción. El primero corresponde a la ocurrencia del hecho dañoso, mientras que, el segundo atiende al conocimiento del daño por parte del afectado. En este caso, el demandante deberá probar la imposibilidad de su conocimiento previo.*

Lo anterior quiere decir que, si bien en algunos eventos el hecho dañoso coincide con la configuración del daño, en otros, es posteriormente que se tiene certeza de su existencia. Así, para efectos de la caducidad de la acción de reparación directa deberá identificarse el momento a partir del cual la parte afectada tuvo conocimiento de la certeza de la existencia del daño. Como ya lo ha indicado la Sección Tercera del Consejo de Estado, una de las características del daño resarcible es que debe ser cierto, por tanto, *"no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas"*⁴. En este sentido, el daño cierto es aquel sobre el cual no existe duda sobre su ocurrencia porque es identificable el momento de su exteriorización o manifestación expresa. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expresado que *"... no resultaría plausible que el lapso de tiempo para presentar la demanda correspondiente se contabilice cuando dicho daño no se genera o no se hace visible de manera concomitante con cualquiera de los eventos transcritos, motivo por el cual, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que en dichos casos, el tiempo para la configuración del fenómeno procesal de la caducidad inicia para quien se encuentra llamado a acudir a la jurisdicción, desde el momento en que tuvo conocimiento del daño aludido o, en otras palabras, desde que éste se le hizo advertible."*⁵

Recientemente, la Corporación recordó⁶ que *"el criterio para el cómputo del término de caducidad, en los casos de lesiones a la integridad de las personas, lo determina es el **conocimiento del daño**, pero este puede variar cuando, por ejemplo, el mismo día del suceso no existe certeza del mismo, no se sabe en qué consiste la lesión o esta se manifiesta o se determina después del accidente sufrido por el afectado"*⁷. (Resalta la Sala).

4. Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, Exp. 2500023260002001-02469-01 (32.570), M.P. Hernán Andrade Rincón.

5. Sentencia del 13 de julio de 2017. Rad. 5400123310001997-13291-01. C.P. Danilo Rojas Betancurt.

6. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2019. Rad. 11001- 03-15-000-2019-04480-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Como se advierte de la causa petendi, la responsabilidad que se endilga a las demandadas deviene de la presunta configuración de una falla en la prestación del servicio de salud, así como de la contaminación generada en el corredor industrial de Boyacá, las cuales causaron el fallecimiento del menor Juan David Tobito Suárez.

En ese sentir, a juicio de la Sala, el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa no puede contabilizarse a partir del nacimiento del menor Tobito Suárez, pues en dicho momento, si bien se evidenciaron unas patologías y/o malformaciones, no existía un diagnóstico definitivo, no había certeza sobre las mismas ni de las consecuencias que traerían para la vida del menor. Tampoco, nada se conocía respecto de su origen. Es solo hasta el momento del fallecimiento *-14 de marzo de 2004-*, que se concreta de manera definitiva el daño invocado en la demanda. Por lo tanto, es evidente que, al momento de la interposición de la demanda *-11 de noviembre de 2005 - fl. 42-*, no se encontraba superado el término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA.

Por lo tanto, la excepción no está llamada a prosperar.

3.2. De la existencia del daño.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, la Carta Política de 1991⁸ estableció la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, que tiene como fundamento la existencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro. En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

La existencia del daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado, y la antijuridicidad de mismo significa que no debe ser soportado por el administrado, toda vez que, es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es irrazonable

7. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2018. Exp. 47308, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

8. 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.

independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración⁹.

A fin de iniciar el estudio de la posible responsabilidad de las entidades accionadas, la Sala procederá a determinar, en primer lugar, la existencia del daño alegado por los demandantes, como elemento principal del juicio de responsabilidad, toda vez que, como lo manifestó el maestro Fernando Hinestrosa: *"el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión que en su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos en la labor de las partes y el juez."*¹⁰

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que el daño debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario para demostrar la responsabilidad del Estado. Sobre el punto, la Sección Tercera se ha pronunciado, así:

"Porque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.

"La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión"¹¹.

En jurisprudencia posterior, la misma Sección expuso lo siguiente:

"Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

9. El daño en sí mismo constituye "toda afrenta a los intereses ilícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales y colectivos, que se presenta como lesión definitiva a un derecho o como alteración de su goce pacífico (...)". Juan Carlos Henao, tesis doctoral, Universidad de Paris 2 Pantheon-Assas, P. 133. – La responsabilidad extracontractual del Estado, XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición 2015.

10. Fernando Hinestrosa, Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. Extraído del texto El Daño, Juan Carlos Henao. Pg. 36.

11. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 17.412 MP. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras. Reiterada en sentencia Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera - Subsección A) MP. Martha Nubia Velázquez Rico. Del 19 de septiembre de 2019. No. 25000-23-36-000-2011-00247-01(49034).

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”¹².

Conforme a lo anterior, es claro que, si no se llegare a observar la presencia de un daño, el juicio de responsabilidad no encontraría fundamento alguno, ni procedería continuar con los demás elementos de la responsabilidad: *“si no hubo daño, o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultaría necio e inútil.”*¹³

En el presente caso, el daño alegado consiste en el fallecimiento de su hijo y hermano, Juan David Tobito Suárez, causado, según los demandantes, tanto por la presunta falla en la prestación del servicio de salud por parte de algunas de las entidades demandadas, así como por las acciones y omisiones relacionadas con la emisión de contaminación atmosférica y procesamiento de residuos tóxico peligrosos en el denominado “corredor industrial de Boyacá”, que produjeron alteraciones genéticas y malformaciones en su organismo.

Según Registro Civil de defunción obrante a folio 48, se tiene que el menor Juan David Tobito Suárez falleció el 14 de marzo de 2004. Así quedó consignado en reporte de historia clínica remitido por la Fundación Hospital de la Misericordia de Bogotá (Anexo 3). Así mismo, el Registro Civil de nacimiento del menor fallecido da cuenta que los demandantes Manuel Antonio Tobito, Sonia Esperanza Suárez y Erika Tobito Suárez, son padres y hermana del fallecido.

De conformidad con lo anterior, se encuentra demostrado el daño alegado por los demandantes.

12. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 28.389, M.P. Hernán Andrade Rincón. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: i) radicado No 38.824 del 10 de noviembre de 2017; ii) radicado No 50.451 del 10 de noviembre de 2017; iii) radicado No 42.121 del 23 de octubre de 2017; iv) radicado No 44.260 del 14 de septiembre de 2017; v) radicado No 43.447 del 19 de julio de 2017; vi) radicado No 39.321 del 26 de abril de 2017, entre otras. Reiterada en sentencia Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera - Subsección A) C.P. Martha Nubia Velázquez Rico. Del 19 de septiembre de 2019. No. 25000-23-36-000-2011-00247-01(49034).

13. Ibidem.

3.3. De la Imputación.

Este elemento del juicio de responsabilidad ha sido definido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado como "*la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello.*"¹⁴. En el plano fáctico, corresponderá determinar desde el punto de vista causal, si el resultado lesivo es atribuible a la acción u omisión del agente estatal¹⁵. En el marco de este análisis deberá verificarse la existencia del nexo causal entre la conducta del agente estatal y la ocurrencia del daño.

El Consejo de Estado ha decantado que el nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre la conducta del agente y el daño irrogado a la víctima y/o perjudicados. Para ello, se ha valido, principalmente de las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada. Conforme a la primera, se podía tener como causa del daño, cualquiera que antecediera a su ocurrencia. No obstante, en la actualidad, la teoría causal predominante es la segunda, según la cual, es causa eficiente y determinante del daño sólo aquella que, en el curso normal de los acontecimientos, tiene la entidad suficiente para producir el resultado lesivo¹⁶.

Por su parte, en el plano jurídico deberá establecerse el fundamento normativo que permita endilgar a la conducta activa u omisiva del agente estatal, la obligación de reparar el daño. La atribución de este deber jurídico operará conforme a los títulos de imputación desarrollados por el Consejo de Estado, a saber: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional¹⁷.

En el sub examine, son dos los hechos dañosos que, en la causa petendi de la demanda la parte actora atribuye al deceso del menor Juan David Tobito Suárez. Se aduce que precedieron como causas del fallecimiento: i) la deficiente prestación del servicio de salud a cargo de algunas de las demandadas, y ii) los niveles de

14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) - Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp: 66001233100020030074801 (34.796).

15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590) - Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569: "(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto.(...)"

16. Al respecto: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Exp: 54001233100019980032001(41330). - Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Exp: 05001232400019930028801 (13818).

17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E) - Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274, entre otras.

contaminación ambiental y atmosférica presentes en el corredor industrial de Boyacá, lugar donde habitaban los demandantes años antes y durante la concepción y vida del menor. Se señala que las patologías padecidas por aquel fueron la consecuencia de la contaminación producida por las incineraciones de desechos tóxico peligrosos realizada por Holcim S.A., desde el año 2001, sin contar con el debido licenciamiento y con la aquiescencia de las autoridades nacionales demandadas.

Debe recordarse que, bajo la actual jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en asuntos donde se controvierte tanto la responsabilidad extracontractual derivada de la prestación del servicio de salud, como aquella producto del ejercicio de actividades que generan contaminación ambiental, donde se reclama el reconocimiento y pago de perjuicios de carácter individual, el régimen aplicable es el subjetivo de falla probada del servicio. Según esto, y en aplicación del principio de carga de la prueba, ello impone a la parte actora acreditar todos los elementos de la responsabilidad. Esto es, el daño, la falla en la prestación del servicio de salud, así como en el ejercicio de la actividad industrial y el nexo de causalidad entre aquellos. Así lo ha reiterado la jurisprudencia del alto tribunal contencioso administrativo al sostener que: *"(...) existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue la causa eficiente del daño"*¹⁸.

En este punto, la Sala resalta que, en tratándose de la responsabilidad patrimonial de autoridades por daños al medio ambiente, a nivel doctrinal y jurisprudencial se ha establecido una distinción entre el tipo de daño ambiental objeto de reparación. La principal razón de ello tiene que ver con la escogencia del medio de control o acción a ejercer, así como con el régimen de responsabilidad, el régimen de carga de la prueba aplicable y la legitimación ad causam.

Es así que, se ha distinguido entre i) aquel menoscabo al ambiente entendido como derecho e interés colectivo, cuyo titular es la colectividad y cuya ocurrencia impacta a la población en general, y ii) el perjuicio individual generado como consecuencia de aquel. Así, el Consejo de Estado ha definido algunos rasgos de esta tipología de daño:

18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 19.101. C.P.: Ruth Stella Correa.

"11. En cuanto a los daños colectivos sobre el ambiente.

Según la Corte Suprema de Justicia en este caso se trata del perjuicio que recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual, cuyo titular es la humanidad o la colectividad en general, no un particular ni sujeto determinado, esto es, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y "exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las "cosas comunes" que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros'. (...)

11.1. Así las cosas, los daños irrogados a un interés colectivo afectan a la comunidad, pues el menoscabo se materializa sobre derechos de corte inmaterial cuya titularidad pertenece a toda la colectividad.

12. En cuanto a los daños individuales, consecuencia de la lesión ambiental. Si bien la afectación ambiental genera un perjuicio de naturaleza colectiva o "daño ecológico puro", también puede generar perjuicios de naturaleza particular, **daños individuales que son la consecuencia o el reflejo de la lesión ambiental**, conocidos por la doctrina como "daño ambiental impuro"; se trata de un perjuicio consecuencial, conexo, reflejo, indirecto o consecutivo, cuyo derecho no es de corte subjetivo-colectivo, sino subjetivo-individual. De modo que la afectación ambiental, no solo genera perjuicios de carácter colectivo cuyos damnificados en muchas de las veces están por establecerse o determinarse, sino también perjuicios individuales y concretos sobre un particular."

(...)

12.2. Así las cosas, el daño ambiental puro es cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora), causados por cualquier actividad u omisión, que supera los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano; mientras que el daño ambiental impuro se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que pueda soportar cada uno de estos."¹⁹

Conforme a lo anterior, debe precisarse que, por tratarse del régimen general de imputación y por no encontrarse catalogada como una actividad peligrosa²⁰, cuando se persigue la reparación de perjuicios derivados de la actividad de contaminación ambiental –

19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028). C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Reiterada en sentencia del 30 de noviembre de 2017. Rad: 08001-23-31-000-1997-12087-01(41363). C.P.: Danilo Rojas B.

20. Con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha entendido como actividad peligrosa aquella que "rompe el equilibrio existente, colocando a las personas ante el peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. La inminencia de un peligro que desborda la capacidad de prevención o resistencia común de los seres humanos, son las características determinantes para definir las actividades peligrosas". Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001. Rad. 12487. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

daño impuro-, por regla, el título de imputación aplicable es también el de falla probada del servicio. Máxime, en aquellos eventos en que se invoca que el daño obedeció a la falta de diligencia en el desarrollo de la actividad o a la inobservancia de la reglamentación que regula la materia, tal como aconteció en el presente asunto, donde, la parte actora advierte que las alteraciones genéticas y malformaciones congénitas que presentaba el menor fallecido devienen de los excesivos niveles de contaminación a lo largo del corredor industrial de Boyacá, es decir, del presunto indebido ejercicio de competencias y funciones administrativas e industriales.

Por lo tanto, no hay lugar a dar aplicación al régimen objetivo de responsabilidad, como lo sugirió la parte actora en los alegatos de conclusión, al afirmar que en esta clase de eventos *"al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho de la administración realizado en el desarrollo de la actividad riesgosa"*. No hay lugar a la configuración de un régimen objetivo cuando se endilgan omisiones en el cumplimiento de las normas reglamentarias. Debe resaltarse que, en algunos eventos, la materialización de riesgos no previsibles ni mitigables permite la aplicación del régimen en comento. Sin embargo, ello no acontece en el presente asunto, donde, según lo aduce la parte actora, Holcim S.A. no ha respetado los límites en materia de emisiones contaminantes y las autoridades ambientales han sido copartícipes de tal situación.

Como se dijo, al abordar el juicio de imputación el primer análisis debe dedicarse al estudio del nexo de causalidad, según lo cual, es causa eficiente y determinante del daño aquella que, en condiciones normales es apta para producirlo. Por lo tanto, deberá establecerse si, la causa eficiente y determinante del fallecimiento del menor Juan David Tobito Suárez fue la presunta deficiente prestación del servicio de salud y la situación de contaminación ambiental presentada en el corredor industrial de Boyacá, especialmente por el ejercicio de la actividad de co-procesamiento de residuos a cargo de Holcim S.A. Dicho de otro modo, si estas no hubieran tenido lugar, el daño no se hubiera producido.

La Sala destaca que, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado²¹, la prestación del servicio de salud es una actividad de carácter complejo que, además del acto médico propiamente dicho que tiene lugar dentro de la relación médico – paciente, se encuentra determinada por otra serie de actores y procedimientos, incluso de índole administrativo, que conllevan al

21. Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2014. Radicación número: 68001231500020010273001. C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

resultado final y que tienen lugar en distintos momentos durante la prestación del servicio, tales como:

"(...) todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades estas últimas que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Todas estas actuaciones integran el "acto médico complejo", que la doctrina, acogida por la Sala clasifica en: (i) actos puramente médicos; (ii) actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico, que por lo general son llevadas a cabo por personal auxiliar, en la cual se incluyen las obligaciones de seguridad, y (iii) los actos extramédicos, que corresponden a los servicios de alojamiento y manutención del paciente (...)"²².

La misma jurisprudencia ha establecido que por tener incidencia sobre el daño alegado, todas estas actuaciones hacen parte de la *causa petendi* de la demanda "porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso"²³.

Así las cosas, ha de recordarse que, en casos como el presente, por tratarse de un título subjetivo de imputación, la parte actora deberá acreditar además del daño, la existencia de una conducta activa u omisiva constitutiva de falla del servicio y la relación de causalidad entre esta y aquel. Sin embargo, se recalca que, aun cuando se diera aplicación al régimen objetivo de imputación, ello no es óbice para que la parte actora deba acreditar también la relación de causalidad. Valga recordar que, la aplicación del régimen objetivo resulta benéfica en la medida que, la prueba de la diligencia, pericia y cuidado no es suficiente para exonerarse de responsabilidad. Tan solo lo será la acreditación de una causa extraña.

Tanto en materia médica²⁴ como en materia de responsabilidad derivada del daño ambiental, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, en razón a la complejidad técnica y científica que rodea el ejercicio de dichas actividades, cuando las particularidades del caso así lo requieran, se acuda a un aligeramiento de la carga probatoria del nexo de causalidad,teniéndolo por acreditado, especialmente a través de prueba indiciaria que conlleve a la convicción suficiente para determinar en

22. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2016. Radicación número: 05001233100019990205901. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

23 .Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación número: 19.101. C.P.: Ruth Stella Correa.

24. Al respecto, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2012. Exp. 19001 23 31 1997 0233 01 (21.014).

alto grado de probabilidad, que la causa del daño fue el ejercicio de la actividad –médica o de contaminación ambiental-.

Ante la dificultad técnica y científica para la acreditación del nexo de causalidad, en sentencia del 20 de febrero de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado acudió al uso de la prueba indiciaria expresando lo siguiente:

"(...) resalta la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la repelida relación causal, el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente: la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante.

(...)
Así las cosas, cuando se presenta incompatibilidad probatoria que son el soporte de varias hipótesis de supuestos fácticos, el juez deberá privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica²⁵ o de probabilidad prevaleciente²⁶, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia, que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común²⁷."²⁸

En similar sentido, se había pronunciado la Corporación en sentencia del 30 de enero de 2013 al concluir: *"(...) la Sala echa de menos la prueba de la responsabilidad invocada en la demanda, no obstante las evidencias acreditan el nexo de causalidad, (...) pues en el expediente reposan elementos de juicio que permiten inferir razonablemente que la aspersión aérea de glifosato generó daño en el predio de los demandantes y afectó el medio ambiente"*²⁹.

Tal como se logró verificar a lo largo del historial clínico, que da cuenta de la estadía y tratamiento del menor Juan David Tobito Suárez en la ESE Hospital Regional de Duitama, y en la ciudad de Bogotá en el Instituto Materno Infantil, en la Fundación Abood Shaio

25. "La situación más complicada se da cuando existen diversos medios de prueba sobre el mismo hecho, pero discrepantes o contrarios entre ellos, porque algunos de ellos tienen a probar la verdad y otros tienden a probar la falsedad del enunciado acerca de la ocurrencia de ese hecho. En estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados [...] La elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica". TARUFFO, Michelle. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 141."

26. TARUFFO Michelle. La prueba de los hechos. Madrid, Trotta, 2002, pp. 325 a 326.

27. FERRER BELTRAN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 133.

28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2014. Exp. 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

29. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 18001-23-31-000-1999-0278-01 (22060).

y en el Hospital de la Misericordia, así como en la ESE Hospital San Rafael de Tunja y según lo corroboraron los testimonios rendidos por sus padres, así como lo sostenido por los peritos que participaron en el curso del debate probatorio, no hay lugar a duda que, desde su gestación presentó como diagnóstico "*malformación cardíaca congénita*". Luego del nacimiento fue diagnosticado además con: enterocolitis necrotizante del feto, anemias congénitas no clasificadas, infecciones propias del periodo perinatal, cardiopatía compleja: ventrículo único, heterotaxia visceral, situs inversus, asplenia, desnutrición crónica, estenosis pulmonar, fístula enterocutánea y sepsis. Desde su nacimiento presentó pronóstico incompatible con la vida.

En punto a las presuntas fallas en la prestación del servicio de salud al menor Tobito Suárez y a su madre, el apoderado de la parte actora recalcó de manera genérica que en todas las instituciones donde aquellos recibieron atención se presentaron falencias que conllevaron al deceso, pero sin explicar someramente circunstancias de tiempo, modo y lugar. Por ello, la Sala no ahondará en el análisis de la conducta desplegada por instituciones de salud como el Instituto Materno Infantil, la Fundación Aboot Shaio y el Hospital de la Misericordia de Bogotá, así como respecto de la ESE Hospital San Rafael de Tunja. Tales instituciones no hacen parte de los extremos de la litis, pues no fueron incluidas dentro de la parte demandada.

Así, se tiene que, conforme a lo señalado en el escrito de demanda, la parte actora reclamó la prestación de servicios de salud por parte del Ministerio de Protección Social, el departamento de Boyacá, el municipio de Duitama y la ESE Hospital Regional de Duitama. Frente a la primera no se formuló imputación alguna de su responsabilidad en el presente asunto. Respecto de la segunda entidad adujo la falta de suministro de ambulancia para el traslado de la gestante a la ciudad de Bogotá y la entrega de oxígeno domiciliario. En cuanto a las dos últimas aseveró que los servicios de salud que debían suministrar eran adecuados e ineficientes. Sin embargo, como se expondrá a continuación, tal como se acreditó con las pruebas periciales, no se logró demostrar que las actuaciones u omisiones de las entidades demandadas fueran la causa eficiente y determinante del daño invocado por los demandantes.

Las experticias rendidas por la pediatra Zulay Adriana Carvajal Araque, la gineco obstetra Claudia Milena López y el cardiólogo pediatra Carlos Alberto Gómez coincidieron en afirmar que las atenciones, tratamientos y procedimientos médico quirúrgicos brindados al menor Juan David Tobito Suárez después de su nacimiento fueron los adecuados conforme a la ciencia médica, a la

lex artis y a las patologías diagnosticadas. Luego del análisis del historial clínico, no evidenciaron anomalías o especiales circunstancias que llamaran su atención respecto de una eventual deficiente prestación del servicio de salud y su incidencia en el fallecimiento del menor.

En el peritaje rendido por la gineco obstetra Claudia Milena López se puso de presente que la ausencia de historia clínica prenatal impedía verificar las condiciones en que se llevaron a cabo los controles prenatales y la atención brindada antes del parto. Expuso que, la carencia del historial conllevaba a la imposibilidad de determinar las causas de las malformaciones y si con antelación o durante el embarazo, la gestante estuvo expuesta a algún factor externo –sustancia o virus- que pudiera afectar el desarrollo y crecimiento del feto. En la diligencia de sustentación y contradicción de este dictamen, el Despacho del Magistrado Sustanciador llamó la atención del apoderado de la parte demandante ante su falta de colaboración en proporcionar información adicional a la perito, aun cuando dicha experticia se había decretado por solicitud suya.

Así las cosas, del recaudo probatorio se extrae que el servicio de salud prestado a la señora Sonia Esperanza Suárez y a su hijo Juan David Tobito se prestó en adecuadas condiciones y conforme a las reglas de la ciencia médica. Las pericias practicadas no concluyeron que la causa del deceso del menor se debiera a la atención brindada en alguna de las instituciones de salud donde fue atendido.

La parte actora también atribuyó como causa de las malformaciones y patologías que conllevaron al deceso del menor Tobito Suárez: los niveles de contaminación ambiental presentes en el denominado corredor industrial de Boyacá en razón al co-procesamiento de residuos por parte de Holcim S.A. y Acerías Paz del Río. Dicha situación afectó la salud del progenitor y produjo las alteraciones genéticas con que fue diagnosticado.

Los testimonios rendidos por las señoras Rosa Alicia Suárez, María Eva Silva, Carmen Rocío León, Gloria Elisa Perafan y Manuel Antonio Tobito dan cuenta que, para la época de la concepción del menor Juan David Tobito –año 2002-, su progenitor se desempeñaba como vigilante –escolta estático- al servicio de Acerías Paz del Río en el municipio de Belencito (Boy.). Los testigos afirmaron que no conocían de la presencia de alteraciones genéticas en los padres, hermana y demás familiares del menor. Así mismo, que los padres de aquel conservaban hábitos de vida saludables, no ingerían sustancias psicoactivas ni alcohólicas que pudieran afectar su estado de salud. Por su parte, las testigos Rosa Alicia Suárez y Carmen

Rocío León advirtieron desconocer la presunta situación de contaminación en el corredor industrial y el aumento de enfermedades en la población, hecho que en la demanda se calificó como “hecho notorio”.

De otro lado, de las declaraciones rendidas por las señoras Sara Carolina Jiménez –Representante legal de Holcim S.A.-, Luz Saida Sambrano –Coordinadora de Medio ambiente de Acerías Paz del Río- y Gloria Esperanza Perafan –Encargada del área de co-procesamiento de Holcim S.A.-, se extrae que:

- Holcim S.A. desempeña la actividad de co-procesamiento de materiales bajo licencia ambiental contenida en la Resolución No. 620 de 1994, modificada por las Resoluciones No. 406 de 1995, 704 de 2002, 005 de 2003 y 1148 de 2005. Actos administrativos que se encuentran vigentes en la actualidad. No se le ha impuesto sanción alguna por el ejercicio de esta licencia.
- El cumplimiento de la licencia ambiental y el ejercicio de la actividad industrial y de co-procesamiento por parte de Holcim S.A. y de Acerías Paz del Río ha sido vigilado por las autoridades ambientales –Ministerio de Ambiente, ANLA y CORPOBOYACÁ- en el ámbito de sus competencias.
- En observancia de lo anterior, dichas autoridades realizan visitas de seguimiento anuales, semestrales y aleatorias sin previo aviso. Se realiza monitoreo permanente de los niveles de emisión de contaminaciones.
- El co-procesamiento de materiales cumple con los estándares nacionales e internacionales permitidos para tal actividad, tal como lo acreditan las autoridades ambientales. Los estándares permitidos no son perjudiciales para la salud.
- En ninguna de las visitas realizadas se han observado anomalías respecto de los límites de emisión de contaminación derivada del co-procesamiento de materiales.
- No se tiene conocimiento de la afectación del estado de salud de los trabajadores con patologías similares a las padecidas por el menor Juan David Tobito.
- Para el año 2002, Holcim S.A. tenía licencia para el co-procesamiento de materiales, contenida en Resolución No. 704 de 2002.

- Según informe de morbi mortalidad rendido por la Secretaría de Salud de Boyacá en el año 2005, dentro de las enfermedades presentadas por la población del Valle de Sugamuxi no se encontraban las malformaciones. Las patologías registradas obedecían a otras causas.

En efecto, al plenario fue allegado el expediente administrativo No. 290 contentivo del proyecto "Ampliación planta municipio de Nobsa" adelantado por Cementos Boyacá S.A. -hoy Holcim S.A.- ante el Ministerio de Ambiente en el que reposan los actos de licenciamiento y los reportes de las visitas practicadas en la planta cementera. Allí se verifica que Holcim S.A. cuenta con permiso de emisiones atmosféricas y vertimientos otorgado por CORPOBOYACÁ a través de las Resoluciones No. 781 del 11 de octubre de 1999 y 679 del 26 de diciembre de 2001, las cuales se encuentran vigentes.

De igual forma, según Informe Técnico de seguimiento No. 400 de 27 de mayo de 2004, rendido por contratistas del Ministerio de Ambiente luego de realización de visita in situ en la planta cementera, se corrobora que para esa época Holcim S.A. cumplía con los requerimientos normativos en materia de emisiones atmosféricas generadas en horno de clinkerización y co-procesamiento de residuos. En dicho informe se registró que para el año 2003 –época de nacimiento del menor- se cumplía con los parámetros de calidad del aire regulados en el Decreto 08 de 1982 y límites de emisión establecidos en la Resolución No. 970 de 2001. Así mismo, que las concentraciones de material particulado presentaban concentraciones por debajo de la norma de calidad del aire diaria y anual. También se corroboró que, para los años 2004 y 2005 la emisión de material particulado en horno Clinker se encontraba por debajo de los parámetros normales, tal como lo muestran los Informes de "muestreos isotécnicos" allegados por CORPOBOYACÁ.

Conforme a lo anterior, es evidente que la actividad de co-procesamiento de residuos por parte Holcim S.A. se ha desempeñado al amparo de las licencias ambientales y permisos de emisiones y vertimientos emitidos por las autoridades ambientales, especialmente el Ministerio de Ambiente y CORPOBOYACÁ, quienes para la época de los hechos del fallecimiento del menor y en la actualidad han realizado controles y vigilancia al ejercicio de dicha actividad industrial. Es así que, las respectivas licencias y permisos no han sido suspendidos y se encuentran plenamente vigentes. Los informes técnicos citados en los actos administrativos relacionados con el licenciamiento y concesión de permisos, y los que reposan en

físico en plenario –citados con antelación- dan cuenta que, aun antes de la concepción del menor Tobito Suárez, como durante su gestación y nacimiento, no se evidenciaron niveles de contaminación por fuera de los permitidos por las autoridades reguladoras en materia ambiental.

Razones por las cuales, la Sala concluye que, carecen de respaldo probatorio las afirmaciones relacionadas con los supuestos excesivos niveles de contaminación derivada del co-procesamiento de residuos a que se hizo alusión en la demanda. Punto sobre el cual, se resalta, la parte actora no ejerció actividad probatoria alguna, pues a juicio de la Sala, era necesario demostrar la existencia de los alegados niveles de contaminación, pero ello no sucedió. Da cuenta de lo contrario la información que reposa en el expediente administrativo No. 290, relacionado con el proyecto “Ampliación planta municipio de Nobsa”, adelantado por Cementos Boyacá S.A. -hoy Holcim S.A.- ante el Ministerio de Ambiente. De igual manera, se evidenció que al menos dos de los testigos manifestaron desconocer sobre la presunta situación de contaminación y las afecciones de salud en la población por dicha causa.

Pese a la ausencia de medios de prueba que contradigan las circunstancias anotadas respecto de los niveles de contaminación, conviene traer a colación lo expuesto en la declaración rendida por Luz Saida Sambrano - Coordinadora de Medio Ambiente de Holcim S.A., así como las manifestaciones y conclusiones sobre las posibles causas de las patologías y del deceso del menor Tobito Suárez, a las que llegaron la pediatra Zulay Adriana Carvajal Araque, la gineco obstetra Claudia Milena López y, especialmente, el cardiólogo pediatra Carlos Alberto Gómez en las experticias rendidas dentro del presente asunto.

La Coordinadora de Medio Ambiente de Holcim S.A. aclaró que, “desde lo técnico”, no hay lugar a concluir que un vigilante –como era el caso de Manuel Antonio Tobito- adquiriera algún tipo de enfermedad por el desempeño de su labor, como quiera que los puestos de vigilancia se encontraban retirados de la planta industrial, lugar donde reposa la naftalina. Adujo no conocer casos relacionados. A su turno, los pluricitados peritos coincidieron en afirmar que la malformación cardíaca que presentaba el menor podía tener origen en múltiples causas de difícil hallazgo dada la multiplicidad de patologías que padecía el menor incluso antes de su nacimiento.

En cuanto a la posible causa del fallecimiento, los peritos Zulay Carvajal –médico pediatra- y Carlos Alberto Gómez – cardiólogo pediatra- concluyeron que podría ser la “sepsis – infección por estafilococo” y no la malformación cardíaca congénita. Sin embargo, el cardiólogo pediatra insistió que, ante la ausencia de una necropsia, era muy difícil asociar el deceso a alguna de las patologías, pues todas estas eran de alto riesgo de morbi mortalidad a corto plazo. Situación que, destaca la Sala, fue también anotada en la historia clínica desde los primeros días de vida del menor en cuestión.

Ahora bien, en lo que atañe a la influencia de las condiciones medio ambientales en la aparición de la cardiopatía congénita –establecida como patología de base- de Juan David Tobito, la perito gineco obstetra Claudia Milena López adujo que sí podía influir de alguna manera, pero no era la causa más frecuente. Además, que debido a la ausencia de información e historia clínica prenatal, no podía determinarse dicha circunstancia. Sobre este aspecto, el cardiólogo pediatra señaló que, sólo un equipo interdisciplinar en materia genética y ambiental podrían establecer verdaderamente si la causa del fallecimiento y de las patologías obedeció a factores relacionados con el medio ambiente. Sin embargo, expresó que, entre el 25% y 30% de las malformaciones cardíacas obedece a factores genéticos y ambientales, de los cuales, sólo un 2% están asociados a este último factor.

Conforme a lo expuesto, es evidente que, además de la ausencia de prueba que acredite los excesivos niveles de contaminación a los que se hizo referencia en la demanda, la prueba pericial practicada no demuestra que la causa eficiente y determinante de las patologías que padeció el menor Juan David Tobito Suárez y su fallecimiento fueran la prestación del servicio de salud o las condiciones medioambientales presentes en el corredor industrial de Boyacá, o que esta situación generara predisposición genética en su padre para el momento de la concepción. Razón por la cual, la Sala concluye que, ante la ausencia de prueba del nexo de causalidad como elemento para acreditar la responsabilidad endilgada a las demandadas, corresponde negar las pretensiones de la demanda.

No obstante, conviene aclarar que, si bien en asuntos en que se debate la responsabilidad patrimonial derivada de la causación de daños ambientales, ante la dificultad científica y técnica para probar el nexo de causalidad el juez puede acudir a la prueba indiciaria como forma de aligerar la carga de la prueba, ello solo será posible en la medida que obren los elementos de prueba suficientes que

permitan formar el convencimiento si quiera que, con alto grado de probabilidad la actividad contaminante fue la causa del daño.

Es así como, en el sub examine, la Sala no encuentra hechos probados -indicadores- que, sumados a las reglas de la experiencia, de la técnica y la lógica faciliten un adecuado ejercicio inferencial de razonamiento que conlleve a dar por acreditado el nexo causal-hecho indicado-. Como se dijo, en el presente asunto, no hay prueba siquiera de los alegados elevados niveles de contaminación. Antes bien, las pruebas documentales y testimoniales decretadas y practicadas dan cuenta que el co-procesamiento de residuos se realiza en observancia de los parámetros legales, bajo supervisión estricta y continua de las autoridades ambientales y en forma y cantidades que no generan afectación a la salud de la población.

Por lo tanto, no hay lugar a acreditar el nexo causal a través de indicios.

3.4. De las costas procesales.

El artículo 171 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, regulaba las costas procesales para la jurisdicción contencioso administrativa consagrando un régimen subjetivo que, implicaba que el fallador sólo podía imponerlas cuando advertía un uso temerario de los mecanismos procesales, al tenor de la expresión *"el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil"*.

En virtud de lo dispuesto en la norma sustancial aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que no se demostró ninguna actuación temeraria o proceder alguno que haya impedido el curso normal del proceso, la Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho en primera instancia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

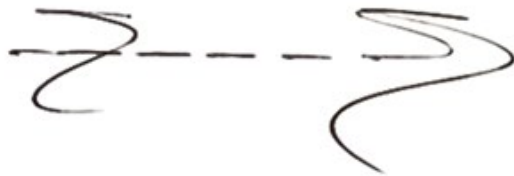
PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

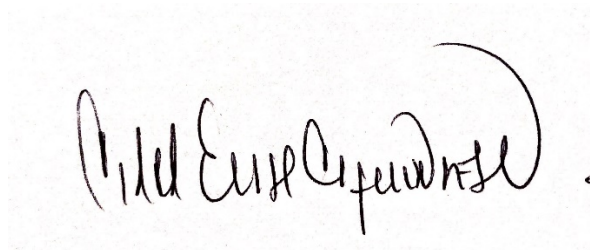
TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por unanimidad en Sala Virtual según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

diego