TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Armenia, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 344

TEMAS:	FALLA DEL SERVICIO – NO DIAGNÓSTICO INMEDIATO DE ENFERMEDAD CONGENITA – DAÑO EMERGENTE, INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL MISMO
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, en cumplimiento de la orden emanada del CONSEJO DE ESTADO[1], la segunda instancia del proceso de la referencia que en ejercicio de la ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, promovida por la señora CAROLINA ORDOÑEZ BEDOYA, HERMES ANTONIO RODAS GAVIRIA, ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ, MANUEL ALEJANDO RODAS ORDOÑEZ, MARÍA OLGA GAVIRIA BEDOYA, EMILIA BEDOYA GUTIÉREZ y ROCIO BEDOYA GUTIÉREZ contra la ESE HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ Q., no avizorándose causal que invalide la presente actuación y siendo esta Corporación la competente para decidir el recurso de alzada presentado por la

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Magistrada ponente (E): STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Sentencia del 6 de septiembre de 2017. Ref.: Expediente N°: 11001-03-15-000-2017-00586-01. Demandante: Carolina Ordóñez Bedoya. Demandado: Tribunal Administrativo del Quindío y otro. Fol. 230 a 237 C. Ppal.

parte demandante, al negarse las súplicas de la demanda.

1. LA DEMANDA.

Los señores Carolina Ordóñez Bedoya (madre); Hermes Antonio Rodas Gaviria (padre), actuando en nombre propio y representación de los menores Ángel David (víctima) y Manuel Alejandro Rodas Ordóñez; María Olga Gaviria Bedoya (abuela paterna); Emilia Bedoya Gutiérrez (tía); y, Rocío Bedoya Gutiérrez (abuela materna), presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la ESE HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ QUINDIO, con el fin de que se realicen las siguientes declaraciones a su favor:

1.1. PRETENSIONES.[2]

1.1.1. Se declare a la entidad demandada responsable administrativamente por la falla o falta en el servicio en virtud de la prestación médico asistencial al menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, que trajo como resultado los daños materiales, morales y fisiológicos y/o a la vida de relación al citado menor y miembros de su familia como consecuencia de la omisión en la asistencia médica al momento de nacer y no detectarse que el recién nacido tenía una malformación anorrectal.

1.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada a pagar:

1.1.2.1. En la modalidad de daño emergente, a razón de cincuenta (50) s.m.l.m.v., por los gastos que han debido realizar los padres del menor para conservar y recuperar el estado de salud del niño.

1.1.2.2. Por daño emergente futuro, teniendo en cuenta que el estado de salud del menor se encuentra en proceso de recuperación, en el equivalente a cien (100) s.m.l.m.v. y en razón a que todavía está pendiente de cirugías,

[2] Fol. 3-5 C. Ppal.

medicamentos, enfermeras particulares que lo cuiden, gastos con psicólogos y psiquiatras, pagos del equipo de colostomía de por vida, entre otros.

1.1.2.3. Por perjuicios morales, actualizados al momento del pago, a favor de cada uno de los demandantes en el siguiente valor:

- ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, 200 s.m.l.m.v.;
- CAROLINA ORDÓÑEZ BEDOYA y HERMES ANTONIO RODAS GAVIRIA, 100 s.m.l.m.v., para cada uno;
- MANUEL ALEJANDRO RODAS ORDÓÑEZ, 100 s.m.l.m.v.;
- MARÍA OLGA GAVIRIA BEDOYA y ROCÍO BEDOYA GUTIÉRREZ, 100 s.m.l.m.v., para cada una;
- EMILIA BEDOYA GUTIÉRREZ, 50 s.m.l.m.v.

1.1.2.4. Por perjuicios fisiológicos del menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, ó a quién sus derechos representaren al momento del fallo, el equivalente a 200 s.m.l.m.v., actualizado a la fecha de la sentencia; por la omisión en que incurrió el ente hospitalario convocado y que se han causado al menor, a pesar de su corta edad, al desconocer en su actual estado de desarrollo el funcionamiento de los órganos por los cuales hace deposición, ya que su manifestación es clara en determinar que esta se hace a través del abdomen bajo, produciéndole frustración y abandono por los valores de la vida, depresión, intranquilidad, sentimientos de inferioridad entre otros.

1.1.2.5. Por el daño a la vida de relación del menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, en el equivalente a 100 s.m.l.m.v. a la fecha de ejecutoria de la sentencia, al resultar truncado un proyecto de vida futura, con grandes expectativas y que de una u otra manera se verán frustrados por la incertidumbre de estar a la espera de las resultas de las cirugías.

1.2. HECHOS.[3]

Se relata por los demandantes como fundamentos fácticos los siguientes:

[3] Fol. 1-3 C. Ppal. 1

Que la señora Carolina Ordóñez Bedoya, se encontraba en estado de gestación en espera de su segundo hijo, por lo tanto, era atendida en el Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Quimbaya, presentando buenas condiciones hasta el día 25 de noviembre de 2007, que fue remitida para el Hospital La Misericordia de Calarcá, por actividad uterina irregular con cuadro clínico que inicia con dolor tipo contracciones y no progresar el trabajo de parto.

En dicho establecimiento hospitalario se le realiza asepsia, se rompen membranas ovulares saliendo moderado volumen de líquido amniótico, hasta que nace bebé de sexo masculino.

En la historia clínica se detalla el procedimiento realizado y el estado de salud del bebé y se ordena la salida por el Dr. Gilberto Pardo S., el día 26 de agosto (sic)[4] de 2007, por considerar evolución satisfactoria según historia clínica.

Se indica que la demandante al llegar a su hogar, el niño empieza a presentar cólicos y vómito, llora toda la noche y al disponerse a bañarlo al día siguiente, observa que el bebé no tiene ruptura de ano, se encontraba defecando por las vías urinarias, causándole FISTULA PROSTÁTICA, e infecciones en las vías urinarias, razón por la cual ingresó al Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Quimbaya, siendo remitido inmediatamente al Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios de Armenia, donde se le realizó colostomía, el día 28 de noviembre de 2007.

El doctor Santo Domingo, es quien realiza la intervención quirúrgica e informa a la madre que dicha cirugía debió hacerse al momento del nacimiento al menor, con transfusión de sangre, para evitar anemia y consecuencias dañinas.

El 30 de noviembre de 2009, el menor es sometido a cirugía de ANORRECTOPLASTIA SAGITAL POSTERIOR por parte del cirujano Dr. CANO del Hospital Departamental Universitario San Juan de Dios, por presentar

[4] Lo correcto noviembre.

diagnóstico de malformación anorrectal y en la actualidad el niño sigue con colostomía y está pendiente de cirugías posteriores.

Atribuye los sufrimientos que ha tenido que padecer el menor Ángel David, a la negligencia del personal médico del Hospital de la Misericordia, al actuar en forma negligente violando los protocolos médicos respecto de los exámenes generales que debían realizar al bebe y ordena su salida sin observar que éste no tenía orificio anal.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHOS.

Invoca como normas desconocidas los artículos 1, 2, 6, 11 y 90 de la C.P.; 86, 131, 265, 1613 al 1617 del Código Civil; 106 y 107 del Código Penal; 4 y 8 de la Ley 153 de 1887; 1 al 9, 26, 27, 28 del Decreto Ley 2137 de 1983; Decreto 100 de 1989; 164 del C.P.C. y 86 del C.C.A.

Expone como concepto de violación que las autoridades de la república están constituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes; que los servidores públicos responde por omisión en el ejercicio de sus funciones y que por tanto, el Estado debe asumir patrimonialmente los daños antijurídicos que le sean imputados, causados por omisión de las autoridades públicas.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[5].

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, exponiendo que la causa de la malformación no era posible identificarla con las valoraciones físicas practicadas al recién nacido.

Señala que tal como se evidencia en la historia clínica, al bebé se le practicaron los exámenes físicos, no encontrándose malformación llamada ano imperforado, que por el contrario, presentó su respectiva fosa anal, condición evidenciada en este documento y que tal como se describen en las atenciones quirúrgicas posteriores, la malformación

[5] Fol. 78 a 83.

tenía una presentación interna y alta, aspecto que no era visible a la evaluación externa, que esa "presentación alta" se confirma al mostrar fistulación hacia la próstata y hacia la vejiga del neonato.

Aduce que no es posible que el demandante afirme que evidenció que el ano no tuvo ruptura, pues esta es una aseveración que corresponde a una elucubración a posteriori pero que se aleja de lo determinado en las historias clínicas tanto de la ESE Hospital la Misericordia de Calarcá como del Hospital Departamental San Juan de Dios de Armenia.

Propone como excepciones la diligencia y cuidado en la prestación del servicio de salud, toda vez que desde que la señora Carolina Ordóñez Bedoya ingresó a dicho ente hospitalario se determinaron las medidas que permitieron la inducción del trabajo de parto dentro de los parámetros normales, realizando los controles necesarios tanto de la madre como del feto, quien al nacer fue atendido correctamente.

Así mismo, existencia de causa extraña, ya que la malformación tenía una presentación interna y alta, confirmándose tal aseveración al desplegar una fistulación hacia la próstata y hacia la vejiga del neonato; por lo demás el comportamiento clínico del paciente, hace parte de la evolución natural y manifestaciones de la anomalía demostrada, incluido el tiempo de su identificación.

Igualmente, argumenta la inexistencia de culpa del hospital, ya que a pesar que el hecho que da origen a la presente acción es la omisión de identificar que el recién nacido no tiene ruptura del ano, esta circunstancia no es imputable a la entidad demandada, pues el paciente contó con toda la atención y pericia médica y sanitaria, pero las condiciones de la malformación sobrepasaron las posibilidades de identificación de tal circunstancia, en el recién nacido, por parte del centro hospitalario.

Inexistencia de falla en el servicio; argumenta que se obró con diligencia y pericia por todo el personal, que el médico que prestó la atención es gineco-obstetra y fue él quien realizó el examen físico que correspondía al recién nacido.

IIndica que se encuentra acreditado el hecho y el daño, más no el nexo causal, lo que Indica que se encuentra acreditado el hecho y el daño, más no el nexo causal, lo que conlleva a exonerar a la E.S.E. demandada de toda responsabilidad, puesto que se halla debidamente acreditado en la historia clínica que la atención médica fue oportuna en cuanto al procedimiento que debió implementarse para atender el nacimiento del menor.

Por último invoca la caducidad de la acción, toda vez que el hecho ocurrió el día 25 de noviembre de 2007 y la demanda se presenta por fuera del término legal estipulado para presentar la acción de reparación directa.

Llama en garantía a La Previsora Compañía de Seguros S.A., pero no consignó los gastos de notificación, razón por la cual se continuó el proceso.

2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA[6].

El *A-quo* niega las súplicas de la demanda; inicia exponiendo las bases jurisprudenciales bajo las cuales se aplicará el régimen de responsabilidad del Estado y concluye que como la pretensión indemnizatoria se soporta en la alegada deficiente prestación del servicio médico, por fallas en el servicio médico asistencial relacionada con la malformación sufrida por el menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, se concluye que el régimen aplicable es el de falla probada del servicio, atemperado por la satisfacción del nexo causal con la probabilidad de su existencia, la que es susceptible de establecerse mediante indicio.

Considera que la falla imputada a la administración no fue la causa eficiente de las secuelas mencionadas, por cuanto la patología sufrida por el menor "ano imperforado"

[6] Fol. 165-181 C. Ppal.

es una enfermedad congénita, la cual se desarrolla por motivos desconocidos entre la sexta y la octava semana de gestación, lo que lleva a que el daño no fue causado por obra u omisión de la E.S.E. accionada, sino por la malformación de su aparato digestivo en la edad fetal temprana.

Indica que si bien pudo existir una falla por cuanto el galeno debió haber previsto esta anomalía en el examen físico que realizó al recién nacido, por cuanto dicha patología resulta evidente para cualquier persona, esta omisión no tiene la fuerza suficiente para producir las secuelas que soportó el menor desde su nacimiento, toda vez que el descubrimiento o no de la misma dentro del término de 24 horas no afecta su pronóstico en la medida que el tratamiento para el ano imperforado, es la intervención quirúrgica para reconstruirlo y que esta cirugía depende de la gravedad del mismo, siendo posible realizarla sin colostomía, para los casos más leves de dicha patología, pero en los demás, no es posible realizarla sin este procedimiento, en donde se debe esperar luego, 6 meses, para operarlo nuevamente y practicar una rectoplastia[7].

Concluye afirmando que la falla se estructura no en el yerro en sí mismo, sino en el descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrente y múltiples indicios patológicos que debieron ser atendidos oportunamente con el fin de que la enfermedad o la situación presentada no se agravara, elementos que a criterio del a-quo, no se estructuran al encontrarse demostrado que la atención brindada aunque pudo ser mejor no contribuyó, o por lo menos no se probó así, agravara la patología del menor.

3. ARGUMENTOS DE APELACIÓN[8].

Insiste en el argumento expuesto en la demanda y menciona que el juez de instancia no tuvo en cuenta que efectivamente ocurrió una falla en el servicio, cuando no se detecta oportunamente el ano imperforado del menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ.

---

[7] Unidad de recién nacidos.
[8] Fol. 183 a 187 C. Ppal.

Señala que han sido los múltiples sufrimientos que ha tenido que padecer el bebé y su familia, producto de los errores en el procedimiento médico utilizado en la E.S.E. Hospital de la Misericordia de Calarcá, quien en forma negligente y violando los protocolos respecto de los exámenes generales que debía realizar al bebé, irresponsablemente se le da salida sin observar que éste no tenía orificio anal; que sumado a ello, se haya consignado en la historia clínica en la nota RN del 26 de noviembre de 2007 que tuvo deposición positiva, situación que ha traído consecuencia nefastas en su salud física y psíquica, como: la ruptura de la vejiga al defecar por el pene, una cirugía tardía de colostomía a los tres días de nacido, pérdida de peso, crecimiento y el estigma generalizado de que los seres humanos hacer su deposición por el abdomen y el tener que soportar nuevas cirugías tales como anoplastia con reconstrucción parcial hacia las 9 y 3 en dirección a las manecillas del reloj, realizando estimulación de región perianal para una adecuada localización del ano.

Indica que si bien de las pruebas periciales no se pudieron establecer con exactitud los problemas presentes y futuros ocasionados por la atención tardía en la práctica de la colostomía y reconstrucción del ano, del informe técnico de medicina legal se puede extractar que efectivamente la colostomía es urgente y que se deben tomar radiografías de pelvis para evaluar el grado de hipoplasia del sacro, que el nivel al examen físico presenta dos bocas de colostomía funcional con salida de materia fecal líquida y presencia de inflamación leve con cicatriz de 6 cm de corrección quirúrgica del ano, de bajo peso y talla para la edad, esquivo con salida de moco claro y sin presencia de materia fecal y en la descripción del análisis del caso y en el estudio de la historia clínica que se anexa al dictamen, se dice que el menor presenta antecedentes de ano imperforado al nacimiento que no fue advertido por el médico que ordenó su salida.

Considera errónea la interpretación que da el a-quo al proceso, toda vez que si bien la enfermedad que aqueja al menor es congénita, si existe nexo causal entre el indebido, negligente y descuidado examen físico del recién nacido y por ende de su atención médico hospitalaria y el daño inicialmente causado, que no evita que el ente hospitalario

deba responder administrativamente por los perjuicios causados, al no prever y diagnosticar correctamente el estado del bebé al examen físico.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de10 de diciembre de 2013[9], se admite el recurso de apelación por esta Corporación, se da traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emita su concepto; los primeros guardaron silencio;[10] el Ministerio Público, afirmó que[11]:

Considera que de acuerdo al análisis de las piezas obrantes en el proceso, comparte la providencia del a-quo que negó las pretensiones de la demanda, y dio prosperidad a la excepción de diligencia y cuidado y ausencia de responsabilidad ya que el abogado edificó la falla en el servicio médico de la Ese de la Misericordia de Calarcá, en no haber observado en la etapa posterior al alumbramiento la malformación congénita de ano imperforado con que nació la criatura, pero no demostró que el personal médico de acuerdo a los protocolos de rigor tenía que haber observado la anomalía y que de haberse advertido en la etapa posterior al alumbramiento y el haber intervenido en esta oportunidad, la suerte de la criatura hubiese sido diferente.

Hace referencia al cuestionario contestado por la profesional de la medicina especialista en pediatría y cirugía, quien permite concluir que la lesión padecida por el menor es resultado de una malformación congénita y que de haberse practicado la colostomía al nacimiento las condiciones hubiesen sido las mismas con las que cuenta actualmente.

Trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad médica obstétrica[12] y solicita se confirme la decisión de primera instancia.

---

[9] Fol. 196 C. Ppal.
[10] Fol. 205 C. Ppal.
[11] Fol. 197 a 203 C. Ppal.
[12] Acerca de la responsabilidad derivada de la atención médica obstétrica, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 26 de 2008, exp. 16085 M.P. Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. LA COMPETENCIA.

Al tenor del artículo 133 núm. 1 del C.C.A. el Tribunal es competente para resolver el recurso de alzada propuesto por el demandante frente al despacho desfavorable de sus pretensiones por parte del JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE ARMENIA.

Por lo tanto, sin que se observen causales de nulidad y verificados los presupuestos procesales de la acción, se procede a emitir la correspondiente sentencia de segunda instancia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

En el presente caso, se plantea si se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos exigidos para declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ, por la falla en el servicio médico asistencial relacionada con la malformación sufrida por el menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ –ano imperforado- no detectada con el examen físico realizado al momento de nacer.

Para llegar a una conclusión la Sala deberá abordar dos situaciones que se relacionan con los motivos de inconformidad que se plasman en el memorial de apelación ¿Incurre en falla en el servicio la entidad demandada, al no detectarse por el personal médico la malformación anorrectal del recién nacido, en el momento de realizar el examen físico? y; ¿Dicha omisión qué daños ocasionó en la víctima directa y los terceros afectados?

Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes temas: i) Responsabilidad del Estado en el servicio médico sanitario obstétrico, ii) Malformaciones anorrectales – causas de su origen y tratamiento, iii) El caso concreto.

5.2.1. La responsabilidad del Estado en el servicio médico sanitario – obstétrico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado atenuó el criterio que consideraba los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia[13], bajo un régimen preferentemente objetivo de responsabilidad. Actualmente, el desarrollo jurisprudencial ha delineado las siguientes directrices:

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

> ***En síntesis, de acuerdo con la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico.***

[13] Sentencias de 7 de diciembre de 2004, exp. 14.767 y de 14 de julio de 2005 exp. 15.276.

> ***No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo de la parte demandante, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a inferir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.***"[14] (Negrillas y subrayas de la Sala).

En ese contexto, cuando se pretenda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por una falla médica obstétrica, la parte demandante deberá probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo de causalidad entre los anteriores elementos, advirtiéndose que cuando el embarazo tuvo un desarrollo normal, y se presenta un daño al momento del parto, se configura un *indicio de falla en el servicio*, el cual deberá ser debilitado probatoriamente por el ente accionado.

Adicionalmente, en criterio de la Sala no puede pasarse por alto que nos encontramos ante el funcionamiento de un servicio público que procura garantizar el derecho fundamental a la salud, con mayor intensidad tratándose de un infante que está por nacer y una madre en embarazo, en virtud de la protección especial y reforzada que constitucionalmente los cobija; motivo por el cual, al Estado y a los particulares autorizados para prestar el servicio, les son exigibles deberes mínimos objetivos de cuidado desde una óptica institucional –responsabilidad médica

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub. "B", C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 7 de abril de 2011, Rad. 17001-23-31-000-1995-02036-01(19801).

sanitaria-, es decir, sin que sea determinante la existencia o no de un conducta ilícita de un servidor o trabajador en concreto, en palabras de la doctrina: "*el criterio de la culpa o de la ilegalidad se materializa objetivamente en el funcionamiento del servicio público en cuanto tal, con independencia de toda conducta ilícita de las personas físicas concretas. Se trata, pues, de una culpabilidad objetiva del servicio.*"[15]

5.2.2. Malformaciones anorrectales –causas de su origen y tratamiento-.

Son innumerables las publicaciones emitidas sobre el tema por los expertos en el estudio de esta clase de enfermedades; es así como la Sala abordará su disertación basándose en estos conceptos, con el fin de orientar la decisión que durante el análisis del caso concreto, se adoptará.

Los profesionales Fernando Fierro Ávila e Iván Molina Ramírez, el primero, Profesor Asistente de la Universidad Nacional de Colombia y el segundo, Cirujano Pediátrico y Profesor de la Universidad Nacional Instituto Materno Infantil, en su publicación "Malformaciones anorrectales", han dicho:

> *"Las malformaciones anorrectales conocidas anteriormente como ano imperforado,* ***son un grupo frecuente de anomalías congénitas****, de fácil reconocimiento clínico, y de manejo quirúrgico complejo, para las cuales se cuenta en la actualidad con técnicas quirúrgicas que ofrecen a los pacientes un mejor pronóstico. Este cambio se ha debido en gran parte a la introducción, en la década de los 80, del abordaje sagital posterior, propuesto por Alberto Peña. Este abordaje no sólo mejoró la ejecución de las cirugías, sino que también produjo algunos cambios en la comprensión de la anatomía de la región, y de las mismas malformaciones. Su etiología es desconocida.*
>
> ***Clasificación y presentación clínica.***
>
> *La clasificación ha sido desarrollada gradualmente y está basada en implicaciones terapéuticas y pronosticas, es decir que cada defecto considerado en la clasificación tiene un tratamiento específico y un pronóstico definido.*
>
> *(...)*

---

[15] J. LEGUINA, "*La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos*", en Revista de la Administración Pública, Madrid, Universidad Complutense, mayo-agosto 1980, pág. 32.

Ano imperforado con fístula rectouretral. *Es el defecto más frecuente en varones (aproximadamente 50%). La fístula comunica con la uretra bulbar o la uretra prostática. En los casos con fístula bulbar existe buen sacro y buenos esfínteres; aquellos con fístula prostática tienen alta incidencia de hipoplasia del sacro y de los esfínteres. La salida del meconio por la uretra....*

El tratamiento quirúrgico inicial del recién nacido con MAR se especifica en la tabla 1. ***La colostomía es urgente por razones obvias en los pacientes sin fístulas, y en los que tienen fístula a las vías urinarias.*** *En los demás la colostomía puede realizarse en el periodo neonatal en forma programada."*[16](Negrillas fuera de texto)

En la misma forma los médicos Ruperto Llanes Céspedes y Salvador G. Carrillo Soriano, han señalado sobre el tema lo siguiente[17]:

"...Las malformaciones anorrectales incluyen una serie de defectos que varían desde malformaciones menores, que requieren un tratamiento quirúrgico mínimo, hasta defectos complejos muy difíciles de solucionar, que pudieran traer trastornos funcionales de la defecación a largo plazo.

Historia. Se le atribuye al griego Paulus Aegineta, en el siglo VII, el primer reporte de corrección quirúrgica de este tipo de malformación, seguido de dilataciones utilizando bujías. En 1710, Littré indicó el posible uso de la colostomía en niños con imperforación anal. Muchos han sido los cirujanos destacados en el tratamiento de estas malformaciones, entre los que se encuentran Stephens con su técnica sacroabdominoperineal propuesta en la década de los 50 y recientemente, Alberto Peña que ha revolucionado el tratamiento y terapéutica con la elaboración de nuevos conceptos anatómicos y técnicos, a partir de 1980 hasta la fecha.(...)

Incidencia

Las malformaciones anorrectales ***constituyen la cuarta parte de las anomalías digestivas que requieren cirugía neonatal, reportándose una incidencia que varía desde 1/1 500 hasta 1/5 000 nacidos vivos, con predominio en el sexo masculino;*** *las formas más altas de la malformación se observan con mayor frecuencia en el varón y los tipos bajos en las hembras.(...)*

Embriología

El intestino primitivo se forma durante la cuarta semana de vida embrionaria, dividiéndose en 3 porciones: intestino anterior, medio y posterior. La falla en el desarrollo del extremo

---

[16] Consultar http://www.sccp.org.co/Malformaciones anorrectales

[17] "Malformaciones anorrectales" Ruperto Llanes Céspedes, Salvador G. Carrillo Soriano. Pediatría Tomo VII.

más caudal de este último, unido a alteraciones en el tabique urorrectal, origina anomalías en las regiones anorrectal y genitourinaria inferior.

Para explicar el resto de las alteraciones musculo-esqueléticas, nerviosas y renales que acompañan a las malformaciones anorrectales, se ha planteado el papel importante de la dismorfogénesis o trastornos del meso-dermo regional, que ocurre a partir de la tercera semana de vida intrauterina en que se forma la hoja mesodérmica embrionaria durante el proceso de gastrulación.(...)

Genética

La embriología de las malformaciones anorrectales no puede verse como un proceso aislado, recientemente se ha profundizado en su relación con el campo de la genética, donde se han demostrado alteraciones del cromosoma X en las variedades que presentan fístulas rectourinarias, alteraciones del cromosoma 7 cuando existen anomalías del hueso sacro asociadas; y en un gran número de casos con estreñimiento posoperatorio, se ha encontrado la presencia de mutaciones de genes relacionados con la enfermedad de Hirschsprung (RET, EDNRB, EDN3 Y GDNF).

La existencia de síndromes que incluyen malformaciones anorrectales en su expresión clínica (VATER, VACTERL, Currarino, FG, Townes-Brocks y otros), así como la variedad de anomalías asociadas, corroboran el papel de la genética en su origen.

(...)

Clasificación

Muchas han sido las clasificaciones a lo largo de la historia que han tratado de agrupar las malformaciones anorrectales desde que Ladd y Gross, en 1934, realizaron el primer intento. Se destacan entre otras, las clasificaciones de Melbourne y Wingspread hasta que recientemente aparece la de A. Peña que enumera los diferentes defectos en la hembra y en el varón relacionándolos con la conducta, en cuanto a la realización de colostomía en el período neonatal o no:

Defectos en el varón:

- ***Bajos (...)***

_ ***Altos***

_ *Fístula rectouretral bulbar.*

_ ***Fístula rectouretral prostática.***

_ *Fístula rectovesical.*

_ *Imperforación anal sin fístula.*

_ *Atresia rectal y estenosis.*

(...)

Conducta

- *En el varón: en 80 a 90 % de los casos existe una evidencia clínica del tipo de malformación al examen físico o por un análisis de orina con presencia de fecaluria que sugiere el diagnóstico sin necesidad de realizar otro complementario inmediato. Si la malformación es baja, se procede al tratamiento definitivo mediante la anorrecto-plastia sagital posterior mínima de recién nacido sin colostomía y si es alta, se realiza una colostomía para proceder a la reparación definitiva en un plazo de 4 a 8 semanas de nacido.*
- *Cuando no hay evidencia clínica de la altura de la malformación (10 a 20 %), se procede a realizar el invertograma o radiografía lateral en decúbito prono para definir si la variedad es alta o baja y tomar la conducta consecuente. En la figura 184.7 se muestra el algoritmo de este tratamiento..."*

Como se puede observar, la malformación anorrectal es una enfermedad congénita de fácil reconocimiento clínico, que requiere de manejo quirúrgico inmediato para evitar trastornos funcionales en las vías digestivas y urinarias.

5.2.3. Caso concreto.

Bajo los criterios jurisprudenciales y doctrinales expuestos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.P.C. el cual establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado en el artículo 187 *ibídem*, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, tenemos que en el *sub iudice*, esta Sala de Decisión encuentra los siguientes hechos probados:

- Que para el día 25 de noviembre de 2007, fue atendida en el Hospital La Misericordia de Calarcá Quindío, la señora Carolina Ordóñez Bedoya registrándose en su historia clínica lo siguiente:

"Se traslada a Sala de Parto. Se presenta asepsia de pelvis, se requiere pop. Se observa membranas ovulares abombadas se rompe saliendo moderado volumen de líquido

amniótico claro, se continúa dirigiendo pop y siendo las 15:20 nace producto de sexo masculino, se seca con compresas, se pinza,…" (fol. 49 a 52 C. Ppal.)

- Para el día 26 mismo mes y año, se deja la siguiente anotación en la historia clínica de la paciente:

> *"Pte. de sexo (femenino) fc 80x' FR 34x' T 37.*
> *Boca mucosas húmedas, (cuello móvil, tórax RsCs, pulmonares limpias, abd. Bien, muñón umbilical 3 vaso genitales sin alteración*
> *Succión (+) deposición (+)*
> *(…)*
> *P/Se decide salida en la tare por evolución satisfactoria con fórmula y control…"* (fol. 49 frente y vto.)

- Que para el día 27 de noviembre de 2007, el recién nacido es remitido a la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios, en donde se diagnostica *"ano imperforado-férula uretral"* y se programa para colostomía para el día 28 mes y año (fol.26-28 C. Ppal. y 325 a 337 C. pruebas 2).

- Que desde esa fecha hasta la presentación de esta demanda, el menos ha sido sometido a tratamientos quirúrgicos y médicos rigorosos debido a su diagnóstico (fol. 26 a 48 C. ppal.; fol. 14 a 266 C. pruebas 1; fol. 1 a 222; 249 a 310; 313 a 358 C. pruebas 2)

Sobre los anteriores hechos no existe discusión o discrepancia entre las partes, puesto que lo que está llamado a esclarecerse en este asunto es si podría ser declarada responsable administrativa y patrimonialmente la ESE HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE CALARCÁ por la omisión en que incurrió el galeno encargado de realizar el examen físico al recién nacido (ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ), quien presentado *"ano imperforado-férula uretral"* da orden de salida al día siguiente de su nacimiento, sin percatarse de dicha situación.

Es así como, conforme al régimen de responsabilidad médica obstétrica, ya analizada, la Sala abordará el tema desde los tres elementos estructurales de la misma a saber:

5.2.3.1. El daño.

El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ahora bien, en el libelo demandatorio, reiterado en el recurso de apelación, se definió como daño antijurídico a reparar, la condición de salud en que quedó el neonato, después del trabajo de parto realizado a la señora CAROLINA ORDÓÑEZ BEDOYA, quien presentó malformación anorrectal y que a criterio del demandante, el no evidenciarse este hecho por el médico que realizó el examen médico del nacido y ordenar su salida del centro hospitalario, generó graves daños en su salud física entre otras *"la ruptura de la vejiga le produjo defecación por el pene"* y dio lugar a una cirugía *"tardía"* de colostomía a los tres días de nacido con toda consecuencia que ello conlleva.

En relación con este primer elemento, considera la Sala que el mismo se encuentra acreditado con la fotocopia de las historias clínicas que fueron arrimadas al proceso, tanto de la madre gestante –fol. 49-52 C. Ppal.-, como del neonato -fol. 26 a 48 C. ppal.; fol. 14 a 266 C. pruebas 1; fol. 1 a 222; 249 a 310; 313 a 358 C. pruebas 2-, las cuales dan cuenta que efectivamente, para el día 25 de noviembre de 2007, nace el menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ, al cual se le practica un examen médico general, sin encontrar anomalía alguna en el mismo[18], pero que al ser

[18] Fol. 49 C. Ppal.

valorado al día siguiente por el médico pediatra se diagnóstica con *"ano imperforado-férula uretral"*, siendo imperante una intervención quirúrgica de colostomía, la cual es practicada el día 28 de noviembre de 2007, en la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN JUAN DE DIOS.

De allí que se encuentre probado que el menor sufrió un daño, el cual, de acuerdo con la doctrina médica, en lo que al diagnóstico se refiere; no obstante, es necesario estudiarse, si la omisión en la que incurrió el galeno de no detectar dicha afectación física, trajo consigo la consecuencia a que se hace referencia por el demandante, por lo que se abstendrá la Corporación de profundizar sobre este aspecto.

5.2.3.2. Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública.

Para establecer dicho vínculo es decir, la atribución material y jurídica de responsabilidad por las lesiones referidas a la ESE HOSPITAL DE LA MISERICORDIA DE CALARCÁ, según lo señalado en la demanda, debe hacerse referencia a los siguientes aspectos:

Efectivamente y así se encuentra demostrado en el expediente, que frente a la valoración física realizada al recién nacido, nada se dijo sobre su malformación anorrectal -49 C. Ppal.- dado que esta no fue detectada por el médico encargado de su práctica; ello, constituye una omisión que es imputable al ente hospitalario en la medida que se encuentra acreditado con la doctrina médica que frente a una revisión juiciosa del neonato, tal imperfección debe ser descubierta, situación que no ocurrió en el caso presente, razón por la cual la Sala considera que existió una falla del servicio imputable a la demandada.

5.2.3.3. Nexo causal.

Argumenta la parte demandante que existe un nexo causal entre el hecho dañoso y la falla en el servicio, en la medida que por no haberse detectado a tiempo la

malformación con que venía el neonato, le generó ruptura de la vejiga que conllevó a que el menor defecara por las vías urinarias; que sumado a ello, se dio lugar a una intervención quirúrgica tardía.

Sobre este aspecto la Sala resalta lo argumentado por el juez de tutela en la providencia que dejó sin efectos la sentencia dictada por este Tribunal previamente en este proceso, el 17 de noviembre de 2016:

> *"Según lo advierte la Sala, las pruebas del proceso ordinario demuestran que la omisión de diagnóstico de la malformación anorrectal habría contribuido eficientemente en la lesión del neonato, en tanto que solo tres días después del nacimiento el menor fue sometido a la colostomía para atender la infección de vías urinarias, la ruptura de vejiga y la fístula prostática.*
>
> *Fuera de lo anterior, la Sala considera que resulta contrario a la realidad probatoria entender que "la omisión en que incurrió el médico y que pudo constituir una falla en el servicio, no es la causante de la ruptura de la vejiga y defecación por las vías urinarias, ella es inherente a la malformación que presentaba el menor la cual se formó durante su periodo de gestación en el vientre materno". En realidad, las lesiones del recién nacido se causaron por no haberse detectado a tiempo la enfermedad congénita.*
>
> *También resulta contrario a la realidad probatoria concluir que no exista "evidencia (de) que entre la fecha de nacimiento y el día de la intervención quirúrgica se haya causado una lesión y/o daño antijurídico al menor que constituya falla en el servicio a la entidad demandada, ya que tal y como lo manifestó la especialista en cirugía pediátrica la condición en salud sería igual y la ruptura de la vejiga no es resultado diferente, a la malformación que padece el menor".*
>
> *Todo lo contrario, la propia historia clínica demuestra que —después del nacimiento (25 de noviembre de 2007)— tanto la madre como el recién nacido fueron dados de alta el 26 de noviembre de 2007, por evolución satisfactoria y con buenas condiciones generales de salud, pero el 27 de noviembre siguiente se registró el ingreso del recién nacido, "por sospecha de ano imperforado" y al día siguiente se practicó la colostomía. Eso indica que, contra la conclusión del tribunal, entre la fecha del nacimiento y la de intervención quirúrgica se produjo el daño que originó la demanda de reparación directa para la indemnización de perjuicios.*
>
> *...En consecuencia, el Tribunal Administrativo del Quindío deberá dictar la sentencia de reemplazo y valorar en conjunto el material probatorio del proceso ordinario para establecer si la omisión al detectar la malformación anorrectal del menor, conforme con la Norma*

Técnica para la Atención del Recién Nacido, influyó en la ruptura de vejiga, la fístula prostática y las infecciones urinarias del recién nacido."[19]

Así las cosas, la orden impartida en la sentencia de tutela es clara en analizar las pruebas y entender por superado el nexo causal entre el daño y la falla del servicio probada, consistente en el diagnóstico inadecuado al recibir al neonato.

No obstante lo dicho, es menester que se determine de forma clara cuál es el daño que se le atribuye a la falla y qué parte de los efectos físicos que se reflejan en la humanidad del menor son causa directa de su anomalía congénita, lo que entrará a determinar la manera como de determine el *quantum* de la indemnización a declarar.

En este orden de ideas y, sin más consideraciones la Sala concluye en la afirmación que en el presente caso, se ha demostrado la existencia de un **DAÑO ANTIJÍRIDICO**, por cuanto se probaron todos los elementos de la responsabilidad extracontractual atribuible a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ por la atención brindada al menor ÁNGEL DAVID RODAS ORDÓÑEZ al momento de nacer por lo que es menester **REVOCAR** la sentencia apelada, y las anteriores argumentaciones dan lugar a **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por el demandado denominadas DILIGENCIA Y CUIDADO y AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD; y en su lugar, **DECLARAR** la responsabilidad extracontractual del Estado EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ por los hechos acá analizados y condenar al pago de los perjuicios que se entra a determinar su procedencia y liquidación.

5.3. LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL DAÑO ACAECIDO EN EL PRESENTE ASUNTO

Los perjuicios, entendidos estos como *"el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño"*[20], en el presente caso, se solicitan en su acepción o clasificación de material

[19] Fol. 236 C. Ppal.

bajo el rubro del daño emergente presente y futuro, e inmaterial bajo la acepción de perjuicios morales, perjuicio fisiológico (hoy daño a la salud) y daño a la vida de relación, tal como se discriminan en el acápite 1.1. de la presente providencia; originados en el daño sufrido por los hechos tantas veces mencionados.

Por lo dicho, pasará esta Corporación a realizar la tasación de los perjuicios que en derecho correspondan.

5.3.1. DAÑO EMERGENTE: Consiste este en todos los gastos, erogaciones o salidas patrimoniales del patrimonio de la víctima. Como lo define el Código Civil, es *"el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento."* En palabras del CONSEJO DE ESTADO, *"El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima."*[21]. En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL, es *"el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento"*[22].

Ahora bien, la doctrina ha señalado la errónea concepción que existe al momento de indemnizar este tipo de daños puesto que se pueden quebrantar principios como el de **congruencia de la sentencia y debido proceso** (al indemnizar perjuicios ocasionados con daños no imputables al demandado, como sucedería si se indemnizan los derivados de la muerte, a sabiendas de que nexo causal que se imputa a la entidad es por la pérdida de oportunidad), **el de reparación integral** cuando se indemniza por menor valor del que realmente corresponde o por uno mayor (como cuando se toman valores sin tener en cuenta criterios objetivos para

---

[20] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de negocios generales, sentencia del 13 de diciembre de 1943 M.P. Cardozo Gaitán, citado por HENAO PÉREZ, Juan Carlos, El Daño, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, Pág. 77.

[21] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07633-01(15351). Actor: ILMO GIRALDO CHAVES. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVIAS).

[22] Sentencia C-916 de 2002, reiterada en Sentencia C-409 de 2009.

tal efecto y poder determinar los reales perjuicios derivados del daño), **el debido proceso y proscripción de la arbitrariedad** (cuando el juez simplemente invocando el arbitrio *juris*, a pesar de contar con elementos objetivos para determinar una indemnización, no realiza tal evaluación).

En primer lugar, es menester aclarar que en los hechos de la demanda no se expone ninguno en donde se explique en qué consiste el perjuicio que se pretende por daño emergente tanto causado como futuro.

Por otro lado, se observan una serie de tirillas de registradora de diferentes droguerías en donde se documentan compras realizadas en las mismas sin discriminar si quiera que bienes o servicios se entregan. En dos de las mencionadas facturas o documentos equivalentes se documenta la compra de un champú y de pañales Pequeñín. Igualmente se anexan copias de dos letras de cambio suscritas como obligado por HERMAN ANTONIO RODAS, padre de menor, sin que se explique en ninguna parte su origen.

En cuanto a los testimonios recepcionados[23], en torno a este daño realizan afirmaciones generales de las que no se puede establecer la existencia y monto del perjuicio reclamando

Así las cosas, para la Sala no existe prueba alguna de donde se pueda inferir la existencia de daño emergente consolidado.

En cuento al daño emergente futuro, igualmente no existe prueba de donde se pueda derivar su existencia, máxime que perito Médica Especialista en Cirugía Pediátrica afirma que el niño *"... podría llevar una vida normal."*[24].

Por lo expuesto, se concluye en la afirmación de la inexistencia de este perjuicio en el caso concreto.

---

[23] Fol. 182 a 189 C. Pruebas.
[24] Fol. 141 C. Ppal.

5.2. PERJUICIOS MORALES: No es otra cosa que la aceptación de la dignidad humana, es decir, el hecho de que en el Estado colombiano, el ser humano es un valor en sí, y todo el sistema axiológico constitucional, se encuentra basado en dicho principio (Artículo 1 de la C.P.) y cualquier atentado contra su valor como ser moral, debe ser compensado con una suma de dinero que indemnicen su bien inmaterial o su patrimonio intangible.

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de tenerse en cuenta para la valoración o cuantificación del perjuicio, la magnitud del daño causado al menor víctima directa y a las personas integrantes de su núcleo familiar cercano, con base en el *"arbitrio judis"*, debido a que se trata de indemnizar un perjuicio que es imposible medir en dinero y, por lo tanto, el juez debe tratar de, con una suma determinada, compensar en parte el sufrimiento acaecido con el daño, en aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, conforme a los criterios fijados por las sentencias de unificación sobre la tasación del daño, emitidas por el CONSEJO DE ESTADO en el mes de agosto de 2014 donde señaló:

> *"La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.*
>
> *Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:*

GRAFICO No. 2
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%."[25]

En el *sub examine* está probado que la atención brindada al bebé recién nacido no cumplió con los estándares de atención adecuados para este tipo de casos, es decir, el daño en sí es la atención inadecuada, inoportuna, ineficiente y el diagnóstico no inmediato de su anomalía congénita que presentaba desde su alumbramiento, lo que debió haberse observado conforme los protocolos existentes. Lo anterior, puesto que como lo aclaró el perito, Médica Especialista en Cirugía Pediátrica, las consecuencias que padece el menor tienen su origen en su malformación presentada al nacer[26].

En otras palabras, no existe prueba de que el diagnóstico no oportuno de su malformación le cause perjuicios cuantificables o mesurables a través de la pérdida de capacidad futura de laborar, por lo que en este sentido se descarta la aplicación de la tabla en mención para su valoración, por lo que el juez debe entrar a fijarlos

---

[25] Consejo de Estado, Sección Tercera Sala Plena de Sección, expediente No. Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Sentencia del 28 de agosto de 2014.

[26] Resalta esta prueba que la condición del menor *"actualmente es la misma que si se hubiere practicado la colostomía en el momento de su nacimiento."* Igualmente refiere que el niño "... *podría llevar una vida normal."* Fol. 141 C. Ppal.

con base en la equidad y el arbitrio judicial, como lo ordena el artículo 114 de la Ley 446 de 1998.

Así las cosas, el daño en sí resulta ser el tratamiento inadecuado del menor, por lo que el perjuicio se valorará partiendo de la base de que en atención a que se trataba de un recién nacido, merecía la total atención y un estándar de cuidado y diligencia superior al normal, por lo que de ello se infiere una antijuridicidad del daño endilgado, el que se valorará así:

NOMBRE	PARENTESCO Y NIVEL	VALOR
ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ	LESIONADO	30 S.M.L.M.V.
CAROLINA ORDOÑEZ BEDOYA,	MADRE, I NIVEL	30 S.M.L.M.V.
HERMES ANTONIO RODAS GAVIRIA	PADRE, I NIVEL	30 S.M.L.M.V.
MANUEL ALEJANDO RODAS ORDOÑEZ	HERMANO, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.
MARÍA OLGA GAVIRIA BEDOYA	ABUELA MATERNA, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.
EMILIA BEDOYA GUTIÉREZ	TERCERA DAMNIFICADO, V NIVEL	4,5 S.M.L.M.V.
ROCIO BEDOYA GUTIÉREZ	ABUELA MATERNA, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.

Se aclara que de la señora EMILIA BEDOYA GUTIÉRREZ se afirma en la demanda ser tía del niño directo damnificado, pero no se acredita dicho parentesco, pero los testimonios de MAGDA MILENA VALENCIA MONTOYA, PEDRO JOSÉ CÁRDENAS BEDOYA y GIOVANI ANTONIO RODAS GAVIRIA[27], dan cuenta de manera uniforme de la relación de afecto existente entre esta señora y la madre del menor y el menor mismos, y de los sentimientos que sus problemas de salud han generado, por lo que se legitima su actuación como integrante de la parte activa del proceso y se cuantifican sus perjuicios morales como tercera damnificada.

5.3. PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACIÓN Y EL PERJUICIO FISIOLÓGICO: El Consejo de Estado[28], frente a los perjuicios INMATERIALES daño a la vida de relación y alteración a las condiciones de existencia ha precisado y unificado en la sentencia en cita, el mismo se denomina en adelante daño a la salud, y este se predica únicamente de la víctima directa, en los siguientes términos:

[27] Fol.- 182 a 189 C. Pruebas.
[28] Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011 Exp 19.031

".....En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación – precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.
(...)
En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.
(...)

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del

perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno."

En sentencia de unificación expedida más adelante, fija los criterios de la existencia del mismo y entendiendo que el perjuicio a la salud no se presume, y aclara lo concerniente al monto a otorgar, así:

"La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la victima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	**Víctima directa**
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
-La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.

- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO **REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD**	
CONCEPTO	**Cuantía Maxima**
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V."[29]

Partiendo de la concepción anterior, se denegará el daño a la vida de relación, por ser este un rubro que se reconoce como daño a la salud en caso de lesiones a este derecho fundamental, que como se indicó, igualmente se debe mensurar conforme a lo que se demuestre frente al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, la que en el presente caso es inexistente, por lo que liquidará este perjuicio conforme la regla fijada en el anterior rubro, es decir, teniendo en cuenta que el daño es solo el no diagnóstico oportuno de su patología de base, por lo que se le concederá a la víctima directa ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ la suma equivalente a 30 s.m.l.m.v.

[29] CONSEJO DE ESTADO – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 23001233100020010027801 (28.804), M.P. Stella Conto Diaz del Castillo.

5.4. CUMPLIMIENTO DEL FALLO E INTERESES DE MORA: Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en la última de las mentadas normas.

6. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

No se condenará en costas al demandado en aplicación del artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del C.C.A., porque no se demostró temeridad[30].

7. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas y, sin más consideraciones la Sala concluye en la afirmación que en el presente caso, existe un **DAÑO ANTIJURÍDICO**, por lo que ha de declararse responsable al Estado EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ, a título de falla del servicio, confluyendo como se dejó indicado, todos los elementos de la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado, con las consecuentes condenas conforme a las particularidades del caso concreto.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

---

[30] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – C.P Enrique Gil Botero – veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009) – Rad No. 18.460 – Actor. Martha Cecilia Rojas Mora y Otros.

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2013, proferido por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE ARMENIA, y en su lugar:

SEGUNDO: DECLÁRENSE NO PROBADAS las excepciones formuladas por el demandado denominadas DILIGENCIA Y CUIDADO y AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.

TERCERO: DECLÁRESE extracontractual y administrativamente responsable a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ, por los daños antijurídicos ocasionados a ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ, CAROLINA ORDOÑEZ BEDOYA, HERMES ANTONIO RODAS GAVIRIA, MANUEL ALEJANDO RODAS ORDOÑEZ, MARÍA OLGA GAVIRIA BEDOYA, EMILIA BEDOYA GUTIÉREZ y ROCIO BEDOYA GUTIÉREZ, conforme se consideró en la presente sentencia.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ a pagar por concepto de **PERJUICIOS MORALES**, a las sumas que a continuación se relacionan, a favor de las personas que en ellos se indica, expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del presente fallo:

NOMBRE	PARENTESCO Y NIVEL	VALOR
ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ	LESIONADO	30 S.M.L.M.V.
CAROLINA ORDOÑEZ BEDOYA,	MADRE, I NIVEL	30 S.M.L.M.V.
HERMES ANTONIO RODAS GAVIRIA	PADRE, I NIVEL	30 S.M.L.M.V.
MANUEL ALEJANDO RODAS ORDOÑEZ	HERMANO, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.
MARÍA OLGA GAVIRIA BEDOYA	ABUELA MATERNA, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.
EMILIA BEDOYA GUTIÉREZ	TERCERA DAMNIFICADO, V NIVEL	4,5 S.M.L.M.V.
ROCIO BEDOYA GUTIÉREZ	ABUELA MATERNA, II NIVEL	15 S.M.L.M.V.

Igualmente, **CONDÉNESE** a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ a pagar por concepto de perjuicios por **DAÑO A LA SALUD**, a la suma que a continuación se relaciona, a

favor de la persona que en él se indica, expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del presente fallo:

NOMBRE	PARENTESCO Y NIVEL	VALOR
ÁNGEL DAVID RODAS ORDOÑEZ	LESIONADO	30 S.M.L.M.V.

QUINTO: La EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LA MISERICORDIA DE CALARCÁ, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 177 del C.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en la misma norma.

SEXTO: Sin costas en esta instancia por lo ya considerado.

SÉPTIMO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta Nº 36.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

JUAN CARLOS BOTINA GÓMEZ

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO