

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**

Medellín, tres (3) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	050013333011- 2015-00877 -00
DEMANDANTES	VIANCY DORALY MAZO OCAMPO y otros
DEMANDADOS	1. E.S.E. METROSALUD 2. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA – COMFAMA 3. Dra. LEONORA OROZCO VARGAS 4. Dra. DIANA CECILIA JARAMILLO 5. Dr. CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ
LLAMADOS EN GARANTÍA	1. LA PREVISORA S.A. 2. SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA “SOGOS” 3. E.S.E. METROSALUD 4. SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. 5. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. 6. ALLIANZ SEGUROS GENERALES S.A. 7. SEGUROS DEL ESTADO S.A.
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA N°	90

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en el medio de control de la referencia.

HECHOS

Señalaron los demandantes que el señor WILLIAM DE JESÚS URREGO conformó una familia con la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO desde hace más de 8 años, fruto de esta unión a finales del año 2012 la señora VIANCY DORALY quedó en estado de embarazo.

Que debido a la condición de desplazamiento y a la falta de recursos económicos el grupo familiar fue incluido en el plan de beneficios del Sisben a través de COMFAMA EPS REGIMEN SUBSIDIADO

Que el 28 de septiembre de 2012 la señora VIANCY DORALY ingresó al programa de control prenatal en COMFAMA – EPS RÉGIMEN SUBSIDIADO y que el médico que le realizó el examen de ingreso la encontró en buenas condiciones generales, con cifras elevadas de presión arterial (150/90); por ser su primer embarazo, por sus precarias condiciones socio económicas, su bajo nivel de instrucción, las deficientes condiciones sanitarias de la vivienda, por su baja estatura, el galeno clasificó el embarazo como de alto riesgo obstétrico.

El día 7 de noviembre de 2012 a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO le realizaron una ecografía obstétrica en al E.S.E. UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE que arrojó como resultado embarazo de 27 semanas más 5 días de gestación, bebé de sexo masculino, con buena vitalidad, con placenta y líquido amniótico adecuados para la edad gestacional, el ginecólogo que realizó el examen manifestó en el informe escrito que no se pudieron determinar

percentiles de crecimiento del feto por no contar con ecografías previas, sugiere realizar nueva ecografía en 2 a 3 semanas para valorar el crecimiento fetal.

El 19 de diciembre de 2012 se llevó a cabo una segunda ecografía donde se encontró un embarazo de 33 semanas más 5 días de gestación, bebé de sexo masculino, con vitalidad, placenta y líquido amniótico adecuados para la edad gestacional, peso: 2.383 gramos, el ginecólogo que realizó este examen describe que el bebé tiene intactos sus órganos vitales, manifestó que no se determinaron percentiles de crecimiento del feto por no contar con ecografías tempranas, sin embargo, se observa una adecuada ganancia de peso con respecto a la ecografía previa y se determinó como fecha probable de parto el 1 de febrero de 2013.

Que luego de realizarse cinco controles prenatales, de realizarse todos los exámenes de laboratorio y haberse tomado todas las vitaminas que le prescribían los médicos de su EPS, el día 7 de febrero de 2013 consultó a COMFAMA EPS ya que le iniciaron las contracciones del parto, con expulsión del tapón mucoso y que el médico de esa institución le realizó una valoración fetal constatando que el bebé se encontraba en buenas condiciones generales, por lo cual fue remitida la UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE de la ciudad de Medellín.

Que a las 7:47 de la noche de ese mismo día ingresó la señora VIANCY DORALY a la E.S.E. UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE DE METROSALUD, es evaluada por el médico de urgencias quien la encuentra en buenas condiciones generales, le realiza una valoración fetal constatando que tiene una altura uterina de 33 centímetros, el bebé se encuentra en posición cefálica con frecuencia cardiaca fetal de 146 latidos por minuto, le realiza un tacto vaginal en donde determina que el cuello uterino está en 4 de dilatación y el feto está en estación -2 (la cabeza del bebé no ha descendido en el canal del parto).

Pese a que en sus 5 controles prenatales fue clasificada como de alto riesgo obstétrico, la demandante es dejada en observación en una camilla durante toda la noche.

Que a la madrugada del día 8 de febrero de 2013 sin ser evaluada por un médico especialista en obstetricia a las 5:45 de la mañana luego de un trabajo de parto prolongado, la médica SANDRA MILENA DÍAZ C. detectó un no descenso de la presentación (la cabeza del bebé no ha descendido por el canal del parto), que además presentaba signos de sufrimiento fetal agudo ya que encontró cifras de frecuencia cardiaca fetal de 80 por minuto por lo que solicitó evaluación por gineco obstetricia.

De inmediato trasladaron a la materna a la sala de partos, le suministraron oxitocina y le indicaron que debía pujar para expulsar el feto vía pélvica, que hizo varios intentos con mucho dolor sin éxito, luego entre varios médicos le realizaron maniobras con el uso de fórceps para tratar de extraer al bebé de manera forzada por el canal de parto también sin éxito.

Luego la gineco obstetra Dra. LEONORA OROZCO VARGAS ordenó trasladar de inmediato a la paciente al quirófano para realizar una cesárea, pero que no se lo comunicó a la accionante ni tampoco se le pidió que firmara el consentimiento informado como tampoco se le explicó a ella o a su esposo los riesgos de este procedimiento.

A las 6:14 de la mañana nació un bebé a término, de sexo masculino, flácido muy deprimido con dificultad respiratoria con quejido y retracciones intercostales APGAR de 4, meconio grado II, con peso de 3.550 gramos talla 53 centímetros y caput succedaneum marcado en el cráneo.

Que el bebé nació tan deprimido que requirió maniobras de reanimación cardio

pulmonar para estabilizarle los signos vitales, lo intubaron y conectaron a un ventilador, le suministraron oxígeno a presión positiva y presentó episodios convulsivos.

No fue sino pasadas más de 10 horas de nacido que el pediatra Dr. CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ decidió remitirlo en una ambulancia medicalizada a una institución de mayor nivel de complejidad por diagnóstico de otras hemorragias fetales y neonatales específicas, que en la nota de remisión describieron el trauma obstétrico severo con depresión neonatal, anemia por posible hematoma subgaleal, se debió descartar algún otro sangrado a nivel del sistema nervioso central.

El día 8 de febrero de 2013 a las 05:33 de la tarde ingresó el recién nacido a la Clínica Universitaria Bolivariana donde llegó en ambulancia, que fue hospitalizado en la unidad de cuidados intensivos neonatales, le solicitaron TAC de cráneo urgente y múltiples exámenes de laboratorio.

Los pediatras de esa institución hospitalaria advirtieron en la nota de ingreso que debido a que el bebé fue remitido tardíamente no se beneficiaba del único tratamiento disponible para disminuir las secuelas de hipoxia neonatal, ya que luego de pasadas 6 horas no se obtiene beneficio de conectarlo al sistema cool-cap el cual se tiene disponible en esa institución, que los exámenes de laboratorio mostraron una anemia severa, con hemoglobina de 8.5 y que le ordenaron transfusión de glóbulos rojos.

Que el bebé fue registrado con el nombre de YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, el día 5 de marzo de 2013 fue ingresado al programa "Madre Canguro Integral" en donde le realizan terapia física, terapia respiratoria y terapia ocupacional una vez por semana.

El día 17 de junio de 2013 YOJAN ALEJANDRO fue evaluado por neurología infantil en la Clínica León XIII y le encontraron hemiparesia izquierda, le diagnosticaron secuelas de encefalopatía hipóxico isquémica sarnat III severa con infarto del hemisferio derecho, con alto riesgo neurológico de epilepsia, retraso psicomotor, compromiso cognitivo y sensorial en el momento con compromiso evidente motor el cual ha mejorado con las terapias, le continúan las terapias y el tratamiento integral.

Las secuelas neurológicas, la parálisis infantil y el retardo en el desarrollo que presenta YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO le ha causado daños a él y a su grupo familiar.

Con base en los anteriores hechos formulan las siguientes

PRETENSIONES

A- Muy respetuosamente solicito, al señor juez, que en sentencia con fuerza de verdad legal, realice las siguientes declaraciones:

- a) Declarar que entre la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFALA E.P.S. existía un contrato de prestación de servicios de salud, con base en su afiliación al régimen subsidiado en salud, a través de esa empresa promotora de salud POS-S.*
- b) Declarar administrativamente responsable a la E.S.E. METROSALUD-UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE, por las lesiones neurológicas irreversibles que le fueron ocasionadas en esa entidad estatal al menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, debido a negligencia, imprudencia violación de protocolos, violación al deber de seguridad, tardanza en la atención médica que le fue brindada en esa institución estatal a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO y a su pequeño hijo.*

- c) Declarar administrativamente responsable a la Dra. DIANA C. JARAMILLO., por la lesiones neurológicas irreversibles del menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, debido a negligencia, imprudencia violación de protocolos, violación al deber de seguridad, tardanza en la atención médica que le fue brindada en esa institución a la señora VIANCY DOLARY MAZO OCAMPO y a su pequeño hijo.
- d) Declarar administrativamente responsable a la Dra. LEONORA OROZCO VARGAS, por las lesiones neurológicas irreversibles del menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, debido a negligencia, imprudencia violación de protocolos, violación al deber de seguridad, tardanza en la atención médica que le fue brindada en esa institución a la señora VIANCY DOLARY MAZO OCAMPO y a su pequeño hijo.
- e) Declarar administrativamente responsable al Dr. CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ, de los perjuicios causados a los demandantes por las lesiones neurológicas irreversibles del menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, debido a negligencia, imprudencia violación de protocolos, violación al deber de seguridad, tardanza en la atención médica que le fue brindada en esa institución a la señora VIANCY DOLARY MAZO OCAMPO y a su pequeño hijo.
- f) Por sus vínculos contractuales y comerciales, declarar la solidaridad, entre la E.S.E. METROSALUD UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA E.P.S.

B- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, respetuosamente solicito, al señor juez, realizar en contra de la E.S.E. METROSALUD UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE y de manera solidaria en contra de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA E.P.S. de la Dra. LEONORA OROZCO VARGAS, de la Dra. DIANA C. JARAMILLO y del Dr. CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ y a favor de mis representados, las siguientes condenas:

PRIMERO: Que se indemnice económicamente a mis poderdantes, por el daño antijurídico causado lesiones personales de carácter permanente al menor de edad YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO y a mis demás poderdantes.

SEGUNDO: La indemnización económica será por concepto de PERJUICIOS MATERIALES (daño emergente, lucro cesante) perjuicios morales, dolor, perjuicios de la vida de relación, pérdida de la oportunidad de haber obtenido una vida sana del menor de edad YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.

TERCERO: LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS quedará tasada de la siguiente manera:

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....200 SMLMV
- Para VIANCY DORALY MAZO.....200 SMLMV
- Para WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE.....200 SMLMV
- Para MILTON DE JESÚS URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV
- Para JANER LEAN URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV
- Para CLEIDY YEN URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACIÓN:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....200 SMLMV
- Para VIANCY DORALY MAZO.....200 SMLMV
- Para WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE.....200 SMLMV

- Para MILTON DE JESÚS URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV
- Para JANER LEAN URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV
- Para CLEIDY YEN URREGO TUBERQUIA.....100 SMLMV

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS PSICOLÓGICOS:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....200 SMLMV
- Para VIANCY DORALY MAZO.....200 SMLMV
- Para WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE.....200 SMLMV

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS FISIOLÓGICOS:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....200 SMLMV

POR CONCEPTO DE PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE RECUPERARSE – PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD DE SER UN HOMBRE SANO:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....200 SMLMV

PERJUICIOS MATERIALES:

- Para YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO.....468 SMLMV en calidad de lucro cesante.
- Para el señor WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE la suma de \$ 2.000.000 en calidad de daño emergente consolidado.
- Para la señora VIANCY DORALY MAZO, la suma de \$100.000 mensuales, en forma indefinida por concepto de daño emergente futuro.
- Para la señora VIANCY DORALY MAZO el pago de salario mínimo desde el momento del nacimiento de su bebé hasta el momento actual por concepto de lucro cesante consolidado.
- Para la señora VIANCY DORALY MAZO, el pago de salario mínimo desde el momento actual y en forma indefinida hasta que el bebé fallezca, por concepto de lucro cesante consolidado.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Solicito de manera respetuosa sea reconocido y pagado al menor de edad YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO una pensión vitalicia, la cual equivaldría a la suma de 3.068 SMLMV – sobre 644.350 salario mínimo de 2015.

Lo anterior para un total de UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS ML (1,889.688,000,00) pesos moneda legal.

Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

E.S.E. METROSALUD: oportunamente dio respuesta a la demanda (fls. 134-156), se opuso a las pretensiones y señaló que los controles prenatales fueron realizados en el centro de salud Santo Domingo Sabio, perteneciente a Metrosalud, que la paciente fue constantemente evaluada por médico general y por el personal de enfermería como se refleja en la historia clínica.

Que no es cierto que algún médico de la entidad haya usado fórceps para ayudar a extraer al bebé, pues una cosa es la utilización de fórceps y otra es la realización de maniobras de Kristeller que es una técnica obstetricia algo

habitual en las clínicas y hospitales alrededor del mundo que se utiliza para hacer salir al bebé con mayor rapidez a través del canal vaginal durante la fase de expulsión.

Tampoco es cierto que los pediatras o cualquier otro médico o paramédico de la Clínica Bolivariana que tuvo a cargo la atención del menor a su ingreso haya manifestado que el bebé fue remitido tardíamente.

Que la atención obstétrica fue adecuada y oportuna en su triage prioridad amarillo así como la atención de urgencias y la atención de sala de partos, que es claro por las notas de la historia clínica que no hubo trauma en el trabajo de parto, en partos y en la cesárea, que según nota del pediatra a las 6:14 am encuentra cabeza normal, fontanelas normales con caput succesaneum, fascies normales, resto de examen físico normal, piel normal, no hay equimosis ni en cara ni en resto del cuerpo, moro simétrico, reflejo que habla de integridad cerebral en ese momento.

Que en la cesárea no se evidenció extracción difícil, ni maniobras de ascenso de la cabeza fetal y que se describió como sin complicaciones.

En cuanto a la atención neonatal señaló que según la historia clínica se puede concluir que el recién nacido fue diagnosticado con trauma craneal severo, confirmados por TAC y RNM de cerebro, que no se evidenció sufrimiento fetal agudo, nació deprimido y clínicamente inestable y pediatría inicia remisión a las 11:39 am, vuelve y aparece una evaluación por pediatra a las 15:40 pm, se remitió como urgencia vital a las 16:00, neonato con compromiso neurológico severo.

Propuso como excepciones cumplimiento de la lex artis, ausencia de nexo de causalidad como elemento estructurante de responsabilidad y llamó en garantía a la PREVISORA S.A., al Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia SOGOS y a la Federación Gremial de Trabajadores de la Salud FEDSALUD.

LA CAJA COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA COMFAMA: dio respuesta de forma oportuna a la demanda (fls. 315-355), oponiéndose y rechazando cada una de las pretensiones y manifestando en síntesis que la entidad accionada permitió y brindó la correspondiente atención prenatal a la materna VIANCY DORALY MAZO OCAMPO, que en efecto su embarazo fue catalogado de alto riesgo debido a las elevadas presiones arteriales y la anemia que presentó durante el mismo, pero no está demostrado un actuar culposo, tardío o negligente de la entidad aseguradora.

Que si bien COMFAMA EPS en cumplimiento de sus obligaciones legales dispuso una red prestadora de servicios de salud de manera idónea y de calidad, debe tenerse presente que las decisiones médicas y clínicas adoptadas por cada una de ellas en cumplimiento de su deber de prestar directamente con su personal profesional y auxiliar la correspondiente atención a la paciente, no pueden ser imputadas a COMFAMA, toda vez que la Ley, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Salud no responden de forma solidaria por los daños en que puedan incurrir cada uno de sus integrantes en desarrollo de esa prestación del servicio.

Que no existe registro por parte del personal médico y auxiliar, donde se haga referencia al uso de fórceps durante el expulsivo para extraer al bebé y que lo que se observa es la realización de maniobras de Kristeller, conducta permitida por la lex artis con el objeto de ayudar a que el bebé pueda salir con mayor rapidez a través del canal vaginal durante la fase de expulsión, así como tampoco existe registro de la remisión tardía alegada por la parte demandante

a la Clínica Universitaria Bolivariana.

Que COMFAMA EPS no ejecutó ninguna conducta causante de daño y secuelas en el menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO toda vez que cumplió adecuada y diligentemente todas sus obligaciones legales asignadas en el SGSSS, autorizando oportunamente todos los servicios necesarios para el cuidado de la salud del afiliado.

Propuso como excepciones inexistencia de responsabilidad, fuerza mayor o caso fortuito, existencia de riesgos inherentes a la alteración súbita de la fetocardia, cumplimiento de las obligaciones legales de COMFAMA y caducidad.

Por último, llamó en garantía a la E.S.E. METROSALUD, a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., ALLIANZ SEGUROS S.A.

DIANA CECILIA JARAMILLO POSADA: contestó oportunamente la demanda (fls. 555-561), oponiéndose a las pretensiones y argumentando en síntesis que el día 8 de febrero de 2013 a la demandada le correspondió en ronda médica valorar a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO a quien encontró en buenas condiciones generales por el servicio de ginecología, lo cual permitió a la doctora tomar la decisión de darle de alta por el servicio de ginecología.

Propuso como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de nexo causal, ausencia de elemento subjetivo de la conducta, tasación excesiva de perjuicios y la genérica.

LEONORA OROZCO VARGAS: presentó escrito de contestación dentro del término legal (fls. 566-580), se opuso a las pretensiones de la demanda, se pronunció frente a los hechos y señaló en síntesis que solo tuvo contacto con la paciente el día 8 de febrero de 2013, cuando la evaluó y procedió a realizarle la cesárea, que la Dra. Leonora en ningún momento utilizó fórceps y una vez extrajo al bebé del útero de la madre, hizo entrega del mismo al especialista en pediatría, continuando la profesional en gineco obstetricia con la atención de la señora VIANCY MAZO.

Propuso las excepciones de inexistencia de nexo causal, ausencia de elemento subjetivo de la conducta, tasación excesiva de perjuicios y la genérica.

LA LLAMADA EN GARANTÍA E.S.E. METROSALUD: dio respuesta al llamamiento formulado por la EPS COMFAMA de forma oportuna (fls. 676-679), se refirió a los hechos del llamamiento y frente a los hechos de la demanda se remitió en todos sus puntos a la respuesta que sobre éstos presentó la entidad en su contestación de la demanda, solicitando que no se declare la configuración de la falta o falla en la prestación del servicio médico brindado.

LA LLAMADA EN GARANTÍA LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS: contestó el llamamiento en forma oportuna (fls. 693-717), replicando los hechos manifestando que se atienen a lo consignado en la historia clínica de la paciente VIANCY DORALY MAZO, se opuso a las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de inexistencia de falla en el servicio por atención médica perita, diligente y acorde a la lex artis por parte de la E.S.E. METROSALUD durante el trabajo de parto y nacimiento del bebé YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO, ausencia de responsabilidad de la E.S.E. METROSALUD en relación con los daños invocados, por inexistencia de nexo causal, inexistencia de prueba del perjuicio moral pretendido e indebida tasación, improcedencia del perjuicio extrapatrimonial reclamado en su modalidad de daño a la salud e indebida tasación, inexistencia del daño a la vida de relación, inexistencia de prueba del perjuicio material, improcedencia del pago de una pensión vitalicia al menor y se opuso a la condena en costas y

agencias en derecho y la genérica.

Frente al llamamiento en garantía contestó los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones no cobertura de responsabilidad civil profesional individual propia de los médicos, exclusión por dolo o culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud, límite asegurado para daños extrapatrimoniales, límite asegurado y correlativa disponibilidad de éste, deducible pactado y la genérica.

LA LLAMADA EN GARANTÍA SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA – SOGOS: En su oportunidad correspondiente presentó escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía (fls. 737-758) haciendo una relación de los momentos y las atenciones dispensadas por la entidad.

Que la Dra. LEONORA OROZCO adscrita a SOGOS atendió a la paciente y diagnosticó un trabajo de parto detenido e inmediatamente ordenó pasar a la paciente para cesárea, se lee en la historia clínica que el procedimiento inició a las 6:10 a.m. y culminó a las 6:25 a.m. de manera exitosa y sin complicaciones.

El equipo médico adscrito a SOGOS no se ocupó de la evolución del menor, solo de la madre como lo indican los protocolos médicos y a la madre se le realizaron dos controles posparto el primero a las 7:35 a.m. del 9 de febrero de 2013 encontrando una evolución adecuada, y el segundo control realizado de manera ambulatoria el 19 de febrero de 2013 también hallando buenas condiciones de la paciente.

La actuación de la entidad fue oportuna, expedita y de acuerdo a los protocolos médicos vigentes en la materia, por lo que no se puede entender como la causante de los perjuicios que reclama la parte demandante.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó la condena a la parte demandante por concepto de agencias en derecho y formuló las excepciones de ausencia de incumplimiento por parte del sindicato SOGOS, ausencia de culpa como elemento estructural de la responsabilidad médica, ausencia de nexo causal, improcedencia del perjuicio denominado daño a la vida en relación y perjuicio fisiológico, improcedencia de lucro cesante consolidado y futuro, tasación excesiva de los perjuicios, por último, llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

LA LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.: dentro de la oportunidad legal se pronunció frente al llamamiento y frente a las pretensiones de la demanda (fls. 794-798), solicitando circunscribir la relación contractual en los términos de las pólizas No. 021432813 y No. 021653604/0, formuló como excepciones al llamamiento en garantía inexistencia de obligación de indemnizar – exclusiones pactadas, límite de la suma asegurada, deducible pactado, disponibilidad de la suma asegurada, porcentaje correspondiente a la compañía coaseguradora de la póliza de responsabilidad civil y prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro.

Se opuso a la pretensión de la demanda y propuso como excepción objeción a la estimación de la cuantía.

LA LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. en su oportunidad procesal correspondiente contestó el llamamiento en garantía (fls. 809-836) con pronunciamiento sobre los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones en contra de COMFAMA y formuló

como excepciones ausencia de responsabilidad – materialización riesgo inherente, existencia de consentimiento informado, debida prestación del servicio, ausencia de responsabilidad, inexistencia de vínculo contractual entre la demandante y COMFAMA, tasación excesiva del perjuicio, improcedencia de la pretensión subsidiaria de pago de una pensión vitalicia al menor YOJAN ALEJANDRO e improcedencia de condena en costas.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a su prosperidad formulando las excepciones de inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de la aseguradora, coaseguro, límite asegurado, improcedencia de condena a intereses moratorios y ausencia de cobertura de asistencia jurídica.

LA LLAMADA EN GARANTÍA ALLIANZ SEGUROS S.A. dentro del término legal se pronunció y contestó el llamamiento en garantía (fls. 875-887) admitiendo la celebración del contrato de seguro contenido en la póliza número 021653604 celebrado entre COMFAMA y ALLIANZ S.A. asumiendo un coaseguro del 50% del riesgo asegurable y vigente para la época de los hechos.

Que la modalidad de la cobertura es *claims made* y que el contrato de seguro no amparaba los actos ejecutados por COMFAMA en calidad de Entidad Promotora de Salud EPS-S, se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía y formuló como excepciones ausencia de cobertura, coaseguro pactado, límite del valor asegurado y deducible pactado.

Frente a la demanda principal reseñó que no le constan los hechos en consecuencia la parte actora los deberá probar, se resistió a las pretensiones de la demanda, sostuvo que los procedimientos y tratamientos suministrados a la materna VIANCY DORALY MAZO fueron oportunos, adecuados y ajustados al POS-S y a lo que la *lex artis* indica.

Propuso como excepciones ausencia de factor de imputación, inexistencia de responsabilidad del asegurado, materialización de un riesgo inherente, indebida y exagerada tasación de los perjuicios aducidos y solicitó la condena en costas a la parte actora.

LA LLAMADA EN GARANTÍA SEGUROS DEL ESTADO S.A.: en su oportunidad legal presentó escrito de contestación a la demanda y al llamamiento en garantía, donde se pronunció sobre los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía formulado en contra de SOGOS.

Propuso como excepciones ausencia de falla en el servicio por parte de SOGOS, inexistencia del nexo causal frente a SOGOS, tasación exagerada de los perjuicios morales reclamados, imposibilidad de reconocer indemnización por “daño a la vida de relación”, “perjuicio fisiológico”, y “perjuicio psicológico”, inexistencia del lucro cesante pretendido y la genérica.

En lo que respecta al llamamiento en garantía de igual manera se opuso a las pretensiones formuladas por SOGOS en contra de la aseguradora y formuló como excepciones límite del valor asegurado según las condiciones y vigencia de la póliza 65-03-101027562, deducible pactado en la póliza, concurrencia de requisitos para afectación de la póliza y la genérica.

EXCEPCIONES RESUELTAS EN AUDIENCIA INICIAL

En la audiencia inicial llevada a cabo el día 19 de marzo de 2019 (fls. 1030-1033), se declaró no probada la caducidad propuesta por COMFAMA y frente a las demás excepciones se resolvió diferir su análisis para el momento de la

sentencia.

ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.: dentro de la oportunidad legal presentó su escrito de alegatos de conclusión (fls. 1071-1091), hizo una relación de los hechos principales del litigio, del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto y un análisis de las pruebas recaudadas para insistir en las excepciones propuestas y concluir que no es claro cuál es realmente la falla en el servicio médico que se le atribuye a la E.S.E. METROSALUD pues se desvirtúan los reproches de la demanda concernientes a que se dio una falla en el servicio por la larga duración del expulsivo o por la utilización de fórceps pues esto no quedó acreditado y menos que la bradicardia fetal haya sido causada por la atención médica o que no se haya atendido en debida forma.

La atención que recibió la demandante fue oportuna y siempre siguiendo los postulados de la lex artis y de conformidad con los protocolos médicos establecidos para la E.S.E.

Sobre la maniobra de Kristeller utilizada, según lo analizado en el dictamen pericial y su contradicción, no es posible concluir que su aplicación derivara necesariamente en la bradicardia del menor, porque ésta se realizó cuando ya había aparecido una alerta de disminución de frecuencia cardiaca, según lo concluyó el perito.

Que en el presente caso no se configuró ninguna falla en el servicio por parte de la E.S.E. METROSALUD y la causa de la lamentable enfermedad del menor, debe atribuirse a las complicaciones propias que presentó la paciente durante el parto, por ello solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y consecuentemente las pretensiones del llamamiento en garantía.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.: dentro del término legal presentó su escrito de alegaciones finales (fls. 1092-1108), haciendo un planteamiento del problema jurídico del caso concreto así como de las excepciones formuladas y argumentando que la parte actora en ningún momento reprochó el actuar de COMFAMA EPS, toda vez que esta entidad cumplió a cabalidad con todas las obligaciones a su cargo.

El perito traído al proceso afirmó que la señora VIANCY DORALY no fue instrumentalizada, es decir no se utilizaron fórceps, la técnica y el actuar de la Dra. LEONORA OROZCO VARGAS fueron adecuadas, el parto no fue prolongado, solo lo fue el expulsivo, la señora se encontraba en 4 de dilatación lo que significa que no estaba lista para un parto vaginal pues para iniciar el expulsivo debe estar en 10 de dilatación y que el llamado a la ginecobotetra fue realizado en debido tiempo.

Concluyó que COMFAMA EPS al no desplegar una acción u omisión que haya tenido como efecto la materialización de algún daño a los demandantes, no es responsable y por lo tanto deberá ser exonerada, los demandantes no lograron demostrar acción u omisión de la entidad que pudiera traducirse en una indebida prestación del servicio.

LA DRA. LEONORA OROZCO VARGAS: allegó en su oportunidad procesal correspondiente sus alegatos de conclusión (fls. 1109-1113), manifestando que la parte actora no confirmó probatoriamente los supuestos fácticos y jurídicos indispensables y necesarios para la prosperidad de la acción incoada, en especial la culpa grave y/o dolo con el cual actuaron los profesionales de la salud durante la atención brindada a la señora VIANCY DORALY, por lo tanto las pretensiones deben ser denegadas.

La historia clínica y el dictamen pericial son claros en mostrar como la Dra. LEONORA OROZCO actuó de manera oportuna y adecuada durante la atención médica dispensada a la señora MAZO, acertadamente ordenó la realización de una cesárea urgente, lo que elimina el elemento subjetivo de la culpa grave o dolo indispensable para la consecución de las pretensiones.

Finalizó solicitando se proferiera sentencia en la cual sean negadas las pretensiones de la demanda.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.: dentro del término legal presentó sus alegaciones finales (fls. 1114-1120), señalando que la llamante en garantía, COMFAMA no es responsable de consecuencias generadas por eventuales errores o fallas médicas de las instituciones prestadoras de servicios de salud, siempre y cuando la elección de las entidades hayan sido adecuadas con sucedió en el presente caso.

Que tampoco existe solidaridad entre la EPS, el médico y las IPS tratantes, cuando aquel no es empleado de aquella, además de lo anterior, quedó demostrado que la conducta y el procedimiento médico adelantado a la paciente por parte del persona, fue conducente, pertinente y oportuno, de acuerdo con su evolución, sintomatología y patología.

Que la maniobra Kristeller realizada fue necesaria por falta de pujo de la madre, pues había contracciones pero no se podía lograr la expulsión del bebé, tampoco fue demostrado en el proceso que en Colombia las guías de atención del parto prohíban el uso de esta maniobra.

Insistió en las excepciones formuladas del llamamiento en garantía y concluyó que las mismas debían prosperar y en consecuencia absolver las pretensiones de la parte demandante.

DRA. DIANA CECILIA JARAMILLO POSADA: en la oportunidad procesal correspondiente presentó sus argumentos de conclusión (fls. 1121-1123), señalando que la atención brindada por la demandada a la señora VIANCY DORALY el día 8 de febrero de 2013 a las 7:35 a.m. fue oportuna y adecuada, la encontró en buenas condiciones generales por el servicio de ginecología, lo que permitió darle de alta.

La parte demandante no logró probar los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado, en especial no acreditó el elemento subjetivo, así como tampoco el nexo causal, por ello solicitó al despacho negar las pretensiones de la demanda.

LA E.S.E. METROSALUD: a folios 1124-1132 del expediente y encontrándose en el momento legal oportuno, presentó su escrito de alegatos de conclusión, donde realizó un recuento procesal del trámite adelantado, determinó el problema jurídico y el régimen aplicable, hizo énfasis en la prueba pericial practicada la cual concluyó que la atención brindada a la señora VIANCY DORALY se ajustó a lo establecido en las guías del Ministerio de Salud que establece que cuando un paciente no tiene pujo este se reemplaza mediante el Kristeller, fórceps o cesárea, lo que evidencia que a la demandante se le realizaron todas las ayudas y actuaciones necesarias para el nacimiento de su hijo.

Se descartó claramente nexo causal de la maniobra Kristeller con la bradicardia y el sufrimiento fetal, el dictamen no acreditó la relación causal entre la sintomatología presentada por el paciente y la atención recibida en la E.S.E. METROSALUD.

Que los testimonios e interrogatorio de parte practicados dentro del proceso apuntan a una adecuada evolución del trabajo de parto en todo momento, salvo cuando minutos antes del expulsivo se presentó una disminución de la fetocardia debido a una bradicardia, la cual al verificar con el tiempo era patológica, fue tratada de inmediato con cesárea emergente por el ginecobstetra, por lo que no es la bradicardia y el sufrimiento fetal la causa directa de las actuales condiciones de salud del menor, solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda y se condenara en costas.

SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA - SOGOS: el día 31 de octubre de 2019, dentro del término legal presentó sus alegaciones finales (fls. 1133-1143), señaló en síntesis que los demandantes no cumplieron con la carga de demostrar los presupuestos de la responsabilidad que alega, concretamente la falla en el servicio con relación a la participación del sindicato SOGOS pues se actuó bajo los protocolos médicos.

El equipo de SOGOS no intervino en el trabajo de parto, únicamente en la realización de la cesárea la cual resultó exitosa, según lo manifestado además por el dictamen pericial practicado en el proceso, además le fueron comunicados a la paciente los riesgos del procedimiento de cesárea que suscribió el consentimiento informado, por lo que solicitó desestimar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.

SEGUROS DEL ESTADO S.A.: allegó su escrito de alegatos de conclusión de forma oportuna (fls. 1144-1152), en suma argumentó que hay una ausencia de causalidad jurídico-material entre las atenciones de la especialidad en ginecobstetricia con las secuelas del recién nacido.

En igual sentido a SOGOS, manifestó que la intervención de la Dra. LEONORA OROZCO se limitó a la orden y realización de la cirugía de cesárea y en este sentido se cumplió con la ciencia médica al respecto, por ello solicitó al despacho desatender las pretensiones de la demanda y en caso contrario, se analice la relación contractual contenida en la póliza expedida por la aseguradora debiendo tener en cuenta las condiciones generales y particulares del contrato de seguro mencionado.

ALLIANZ SEGUROS S.A.: en escrito aportado a folios 1153-1158 que contiene sus argumentos finales, manifestó en síntesis que la actividad desarrollada por COMFAMA en su calidad de EPS-S no es ni fue la de prestar los servicios de salud a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO, la entidad puso a disposición de la actora una red de instituciones prestadoras de servicios de salud para atender a cabalidad las necesidades de sus afiliados, sin que dicha atención se extienda a prestar en forma directa los servicios requeridos por estos.

Que los hechos ocurridos son producto de riesgos inherentes al parto y no a actuaciones u omisiones de la E.P.S. quien en todo momento garantizó la prestación del servicio de salud que su afiliada requería.

Concluyó que está debidamente probada la ausencia de los elementos estructurales de responsabilidad del Estado como lo son el daño, el nexo causal y la falla en el servicio, por ello no se deben acoger las pretensiones de la demanda.

LA PARTE DEMANDANTE: a folios 1154-1176 presentó sus alegatos de conclusión donde puso en cuestionamiento el actuar de las demandadas, concretamente señaló que a pesar de contar con servicio permanente de médico especialista de ginecología y obstetricia en la UNIDAD HOSPITALARIA

DE MANRIQUE, la demandante no fue evaluada por ésta especialista sino hasta haberse complicado la paciente y su bebé, además se usó la maniobra de Kristeller, la cual está contraindicada a la luz de la evidencia científica en una revisión sistemática realizada por Colciencias a través del Ministerio de Salud.

Que con esta maniobra se le causó el daño neurológico a YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO al punto de nacer con fractura de cráneo como consecuencia de esta maniobra.

Que además realizaron la cesárea sin el consentimiento de los padres del menor, que al momento de nacer se necesitó de maniobras de reanimación cardio-cerebro-pulmonar, todo ello desembocó en que el menor padeciera secuelas neurológicas severas, entre las que destacan parálisis infantil, hemiparesia izquierda y encefalopatía hipóxico isquémica.

La parte actora insistió en las pretensiones de la demanda e hizo un resumen de las contestaciones de las demandadas y de las contestaciones de las llamadas en garantía.

Reiteró que se probó con la historia clínica que el embarazo de la señora VIANCY DORALY era de alto riesgo obstétrico lo que se corroboró con sus controles prenatales, por lo que se debería haber llevado a una atención especializada desde el inicio de las atenciones en salud a través de la E.S.E. METROSALUD, mismas que no se dieron, hay negligencia de la entidad por dejar pasar momentos claves en la atención del menor, por tanto está probada la culpa de los demandados y la relación del daño severo causado al menor YOJAN ALEJANDRO.

LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA – COMFAMA EPS: dentro de la oportunidad legal presentó su escrito de alegatos de conclusión (fls. 1188-1200) argumentando en síntesis que la responsabilidad imputada a COMFAMA quedó reducida a la remisión que realizó la entidad a la UNIDAD HOSPITALARIA MANRIQUE METROSALUD, ello de conformidad con lo argumentación realizada por la parte actora, remisión que obedeció a un vínculo que no podía evadirse, y que en caso de llegarse a predicar alguna responsabilidad de COMFAMA por las atenciones suministradas a la paciente, deberá ser METROSALUD la llamada a asumir de manera exclusiva dicha responsabilidad.

Insistió en que COMFAMA le permitió a la señora VIANCY DORALY y su hijo YOJAN ALEJANDRO, el acceso a la prestación de los servicios de salud y llevó a cabo oportunamente los trámites y gestiones necesarias antes las IPS para garantizar los servicios de salud de forma oportuna, eficiente y con calidad, COMFAMA en ningún momento negó o rehusó la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás cuidados que los pacientes requirieron.

Sobre el procedimiento efectuado concluyó que fue diligente, perito, oportuno y conforme a lex artis, que el perito fue contundente en afirmar que la maniobra de Kristeller aunque rudimentaria, se encuentra vigente y estaba indicada como respuesta a la bradicardia del menor.

Que si bien el perito considera en lo personal y bajo su criterio que debieron llamar al especialista en el primer síntoma de alarma cuando se dio la baja de la frecuencia, ello es especulativo y depende de los protocolos de cada institución, lo que resulta muy fácil de calificar cuando ya se conoce el resultado desfavorable para el menor.

En el caso concreto no se logró probar que fue lo que generó la bradicardia del menor y por ende el sufrimiento fetal, ello obedeció a un lamentable caso

fortuito o fuerza mayor, el cual se trató de manejar con prontitud, diligencia y cuidado, por lo expuesto no puede declararse la responsabilidad de COMFAMA como EPS y en caso de que así sea, deberán declararse la prosperidad de los llamamientos en garantía formulados.

El **MINISTERIO PÚBLICO**, no presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Tesis de la parte demandante:

Sostiene que las entidades demandadas son administrativa y solidariamente responsables de los daños causados a la parte demandante y originados en las fallas presentadas durante las atenciones médicas suministradas con ocasión del parto y nacimiento del niño YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO y que por tanto deben ser condenadas al pago de los perjuicios solicitados en la demanda.

Tesis de la parte demandada:

Las demandadas coinciden en que no se encuentran estructurados los elementos para declarar la responsabilidad, que las atenciones médicas brindadas durante el parto fueron oportunas, adecuadas y eficientes para la situación presentada

Tesis de las llamadas en garantía:

En igual sentido sostienen que no se encontraron configurados los presupuestos de la responsabilidad por ausencia de nexo causal, de hecho ilícito y daño, que en todo caso se debe verificar la relación contractual y las coberturas de las pólizas en el evento de una condena.

Problema jurídico:

Le corresponde a esta instancia judicial determinar si en el proceso analizado, se acreditaron los elementos necesarios para atribuir responsabilidad administrativa a las entidades demandadas, por el daño sufrido por el menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO y consecuentemente verificar, si hay lugar a indemnizar a los demandantes.

ANÁLISIS JURÍDICO, FÁCTICO Y PROBATORIO

Como un asunto preliminar se analizará lo concerniente a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Dra. DIANA CECILIA JARAMILLO quien sostiene que no es posible perseguir en un mismo proceso tanto al Estado como al agente que presuntamente ocasionó el daño, ya que de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 se eliminó del ordenamiento jurídico la figura de la responsabilidad conexa.

El Consejo de Estado ha dicho que la responsabilidad de los agentes estatales puede ser demandada únicamente por el Estado a través del medio de control de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

En efecto, ha dicho:

"RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES ESTATALES - Puede ser demandada únicamente por el Estado a través del medio de control de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición / FALTA DE LEGITIMACION EN

LA CAUSA POR ACTIVA - Excepción probada. Actor no está facultado para demandar directamente al agente estatal

Ahora, la de responsabilidad de los agentes estatales en los términos del artículo 90 constitucional puede ser demandada por el Estado, únicamente, en orden a la repetición de una previa condena, sin perjuicio del llamamiento en garantía, en el marco del medio de control en el que se controvierte el daño antijurídico o el restablecimiento. En este orden, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia legitima al Estado para hacer efectiva la repetición o el llamado a los que se hace mención. (...) la providencia impugnada habrá de confirmarse. Habida cuenta que el actor en este asunto carece de legitimación para reclamar de la Juez Trece del Circuito Administrativo de Bucaramanga, Nelly Maritza González Jaimes, la responsabilidad del Estado, por daño antijurídico, aunque se la plantee de manera subsidiaria. Igual consideración procede respecto del anterior abogado del demandante en el proceso de reparación, pues se pretende hacer efectiva una responsabilidad por indebida gestión profesional, no siendo la jurisdicción competente.” CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00919-01(54522)

En otro pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, se decidió:

“Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se eliminó del ordenamiento jurídico la figura de la responsabilidad conexa, y con ello, la posibilidad que le asistía al demandante de perseguir en un mismo proceso, tanto al Estado, como al agente que presuntamente ocasionó el daño reclamado. Si bien sólo hasta que nació a la vida jurídica el Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se limitó el medio de control de reparación directa a conformar el contradictorio por el Estado y no por sus agentes, en el caso del daño antijurídico reclamado por error jurisdiccional, como ya se advirtió, tanto la jurisprudencia como la Ley se encontraban restringiendo la vinculación del funcionario al proceso en calidad de demandado, así lo señaló la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia C-430 de 2000:...”
Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, MP: GLORIA MARPIA GÓMEZ MONTOYA, 27 de mayo de 2015, radicado No. 05001-33-33-022-2013-00501-01

En ese orden de ideas, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva propuesta por la Dra. DIANA CECILIA JARAMILLO POSADA, toda vez que no fue vinculada al proceso por la entidad demandada con fines de repetición ni como llamada en garantía y en este mismo sentido se declarará esta misma excepción de oficio frente a los médicos LEONORA OROZCO VARGAS y CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

Resuelta la excepción, se procederá a analizar la responsabilidad de las entidades públicas demandadas.

Ahora, el artículo 90 de la Constitución Política consagra el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o por la omisión de las autoridades públicas.

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable, resulta pertinente tener en cuenta lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto en materia de responsabilidad:

“La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de

daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación. En este sentido, en aplicación del principio iura novit curia, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. En relación con la responsabilidad del Estado por daños causados por agentes a su servicio, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que para atribuirle dicho daño, solo es posible cuando este ha tenido vínculo con el servicio, es decir, que las actuaciones de los funcionarios solo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, toda vez que la simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente a la Administración, habida cuenta de que dicho funcionario puede actuar dentro su ámbito privado, separado por completo de toda actividad pública. No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.”

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00626-01(49912)

De acuerdo con la cita jurisprudencial transcrita, el régimen de responsabilidad bajo el que se analizará el caso puesto a consideración, es el de la falla probada del servicio médico.

Así las cosas, correspondía a la parte demandante la carga de probar todos los elementos propios de la responsabilidad entre ellos, el daño, el hecho dañoso constitutivo de falla imputable a la administración, así como el nexo causal.

En consecuencia, se pasará a analizar sí la parte demandante logró demostrar, los elementos que estructuran la responsabilidad de la parte demandada.

DAÑO, FALLA EN EL SERVICIO Y NEXO CAUSAL

En relación con el elemento del daño, la afectación padecida por el menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO durante su nacimiento, es un hecho que se halla plenamente acreditado, toda vez que dentro del expediente obra la historia clínica de Clínica Bolivariana (fol 75) que da cuenta de los siguientes diagnósticos:

DIAGNOSTICOS	TIPO	ESTADO
--------------	------	--------

Depresión cerebral neonatal	Relacionado	Confirmado
Convulsiones del recién nacido	Relacionado	Confirmado
Cefalohetamoma debido a trauma del nacimiento	Relacionado	Confirmado
Depresión cerebral neonatal	Comorbilidad	Confirmado
Anemia de tipo no especificado	Principal	Confirmado
Convulsiones del recién nacido	Relacionado	Confirmado
Otras atelectasias del recién nacido y las no especificadas	Comorbilidad	Confirmado

En igual sentido obra historia clínica de la Clínica León XIII (fol 84) que da cuenta de *"paciente con antecedente de encefalopatía hipoxico -isquémica sarnat III – severa, con infarto hemisférico derecho, con alto riesgo neurológico de epilepsia, retraso psicomotor, compromiso cognitivo y neurosensorial, en el momento con compromiso evidente motor el cual ha mejorada con las terapias, debe continuar con las terapias y tratamiento integral"*.

En cuanto a la falla en el servicio médico y su nexos causal con el daño ocasionado al niño YOJAN ALEJANDRO, se tiene que dentro del proceso fueron decretadas y practicadas las siguientes pruebas:

- Historia clínica materno perinatal – CLAP – OPS/OMS de la señora VIANCY DORALY (fl. 29 y 167).
- Ecografía obstétrica del 7 de noviembre de 2012 realizada a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO a través de COMFAMA (fl. 30).
- Ecografía obstétrica del 19 de diciembre de 2012 realizada a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO a través de COMFAMA (fl. 31).
- Atención de urgencias epicrisis – resumen de atención de la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO, en el centro de atención Unidad Hospitalaria Manrique del 7 de febrero de 2013 (fls. 33-35)
- Consentimiento informado con fecha 7 de febrero de 2013 del centro de atención de Manrique, la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO declara el suministro de la información sobre la cesárea y suscribe el acta (fl. 36 y 40).
- Órdenes médicas a la demandante desde el 7 de febrero de 2013 al 9 de febrero del mismo año en la E.S.E. METROSALUD (fl. 37)
- Cesárea registro de METROSALUD a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO el día 8 de febrero de 2013 a las 06:10 horas que señala *"NO COMPLICACIONES APARENTES, QUEDA MADRE E HIJO EN BUENAS CONDICIONES."* (fl. 39).
- Historia clínica, informe de anestesia, signos vitales, evolución, exámenes, tratamientos y lista de chequeo efectuados a la paciente VIANCY DORALY MAZO OCAMPO por la E.S.E. METROSALUD (fls. 41-55).
- Historia clínica de la CLÍNICA UNIVERSITARIA PONTIFICIA BOLIVARIANA del 8 de febrero de 2013 por el servicio de pediatría al hijo de VIANCY DORALY MAZO OCAMPO a través de la EPS COMFAMA, donde se plasmó *"NO CANDIDATO A COOL CAP POR TIEMPO MAYOR A 6 HORAS"* (fls. 56-79).
- Ingreso de la actora al programa Madre Canguro Integral (fls. 80-82).
- Historia clínica de la IPS UNIVERSITARIA LEÓN XIII paciente YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO de fecha 17 de junio de 2013 donde se enuncia: *tuvo trauma por instrumentación del parto ? EA: paciente fruto del 1º embarazo, parto por cesárea urgente por SFA, previamente se usó instrumentación con fórceps sin éxito, con expulsivo prolongado, con apgar de 0/4, requiero reanimación avanzada (...)* (fls. 83-87).
- Impresión de historia clínica básica del menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO proferida por el Comité de Rehabilitación (fls 88-94).
- Contestación acción de tutela por parte de Acción Social (fl. 95).
- Fotografías y facturas (96-99).
- Literatura médica sobre la atención primaria asfixia perinatal (fls. 201-

210).

- Contrato para la prestación de servicios de salud del régimen subsidiado suscrito entre COMFAMA y la E.S.E. METROSALUD y facturas de las prestaciones ofrecidas a la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO (fls. 356-374 y 421-437)
- Norma técnica para la atención del recién nacido del Ministerio de la Protección Social (fls. 375-399)
- Norma técnica para la atención del parto del Ministerio de Salud (fls. 400-416).
- Protocolo expulsivo prolongado de la E.S.E. CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO C. (fls. 599-611)
- Protocolo diagnóstico y manejo de las anomalías del descenso Dr. Guillermo Vergara Sagbini de la E.S.E. CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO C. (fls. 612-638).
- Historia clínica con su transcripción de la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO con la E.S.E. METROSALUD que dan cuenta de
- las siguientes atenciones y procedimientos realizados (fls. 159 y ss):

Servicio: Triage:

Fecha: Febrero 07 de 2013

Hora: 19:47

"Tengo dolores FCF 146 por minuto, FC 76 1/25" /10.
PA 110/70 FR 18 T°37°C. FC 76.

(...)

Servicio: Partos

Hora: 21:30

Fecha: Febrero 07 de 2013

Medicina: M.C. "dolores de parto"

E.A: inicia actividad uterina desde ayer 6-2-13 a las 3am la actividad uterina ha sido constante con movimientos fetales presentes percibidos por la madre. Al parecer con salida de tapón mucoso por vagina con actividad uterina así: con 3 contracciones en 10 minutos de buena intensidad, duración de 30 a 35 segundos, movimientos fetales presentes, miembros inferiores sin edemas, no hay varices.

AP no HTA, no asma, no TBC, no epilepsia, hepatitis en la infancia, no historia de alergias a medicamentos ni alimentos.

AQ negativos, AF negativos

EF paciente consciente, orientada, afebril. Hidratada, con movimientos fetales presentes percibidos por la madre, buena actividad uterina con 3-4 contracciones en 10 minutos, buena intensidad, duración de 30-35 segundos, al parecer con salida de tapón mucoso por vagina, miembros inferiores sin edemas, no signos premonitorios, PA: 120/80 P: 84x SPO2: 98% FCF: 140x.

(...)

Servicio: Partos

Hora: 4:00 am

Fecha: Febrero 08 de 2013

Medicina: Enteda de la H.C. FCF 136 x MF +. TV Cuello intermedio, L: 0,5 cm D: 7 cm Realizo RAM, sale escaso líquido claro, FCF PostRAM 142 x.

Servicio: Partos

Hora: 5:15am

Fecha: Febrero 08 de 2013

Enfermería: Evolución: Traslado paciente expulsivo FCF;: 136x.

Servicio: Partos

Hora: 4:00am

Fecha: Febrero 08 de 2013

Enfermería: Previa explicación del procedimiento a la paciente, la doctora Sandra Díaz realiza ruptura artificial de membranas obteniendo salida de líquido claro poca cantidad, fetocardia: 142 por minuto, procedimiento que transcurre sin complicación. Carolina Marín. Enfermería U de A.

Servicio: Partos

Hora: 5:20am

Fecha: Febrero 08/2013

Enfermería: Ingresa usuaria en dilatación completa a sala de partos se ubica en camilla en posición ginecológica se realiza asepsia en muslos, genitales con prepodyne scrub hasta cambiar de color. Al momento sin complicaciones, FCF:138 x a las 5:25 am, ordenan 500 de S/salina + oxitocina 10 UI y pasan sonda vesical evacuante #141 con salida de orina clara, FCF: 5:30 am 110x. 5:35 am 112, 5:40 am 80 x. Usuaria poco colaboradora con el pujo, realizan maniobras de Kristeller pero no hay descenso en la presentación. Piden valoración por ginecobstetra de turno, acude al llamado Dra. Leonora Orozco quien evalúa y a las 5:55 am, ordena pasar por cesárea. Se realiza PPS a la penicilina, se traslada usuaria en camilla a la sala cirugía. FCF: 80x.

Servicio: Quirófano

Hora: 6:00am

Fecha: Febrero 08 de 2013

Enfermería: Ingresa usuaria a quirófano #2 para realizar cesárea procedente de sala de partos, se ubica en camilla, realizo asepsia en región lumbar con prepodyne jabón. El Dr. Zapata administra anestesia raquídea con Bupiropro, se ubica placa de electrobisturí, la auxiliar de enfermería Gabriela Bravo realiza asepsia en abdomen, muslos, genitales, con prepodyne jabón, pasa sonda vesical Foley #14 salida de orina P.A: 102762 mmHg FC:79, sPO2 97%, conecta a cistofló, realiza barrido, impregnación con yodopovidona, a las 6:10 inician acto quirúrgico con 16 compresas, quirófano con T 19 C y humedad 19%. Instrumentador Juan David Vélez. Ginecóloga Leonora Orozco. PA: 107/70 mmHg FC:87 spO2 98%. Realizan incisión fanestiel, abren por planos, hasta llegar a cavidad, a las 6:14 nace bebé en cefálico, género: masculino, flácido, lo recibe el doctor Carlos Mario Martínez, secan piel, administran oxígeno por are rees, ligan muñón, se escucha llanto débil del recién nació, a las 6:18 continúa con llanto débil, dificultad respiratoria, con quejido y retracciones intercostales, continúa con poco tono muscular, recupera color, a las 6:16 alumbramiento con extracción manual de placenta PA: 108/63 mm Hg, FC:120x, sPO2 99% se toma muestra de sangre de cordón para la TSH y hemoclasificación neonatal, a las 6:25 se realiza conteo dando completo con 16 compresas. PA:93/55, FC: 109 x sPO2 99%, suturan por planos hasta llegar a piel, dejan herida cubierta con apósito estéril, se traslada a sala de recuperación en camilla . Nota: salida de orina hematúrica.

Servicio: Quirófano 2, nota operatoria

Hora: 6:30 am

Fecha: Febrero 08 de 2013

Ginecobstetricia: Nota operatoria

DX preqx: expulsivo prolongado-Estado Fetal No tranquilizador (EFNT)

DX postqx: Idem

Se realiza cesárea sin complicaciones. Dra. Leonora Orozco

Servicio: Pediatría

Hora: 06:50

Pediatría: Nace bebé sexo masculino, producto de cesárea por expulsivo

prolongado, con peso al nacer 3150 gr. Talla: 53 cm Apgar: 4-5-8 a los 10 minutos con requerimiento de oxígeno y VPP. Hipotonía inicialmente. Se ordena canalizar vena, se colocan LEV 10 cc/h. Dextrometer 108 mg/dl, profilaxis ocular y umbilical. Se observa caput succedaneum posterior. Vitamina K 1 ampolla IM. Se deja con oxígeno a 2 lt por minuto. Se deja en observación.

(...)

HC RN HIJO DE VIANCY DORALY MAZO OCAMPO HISTORIA CLÍNICA N°: 22.212.4401

Nace el 08-02-2014 a las 6:14 am.

RN sexo masculino hijo de madre primigestante de 27 años con EG de 38 semanas por ecografía, con 5 CPN HIV(-), VDRLNR, HBs Ag (-) hemoclasificación A+, vía cesárea por expulsivo prolongado, hace desaturado, hipotónico con apgar de 4 al minuto, se seca se estimula, con poca respuesta por la cual se coloca VPP, apgar a los 5 minutos 5 y a los 10 minutos, peso 3.550, talla 53 cm, p.c 34 cm, capurro 38 s. Se evidenció marcado caput succedaneum y SDR con retracciones intercostales, Moro (+) simétrico y activo con Dx. De RNAT-PAEG. Depresión neonatal se deja en incubadora, con O2 2 litros y DAD 10% 250 cc. Para 24 horas, NVO a las 7:20 se ordenó cámara de Hood, a las 8:45 con mejoría de su SDR, Glucometria de 144mg/dl, se continúa observación a las 9:45 sin retracciones FR 58 por minuto y tolerando sin O2 suplementario, al EF se evidencia marcada deformidad a nivel temporal derecho y se consigna Dx de Cefalohematoma. Se traslada con la madre para iniciar lactancia, se solicitan paraclínicos.

A las 11:30 llega resultado de Hb 11.3, Hematocrito 34.4 por lo cual se decide remitir para UCI por Safix, a las 15:40 solicitan evaluar por presentar movimientos, tonicoclónicos en miembros superiores y miembros inferiores con desviación de la mirada hacia la izquierda. Al examen físico hipoactivo FC 125 FR 50 Sao 22 88% con O2 por cánula nasal 1 litro por minuto, con retracciones inter y subcostales, hematoma temporal derecha, glucometría 154, moro incompleto, se coloca O2 por cámara al 100%, midazolam 0.7mg IV, Fenobarbital 60mg en 20 cc de SS 0.9 en 30 minutos, a pesar de Hood 100% persiste SDR y SA O2 88% por lo cual se decide intubar previa aplicación de fentanyl / 7 Mcr DU, TO T N°3, verificando adecuado expansión torácica. Se remite a CUB como urgencia vital.

FECHA. 8/02/2013

Se traslada a UCI. (Unidad de cuidados intensivos).

- Dictamen pericial rendido por el Dr. Emilio Alberto Restrepo Baena (fls 583-598) que concluyó:

"Según el análisis de la historia aportada, por lo anotado en ella, la actuación de la obstetra LEONORA OROZCO VARGAS no tiene nada de reprochable desde lo técnico, académico y lo ético.

No encuentro en la historia revisada, ninguna actuación de la Dra. Orozco que se pueda constituir como negligencia, pues llegó y actuó de inmediato, según los protocolos, ni de impericia, pues es una profesional entrenada, certificada y con experticia en esos menesteres e hizo lo que indicaban las pautas, o de imprudencia, pues de inmediato hizo lo que tenía que hacer y de manera oportuna, sin poner en peligro el binomio madre-hijo, antes por el contrario poniendo todo su conocimiento y destreza a tratar de resolver el problema que se presentaba, ni de error diagnóstico, pues supo de inmediato qué problema se presentaba y cómo lo debía resolver en los minutos siguientes

Según mi experiencia de 28 años en el ejercicio médico más el tiempo de estudio, en la práctica diaria las complicaciones se presentan, casi siempre independientes de la actuación del profesional, como riesgo inherente, muchas veces a pesar de los cuidados, las atenciones y la aplicación cuidadosa de los protocolos, pues la medicina no es una ciencia exacta ni obedece a unas fórmulas matemáticas, ni su modelo es infalible. Ni la tecnología, ni los avances de la ciencia, ni las demandadas han logrado desterrar los eventos adversos, ni los efectos secundarios ni las complicaciones. Se sabe que un porcentaje determinado, aunque todo se haga conforme a las normas, va a presentar complicación, y esta es la gran angustia del día a día del profesional de la salud. Aunque un especialista haga de la manera cien cesáreas, aunque sea cuidadoso y riguroso y extreme las precauciones, se sabe que dos de ellas se van a infectar. Nada ni nadie ha podido modificar esto, y es claro que el paciente que hace parte de este porcentaje no va a quedar conforme. Repito, es nuestra gran angustia, a pesar de la ética, el entrenamiento y el rigor con que enfrentamos a diario nuestro ejercicio.”

En audiencia de pruebas llevada a cabo el día 17 de octubre de 2019 se recibió la sustentación y justificación del dictamen pericial por parte del Dr. Emilio Alberto Restrepo Baena quien respecto de sus conclusiones manifestó: Que utilizó 3 elementos una revisión de la historia aportada que da cuenta de los hechos objeto de estudio, 2 experticia, 3 sustentación en la literatura más actualizada para analizar el caso, nunca evaluó a la paciente ni habló con los médicos involucrados en los hechos, solo se refirió a la historia aportada y que sus conclusiones fueron producto de un cuestionario que presentó el abogado.

Indicó que analizó lo que hizo la doctora LEONORA, quien fue llamada a las 5:45 de la mañana cuando la paciente se encontraba en pleno expulsivo, la criatura presentó una bradicardia, toma la decisión de hacer una cesárea la cual se realiza entre las 6:00 y 6:15 de la mañana, mientras se hace el montaje y el ritual, obtiene el bebé y de inmediato lo entrega al pediatra, la actuación de la doctora LEONORA fue de 40 minutos aproximadamente.

No encontró en la historia clínica intervención distinta, es decir, no se habla de maniobras, no habla de fórceps, de devolver, maniobras que podrían ser traumáticas para un bebé.

Agregó que no comparte los criterios técnicos para hablar de expulsivo prolongado toda vez que la paciente estaba en dilatación de 10 cm a las 5:30 de la mañana y que en las primigestantes más de 2 horas con 10 centímetros de dilatación es expulsivo prolongado y que por tanto no hay criterio técnico en éste caso de expulsivo prolongado.

Que la bradicardia fue lo que llevó a la doctora a tomar la decisión, explicó que bradicardia puede ser causada por mil variables que pueden atentar la estabilidad de un feto, no saben cómo estaba la placenta, la hidratación, que hay 80 cosas diferentes y que la comprensión de la cabeza es otra, las contracciones del útero también, **el sufrimiento fetal es lo más complejo e indefinible que tienen los obstetras y lo más peligroso.**

Indicó que en éste caso no se ve descuido, **se dio un sufrimiento fetal y generó una parálisis**, en su concepto la doctora aplicó los protocolos, llegó a los 10 minutos de ser llamada, encontró un feto que interpretó como expulsivo prolongado y vio la bradicardia e inmediatamente tomó la decisión de sacar el bebé por cesárea, lo obtuvo e inmediato se le entregó al pediatra, la actuación de la doctora se adecuó a la lex artis.

Aseveró que cuando las condiciones de parto vaginal no están dadas en condiciones tranquilas, óptimas y seguras, se debe optar por cesárea.

Sostuvo que hay un grupo de ginecobstetras que no creen en el uso de los fórceps y que no tiene conocimiento si la doctora LEONORA hace parte de dicho grupo, explicó la maniobra de Kristeller, que es una maniobra que trata de reemplazar el pujo materno, que es aplicada al fondo del útero y que puede ser una de las 80 razones que pueden generar la bradicardia.

Expuso que una maniobra artesanal, cuestionada, escrita hace 200 años y que la tendencia mundial es tratar de evitarla a menos que sea necesaria, manifestó que ya no la usa y que COCHRANE un grupo de médicos realizó una recopilación de estudios que concluyó que no era recomendable el uso de la maniobra, por riesgo de trauma fetal y daños en el útero a la madre, pero que no es prohibida.

Que a las 5:30 está en 110 el pulso del feto, hay bradicardia, a las 5:35 está en 112, persiste la bradicardia, lo normal es de 120 a 160, más se considera taquicardia, menos es bradicardia, a las 5:40 está en 80, **van 10 minutos de bradicardia sostenida y empeorando**, usuaria poco colaboradora, realizan kristeller, no se mueve el feto, llamaron a la ginecobstetra de turno a las 5:45, a las 5:55 encontró ese panorama y ordenó pasar a cesárea.

De acuerdo a la cronología, antes de realizar la maniobra de Kristeller ya venía la bradicardia, relató el perito que esperaron 3 bradicardias para llamar al especialista, él hubiera llamado al especialista a la primera bradicardia, señaló además que en su Hospital por ejemplo, el hospital de Envigado, el 100% de los partos son atendidos por especialista, pero eso depende de la institución, depende de los niveles de atención y que los médicos generales llaman a los especialistas cuando el parto es complejo.

Que la obstetricia sigue siendo rudimentaria y que en los últimos 50 años los partos siguen siendo igual.

No conoce el protocolo de la institución sobre la atención de los partos, hay que determinar el tipo de bradicardia normal o patológica, ésta se determina en función del tiempo, **en este caso era patológica, había que terminar el embarazo, al menos estuvo 10 minutos de sufrimiento fetal y eso es malo.**

En interrogatorio de parte rendido por la Dra. LEONORA OROZCO VARGAS relató que atendió a la paciente cuando es solicitada la consulta por el médico de turno, la paciente estaba a punto de dar a luz, decidió hacer la cesárea porque había un descenso de su frecuencia cardiaca, estaba en riesgo el bebé y se decidió inmediatamente la cirugía, a las 5:45 evalúa a la paciente, las condiciones del expulsivo no eran favorables, se pasa a cirugía, se montó la cirugía en 10 minutos, el bebé nació a las 6:14, fue un procedimiento demasiado rápido, en condiciones normales el procedimiento de montaje dura 45 minutos, acá duró menos de la mitad del tiempo por la urgencia del caso.

Que cuando llegó encontró a la médica de turno, que llevaba un tiempo de dilatación completa, no vio ninguna maniobra de Kristeller y que la frecuencia cardiaca estaba bajando, llevaba más o menos 10 minutos en descenso, considera que el llamado a la especialista fue razonable, llamaron cuando consideraron que la situación era irreversible.

Por su parte en el interrogatorio rendido por la Dra. DIANA CECILIA JARAMILLO POSADA manifestó que dio de alta a la paciente, no tuvo nada

que ver con el parto ni con la cesárea, describió la historia clínica y agregó que normalmente después de la cesárea se da de alta al día siguiente, la paciente se encontraba en buen estado de salud.

En testimonio rendido por la Dra. ANA MARÍA ANGEL DE LA CUESTA, relató que es ginecóloga, no participó en la atención médica, acudió como testigo técnico pues se hacen comités de casos especiales, que la actuación de SOGOS se circunscribe desde que solicitan la evaluación por ginecobstetra, además explicó las formas de parto, la vía vaginal o instrumentado.

Que la cesárea se desarrolló normalmente, la atención fue acorde a los protocolos médicos y que la gestión de SOGOS termina una vez finaliza la cesárea y se da de alta a la paciente en buenas condiciones.

También adujo que un embarazo de alto riesgo obstétrico, puede tener muchos aspectos, psicosocial o biológico por ejemplo y tiene como fin determinar los medios adecuados de cuidado prenatal, pero no necesariamente es igual a cesárea, pues por ejemplo las pacientes con cardiopatías y alto riesgo obstétrico la vía vaginal no es la mejor forma de dar por terminado el embarazo, ese riesgo es para determinar a qué mamá se le debe poner más cuidado, por la historia clínica de la señora no tenía ninguna contraindicación de parto vaginal, no todos los altos riesgos obstétricos deben ser revisados por el especialista porque si fuera así no habrían especialistas suficientes.

También afirmó que hay muchos falsos positivos en lo referente al monitoreo de la frecuencia fetal y que una bradicardia no necesariamente quiere decir que hay un problema, si se revisa la curva del trabajo de parto y el partograma, estaba dentro de los parámetros normales de comportamiento de una primigestante como lo era ella, en tiempo y evolución, nunca se salió de la curva de alerta, el momento fue oportuno cuando llamaron al ginecobstetra.

Que no hay registro del uso de fórceps, que caput es edema del cuero cabelludo, por el efecto de la presión de la cabeza del feto en el canal de parto y que no es sinónimo del estado de salud fetal.

Apreciadas las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el Juzgado encuentra acreditada la falla en el servicio médico y concederá las pretensiones de forma parcial, como pasará a explicarse a continuación:

Está demostrado que la señora VIANCY DORALY MAZO OCAMPO ingresó a trabajo de parto el día 7 de febrero de 2013 a las 19:47, que le fue realizado el triage en la Unidad Hospitalaria Manrique de la E.S.E. METROSALUD, que el 8 de febrero de 2013 a las 5:15 inició el expulsivo, durante todo momento según lo observado en la historia clínica la Frecuencia Cardíaca Fetal (FCF) se encontraba dentro de los parámetros normales que son entre 120 y 160 latidos por minuto, según explicó el perito.

El partograma visible a folio 32 y 187 vuelto del expediente revela en armonía con lo sostenido por la testigo técnica la Dra. ANA MARÍA ANGEL DE LA CUESTA que el parto tuvo una curvatura normal de desarrollo durante la dilatación de la señora VIANCY DORALY, hasta las 4:30 el registro se encontraba dentro de los parámetros normales, la frecuencia cardíaca fetal fue 21:30 140, 22:30 139, 23:30 127, 00:30 140, 01:30 148, 02:30 144, 03:30 136, 04:30 140, a las 5:25 la FCF era de 138, a partir de las 5:30 la FCF bajó a 110 (fl. 198), luego a las 5:35 112 y 5:40 fue 80 latidos por minuto.

El parto fue atendido en un primer momento por la médico general Dra. SANDRA MILENA DÍAZ (fl. 169) y en la historia clínica se encuentra la siguiente anotación "FCF: 5:30 AM 110x, 5:35 am FCF: 112x, 5:40 am FCF: 80x, usuaria poco colaboradora con el pujo realizan maniobras de Kristeller pero no hay descenso en la presentación piden valoración por Ginecobotetra de turno la Dra. Leonora Orozco quien evalúa y a las 5:55 am ordena pasar para cesárea (...)"

Cabe indicar que sí bien la parte actora indica que en el proceso de parto se realizó la utilización de fórceps y que ello contribuyó a los daños causados al menor, lo cierto es que en la historia clínica de METROSALUD no obra ninguna anotación clínica que demuestre el uso de esta herramienta, únicamente en la historia clínica de la Clínica León XIII obra una anotación sobre el uso de fórceps (fls 83-87), pero ésta historia clínica corresponde a una atención medica suministrada cuando el menor YOJAN ya tenía cuatro meses de edad.

Contrario a la utilización e fórceps que no aparece documentada sí es claro según historia clínica de la ESE METROSALUD revisada además por el perito en audiencia de sustentación, que durante el proceso de parto se llevaron a cabo maniobras Kristeller, procedimiento médico que según manifestación pericial ha sido cuestionado por la ciencia.

También está acreditado en historia clínica que en la fase de expulsivo el niño YOJAN ALEJANDRO presentó 3 bradicardias en un lapso de tiempo de 10 minutos lo cual fue calificado por el perito como malo quien además agregó "hubiera llamado al especialista a la primera bradicardia" .

Igualmente está probado que pese a las complicaciones que se presentaron durante el alumbramiento y a que el niño no nació en buenas condiciones de salud, no así fue remitido a una entidad de salud que tuviera la capacidad de suministrar un servicio médico más avanzado y que le suministrara una mejor opción de recuperación, tras el parto complicado.

De ésta situación da cuenta la historia clínica tanto de la misma ESE METROSALUD como de la CLÍNICA BOLIVARIANA, conforme a las que se concluye que el niño YOJAN nació a las 6 y 14 am del día 8 de febrero de 2013 (fol 200) y llegó a la clínica Bolivariana a las 17 y 33 del mismo día (fol. 56) cuando ya habían transcurrido más de 10 horas desde su nacimiento y cuando ya no era candidato a cool cap por tiempo mayor a 6 horas.

Sobre la falla del servicio en temas de alto riesgo obstétrico, el Consejo de Estado ha señalado en su jurisprudencia lo siguiente:

FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Alto riesgo obstétrico. Protocolos médicos. Lex artis / PREECLAMPSIA - Falla del servicio médico asistencial. Protocolos médicos. Lex artis / FALLA DEL SERVICIO MEDICO OBSTETRICO - Preeclampsia. Protocolos médicos. Lex artis / PROTOCOLOS MEDICOS - Preeclampsia. Falla del servicio / LEX ARTIS - Preeclampsia. Falla del servicio / VALORACION MEDICA - Alto riesgo obstétrico

Se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico sufrido por la menor Tatiana Andrea Galvis Villamizar, al igual que por sus padres y hermanas a causa de la hidrocefalia (hipoxia cerebral) que se generó al momento del nacimiento de aquella, y a las demás afectaciones somáticas y psíquicas derivadas del mal manejo y deficiente atención al momento del nacimiento de la misma. Establecida la existencia del daño antijurídico que la niña Tatiana Andrea y su núcleo familiar no estaba en la obligación jurídica de soportar, aborda la Sala el análisis con el fin de determinar si en el caso concreto dicho

*daño le puede ser atribuido a la administración pública y, por lo tanto, si es deber jurídico de ésta resarcir los perjuicios que del mismo se derivan. De conformidad con el acervo probatorio, constituye un hecho cierto el que a la señora Ana Milady Villamizar se le diagnosticó preeclampsia severa materna, motivo por el cual el embarazo y parto tenía que ser considerado como de alto riesgo. **En efecto, en estas circunstancias, la paciente en el campo ginecológico es considerada como de alto riesgo (ARO), y demanda una atención y manejo especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la "dignitas humana", de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto la madre, como quien estaba por nacer, y luego de nacida, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, profesionales en el área hospitalaria y de la salud.** CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007) Radicación número: 54001-23-31-000-1997-12700-01(30871). (Destacado por fuera del texto original).*

De conformidad con la historia clínica el embarazo si estaba clasificado como de ALTO RIESGO OBSTÉTRICO, no obstante la paciente VIANCY DORALY MAZO OCAMPO fue atendida en primera oportunidad por un médico general y solo hasta cuando la situación se tornó irreversible fue puesta en manos de la ginecobstetra, no obstante que la especialista se encontraba en ese momento laborando en la misma entidad de salud.

En consecuencia no cabe duda de que la combinación de todas éstas circunstancias constituyen fallas del servicio médico que sí bien no hay prueba de que hayan sido los motivos de los problemas de salud que hoy padece el menor YOJAN ALEJANDRO sí constituyen condiciones que disminuyeron sus posibilidades de recuperación, de donde surge claro el nexo causal entre las fallas medicas atribuidas a METROSALUD y la consecuente pérdida de oportunidad para el menor.

Cabe explicar en el caso bajo estudio en efecto no hay prueba de que los padecimientos de salud del niño YOJAN hayan tenido su comienzo en las defectuosas atenciones en salud que le fueron suministradas por la ESE METROSALUD y como quiera que el parto fue calificado como de alto riesgo, en consideración del Despacho se configura una pérdida de oportunidad.

Loa anterior toda vez que la clasificación del parto como de alto riesgo obstétrico entraña una doble connotación: de una parte la necesidad de una mayor vigilancia y atención al desarrollo gestacional y alumbramiento pero además también una mayor posibilidad de que el parto no finalice del todo con éxito, debido a la condiciones propias de la madre y el niño, situaciones ajenas a los actos médicos que no podrían ser atribuidas a la entidad demandada, en cuanto no tiene obligaciones de resultado, siendo entonces aplicable en este caso concreto la figura de la pérdida de la oportunidad.

En conclusión el Despacho encuentra acreditados los elementos del daño en la

modalidad de pérdida de la oportunidad de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado que en sentencia de abril 5 de 2017 estableció los elementos que configuran la pérdida de oportunidad¹ y lo cuales se pasan a analizar:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado: Al tratarse de un embarazo con alto riesgo obstétrico, el hecho de contar desde el inicio con el especialista requerido, no garantizaba el resultado esperado en cuanto a la perfecta salud del bebé y el desarrollo de un parto sin complicaciones.

Certeza de la existencia de una oportunidad: En éste caso hay certeza:
-De la disponibilidad de una especialista ginecobstetra en la entidad de salud que atendió a la señora VIANCY, servicio de especialista que solo fue suministrado cuando el bebé había presentado tres (3) bradicardias en un lapso de diez minutos.
-También hay certeza de la existencia de un Cool cap en la Clínica Bolivariana instrumento del que se habría podido beneficiar el niño YOJAN ALEJANDRO, pero que no fue utilizado debido a que el menor fue remitido después de 10 horas de su nacimiento, y el Cool cap al decir de la historia clínica de Bolivariana debía ser instalado dentro de las 6 horas siguientes.

Pérdida definitiva de la oportunidad: Debido la atención del médico general, la mora en el llamado al especialista, así como la mora en la remisión del niño YOJAN a la Clínica Bolivariana se eliminó de manera definitiva para el menor cualquier mínima esperanza de obtener una mejora en su salud.

Recapitulando, la entidad demandada E.S.E. METROSALUD, será condenada, toda vez que las pruebas demostraron con certeza, que debido a sus omisiones medicas el niño YOJAN ALEJANDRO fue privado de una oportunidad de recuperación de su salud

Con relación a la perdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha expuesto:

"PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Noción. Definición. Concepto

[P]uede ocurrir que, dados los elementos acreditados en el expediente, aparezca que el daño antijurídico imputable a la falla en la prestación del servicio médico no sea necesariamente el deterioro de las condiciones de salud del paciente –que es aquel generalmente invocado de forma expresa en el petitum de las demandas de reparación directa por fallas médicas-, sino el que resulta de la pérdida de oportunidad de obtener un restablecimiento o mejoría, o de evitar un deterioro o, incluso, el que proviene de la vulneración al derecho a recibir atención médica oportuna y adecuada en que se traduce la ocurrencia de la falla –aspectos que, sin ser invocados expresamente como los daños a indemnizar, son usualmente desarrollados en la causa petendi de la demanda-. (...) en relación con la pérdida de oportunidad, la Sección Tercera ha optado por considerarla como una modalidad de daño autónomo y no como una técnica para facilitar la prueba en casos de incertidumbre causal –posibilidad planteada por la doctrina-, aunque existan posiciones disidentes, de ahí que haya sido definida como el quebrantamiento del interés legítimo de obtener un beneficio cuya realización, aunque incierta, resulta probable, o de eludir un perjuicio cuya concreción no podría evitarse del todo. En ese sentido se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., cinco (05) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706).

que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, aunque sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización". (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Bogotá D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 52001-23-31-000-2003-01349-01(33140)A)

La pérdida de la oportunidad entonces requiere ser establecida en un porcentaje para efectos de la tasación de la indemnización de perjuicios, en reciente sentencia del Consejo de Estado, se enunció:

"Así, entonces, se reiterará por la Sala la sentencia del 5 de abril de 2017², por la que se fijaron los criterios de determinación de la pérdida de oportunidad, para en este caso aplicar lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y determinar este porcentaje con base en criterios de equidad, comoquiera que en este caso no se cuenta con un dictamen que dé cuenta de las condiciones particulares del paciente, no obstante, se tiene que en tanto el infarto no fue fulminante y al paciente se lo pudo estabilizar, tenía probabilidades de existir. En consecuencia, se calcula esta pérdida de oportunidad en un 50%." (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 68001-23-31-000-1999-00880-01(39806).

En el presente caso se calculará la pérdida de la oportunidad en un 50% teniendo en cuenta como se analizó en párrafos anteriores que el embarazo de la señora VIANCY DORALY era de alto riesgo y en consecuencia había posibilidades ciertas de que no llegara a un final exento de complicaciones.

Por último y en lo que respecta a la responsabilidad de COMFAMA EPS y como quiera que no evidenciaron fallas en su actuar toda vez que no hay ninguna evidencia de que el daño irrogado a los demandantes se haya ocasionado por fallas administrativas de la EPS, por autorizaciones tardías o negaciones injustificadas de servicios, en consecuencia será exonerada de responsabilidad frente a los hechos que dieron génesis a éste proceso.

En consecuencia y al no encontrarse demostrada responsabilidad de COMFAMA en los hechos que han originado la demanda, resulta inocuo analizar la responsabilidad de las aseguradoras llamadas en garantía por parte de ésta EPS.

En ese orden de ideas la única condenada al pago de los daños demandados por los accionantes será la entidad Metrosalud.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La Sección Tercera del Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo, para el caso concreto no deviene de las patologías diagnosticadas al menor YOJAN ALEJANDRO sino de la pérdida de una oportunidad y que por no existir un mandato legal relativo a la forma de indemnización de esta modalidad del daño, se debe valorar de acuerdo al principio de equidad.

Una primera tesis sostenía la posibilidad del reconocimiento de los perjuicios

² Rad. 170012331000200000645-01 (25706), c.p. Ramiro Pazos Guerrero.

morales además de los perjuicios por la pérdida de la oportunidad³, sin embargo, esta tesis recientemente ha sido replanteada dentro de la misma Sección Tercera Subsección A, reconociendo únicamente un monto genérico por el concepto de pérdida de la oportunidad, postura que adoptará este Despacho para la indemnización de los perjuicios, al respecto la Corporación señaló:

"7. Los perjuicios

En relación con los perjuicios pretendidos por las demandantes, la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un daño autónomo, no deviene directamente, en este caso, de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría sino de la pérdida de la oportunidad, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

"5.- Indemnización de perjuicios.

*"Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁴– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual **se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.***

"5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

"(...), la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo"⁵ (negritas y subrayas de

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 50001-23-31-000-1998-00051-01(25731)

⁴ Original de la cita: "Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: 'Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales'".

⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

la Sala).

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad, a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad⁶.

De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del señor Armando Quijano Santamaría de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber continuado con vida.

Además, en atención al principio de equidad, utilizado en estos casos para efectos del reconocimiento del perjuicio y a las condiciones especiales acreditadas en la historia clínica, esto es, que se trataba de un hombre de 57 años, con antecedente de tabaquismo y que la cirugía a la cual se debía someter tenía un riesgo de 5 sobre 16, por lo que la Sala reconocerá, a cada una de las demandantes, el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740).

A folios 25-28 obran los registros civiles de nacimiento de YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO (víctima directa), MILTON DE JESÚS URREGO TUBERQUIA (hermano por parte del padre), JANER LEAN URREGO TUBERQUIA (hermano por parte del padre) y CLEIDY YEN URREGO TUBERQUIA (hermano por parte del padre) que dan cuenta de su parentesco.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el menor YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO se encuentra en el programa de rehabilitación funcional (fls. 88-89) con terapias de lenguaje, física, ocupacional y fisioterapia (fl. 90), el Despacho reconocerá a la parte demandante las siguientes sumas:

DEMANDANTE	PARENTESCO CON VÍCTIMA	SMLMV	PRUEBA
YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO	VÍCTIMA	50	25
VIANCY DORALY MAZO OCAMPO	MADRE	50	25
WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE	PADRE	50	25
MILTON DE JESÚS URREGO TUBERQUIA	HERMANO	25	26
JANER LEAN URREGO TUBERQUIA	HERMANO	25	27
CLEIDY YEN URREGO TUBERQUIA	HERMANO	25	28

No hay lugar a reconocer los demás perjuicios materiales e inmateriales solicitados en la demanda, toda vez que en éste caso lo que se indemniza es el perjuicio autónomo de pérdida de oportunidad y no el daño que igualmente a la fecha no se encuentra completamente materializado.

⁶ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección A, Sentencias del 13 de marzo de 2013, exp. 500012331000199605793-01 (25.569) y del 21 de marzo de 2012, exp. 54001233100019972919-01 (22.017), ambas con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

Teniendo en cuenta que la entidad condenada a la reparación de perjuicios es METROSALUD, es necesario analizar la responsabilidad de las llamadas en garantía frente a la condena que se impondrá a su llamante.

El apoderado de la aseguradora llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS alega que la póliza que cubre los riesgos relacionados con los hechos objeto de la presente litis es la No. 1011403 y no la No. 1009071 como señala el llamante, y cuya vigencia es la comprendida entre el 31 de diciembre de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, dentro de cuyo periodo se llevó a cabo la reclamación. Así mismo que se debe respetar el límite asegurado que asciende a \$2.000.000.000.

Si bien la parte llamada en garantía menciona de forma genérica y abstracta temas como NO COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL INDIVIDUAL PROPIA DE LOS MÉDICOS, EXCLUSIÓN POR DOLO O CULPA GRAVE EN EL EJERCICIO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD, LÍMITE ASEGURADO PARA DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES, LÍMITE ASEGURADO Y CORRELATIVA DISPONIBILIDAD DE ÉSTE, DEDUCIBLE PACTADO Y LA GENÉRICA, no demuestra que en el caso materia de ésta sentencia se halle excluido de cobertura y el Juzgado tampoco observa que el asunto esté excluido.

Al respecto, la Ley 389 de 1997, por la cual se modificaron los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, en su artículo 4, se establece:

*"ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, **y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.***

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten."

De la norma transcrita, se desprende que la cobertura en los seguros de responsabilidad por reclamo, se supedita a las reclamaciones que se realicen durante la vigencia del seguro o dentro de los dos años como mínimo al acaecimiento del hecho, ya sea formulada por el damnificado al asegurado o a la compañía.

Lo anterior permite concluir, que la póliza llamada a cubrir los perjuicios en el presente evento, corresponde a la póliza de responsabilidad civil No. 1011403 (fol. 241-247), la cual se hallaba vigente desde el 30 de junio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, la parte demandante presentó la solicitud de conciliación el día 19 de diciembre de 2014 (fl. 107) y la demanda el día 3 de marzo de 2015 (fl. 20), es decir, dentro de los términos establecidos.

Las condenas en este proceso, equivalen a 225 salarios mínimos mensuales legales vigentes en total, suma que resulta inferior a la asegurada (VALOR

ASEGURADO TOTAL: 2.000.000.000.00).

En resumen, la entidad llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, deberá reembolsar la condena que se impondrá a la E.S.E. METROSALUD, de acuerdo con las condiciones pactadas en la póliza de responsabilidad.

En lo referente al llamamiento en garantía formulado por METROSALUD en contra del SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA "SOGOS", al haberse demostrado a través del dictamen pericial, testimonios e historias clínicas que las actuaciones de la Ginecobstetra LEONORA OROZCO VARGAS, fueron oportunas, diligentes y acertadas, en consecuencia en esa misma medida se descarta la responsabilidad de SOGOS frente a la condena que se proferirá en contra de METROSALUD, pues las fallas acreditadas no radicaron en los servicios médicos suministrados por la Dra. LEONORA, sino en los servicios anteriores y posteriores a su intervención.

COSTAS

En materia de costas, el Consejo de Estado no tiene una posición unificada, toda vez que verificados algunos radicados de las diferentes secciones de procesos adelantados en vigencia del CPACA se encuentran distintas posturas, veamos:

La Sección Primera sostiene que la condena en costas es objetiva y su imposición está sujeta a que se acredite su existencia, utilidad y que corresponda a actuaciones autorizadas por la ley, para el caso consultar los radicados 11001-03-15-000-2019-03750-00 del 19 de septiembre de 2019, 2001-23-39-003-2014-0029401 del 15 de agosto de 2019 y 05001-23-33-000-2014-00750-00 del 1 de agosto de 2019.

En la Sección Segunda, algunos Magistrados sostienen que las costas se deben imponer con criterio objetivo - valorativo, es decir, objetivo porque en toda sentencia se debe disponer sobre costas, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse; y valorativo porque se requiere que se revise si se causaron y en la medida de su comprobación. Consultar las sentencias 11001-03-15-000-2019-02674- 00 del 15 de agosto de 2019; 19001-23-33-000-2014-00406-01 del 31 de julio de 2019; 41001-23-33-000-2015-00741-01 del 7 de febrero de 2019.

Otros Magistrados sostienen que las costas se deben imponer con criterio subjetivo porque impone al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, además de que aparezcan causadas y comprobadas, descartando una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido. En este sentido se puede consultar los radicados 68001-23-33-000-2015-00892-01 del 29 de agosto de 2019; 05001-23-33-000-2013-01339-01 del 29 de marzo de 2019; 44001-23-33-000-2014-00070-01 del 6 de diciembre de 2018.

La Sección Tercera aplica el criterio objetivo sin lugar a consideraciones distintas al mero hecho de haber sido vencido en juicio, al respecto se pueden consultar los radicados 25000-23-36-000-2016-00416-01 del 3 de octubre de 2019; 25000-23-36-000-2018-00459-01 del 30 de septiembre de 2019; 85001-23-33-000-2016-00064-02 del 19 de septiembre de 2019.

La Sección Cuarta al igual que la Sección Primera aplica el criterio objetivo y señala que habrá condena en costas siempre y cuando aparezcan causadas y comprobadas, incluidas las agencias en derecho. Al respecto se pueden

examinar los radicados 25000-23-37-000-2015- 00429-01 del 25 de septiembre de 2019; 08001-23-33-000-2014- 00551-01 del 25 de septiembre de 2019.

En consecuencia, frente a las diversas posturas, el Juzgado se abstendrá de condenar en costas en el presente proceso, teniendo en cuenta la que no hay gastos procesales comprobados.

Por lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE

PRIMERO: Se exime de responsabilidad a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE ANTIOQUIA – COMFAMA y en consecuencia a las entidades que llamó en garantía, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se declara probada la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva frente a los doctores DIANA CECILIA JARAMILLO POSADA, LEONORA OROZCO VARGAS y CARLOS MARIO MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

TERCERO: Declarar que la E.S.E. METROSALUD en su condición de demandada es patrimonialmente responsable por la pérdida de oportunidad del menor YOJAN ALEJANDO URREGO MAZO.

CUARTO: Como consecuencia, se condena a la E.S.E. METROSALUD a pagar por concepto de la pérdida de la oportunidad las siguientes sumas vigentes a la ejecutoria de la sentencia:

DEMANDANTE	PARENTESCO CON LA VÍCTIMA	PODER	FOLIO REGISTRO	SMLMV
YOJAN ALEJANDRO URREGO MAZO	VÍCTIMA DIRECTA	109-110	25	50
VIANCY DORALY MAZO OCAMPO	MADRE	109-110	25	50
WILLIAM DE JESÚS URREGO GEORGE	PADRE	109-110	25	50
MILTON DE JESÚS URREGO TUBERQUIA	HERMANO	109-110	26	25
JANER LEAN URREGO TUBERQUIA	HERMANO	109-110	27	25
CLEIDY YEN URREGO TUBERQUIA	HERMANO	111-112	28	25

QUINTO: Se condena a la entidad llamada en garantía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a reembolsar a la E.S.E. METROSALUD el valor de la condena, en la suma que exceda el deducible pactado, reembolso que además no podrá superar el límite máximo de responsabilidad estipulado, para lo cual deberán tenerse en cuenta los parámetros del Código de Comercio, así como las condiciones pactadas en el contrato de seguros.

SEXTO: Se niegan las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por la ESE METROSALUD en contra de SOGOS.

SEPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: No se condena en costas.

NOVENO: La sentencia deberá ser cumplida en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como demás normas concordantes.

DECIMO: En firme la sentencia procedase a su comunicación de conformidad con el art. 203 inciso 3 de CPACA.

DECIMO PRIMERO: La presente sentencia se notificará a las partes conforme lo dispone el art. 203 del CPACA.


EUGENIA RAMOS MAYORGA
Jueza