



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., ocho (8) de julio dos mil veinte (2020)

Referencia	110013331035-2008-00226-01
Sentencia	SC3-2008
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JULIO CÉSAR GARCÍA ARÉVALO Y OTROS
Demandado	SUBRED INTEGRADA SERVICIOS DE SALUD SUR ESE hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE
Tema	Falla en el servicio médica obstétrica. Negligencia por parte de la entidad demandada y no aplicación de la lex artis al no catalogar a la paciente como de alto riesgo, no realizarle el monitoreo fetal para ver el bienestar del feto antes de darle salida. Muerte del nasciturus por hipoxia perinatal secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello. Pérdida de oportunidad a partir del criterio de equidad, de que el embarazo de la señora Cruz Helena Arévalo culminara con el nacimiento del nasciturus como consecuencia de la negligencia de la entidad demandada. Indemnización aplicando equidad e igualdad procesal- precedente cuando no se puede determinar científica y técnicamente el porcentaje de posibilidades de sobrevivencia del nasciturus.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de reparación directa instaurado por JULIO CÉSAR GARCÍA ARÉVALO, CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN, JOSÉ DARÍO GARCÍA GIRALDO, DEIVI GARCÍA ARÉVALO Y LUZ HELENA GARCÍA ARÉVALO, contra la SUBRED INTEGRADA SERVICIOS DE SALUD SUR ESE.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 03 de junio de 2008, los accionantes presentaron demanda de reparación directa contra el Hospital del Sur Empresa Social del Estado, con el fin que se declarara administrativa y extracontractualmente responsable a la demandada, y se condene a indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados como consecuencia de la falla médica que condujo al fallecimiento del bebé del sexo femenino en el vientre materno.

Mediante auto del 18 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, inadmitió la demanda, por lo que el 27 de junio de 2008, la parte actora presentó la subsanación de las deficiencias, en este sentido las pretensiones quedaron así:

“1. Se declare que el Hospital DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO es administrativamente y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales y morales causados a mis poderdantes señores JULIO CÉSAR GARCÍA

ARÉVALO, CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN, JOSÉ DARÍO GARCÍA GIRALDO, quienes actúan en nombre propio y quienes además han otorgado poder en representación de sus menores hijos DEIVI GARCÍA ARÉVALO Y LUZ HELENA GARCÍA ARÉVALO, por la falla médica que conllevó al fallecimiento de bebé de sexo femenino en el vientre materno.

2. Condenar al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, a título de reparación del daño ocasionado a pagar al Señor JOSE DARIO GARCIA GIRALDO, en calidad de padre de la nasciturus, los perjuicios de orden MATERIAL POR DAÑO EMERGENTE equivalente a CINCO MILLONES DE PESOS M/C (\$5.000.000=), correspondientes a gastos médicos asistenciales, exequias y gastos fúnebres de la nasciturus María del Pilar García Arévalo.

3. Condenar al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, a título de reparación del daño ocasionado a pagar al señor JOSE DARIO GARCIA GIRALDO, en calidad de padre de la nasciturus, los perjuicios de orden MORAL correspondiente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES al momento de la sentencia que ponga fin al proceso.

4. Condenar al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, a título de reparación del daño ocasionado a pagar a la Señora CRUZ HELENA AREVALO CHACON, en su calidad de madre de la nasciturus, los perjuicios de orden MORAL correspondiente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES al momento de la sentencia que ponga fin al proceso.

5. Condenar al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, a título de reparación del daño ocasionado a pagar a los señores JOSE DARIO GARCIA GIRALDO y CRUZ HELENA AREVALO CHACON, en su calidad de representantes de sus menores hijos DEIVI GARCIA AREVALO Y LUZ HELENA GARCIA AREVALO, éstos en su calidad de hermanos de la nasciturus, los perjuicios de orden MORAL correspondiente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES al momento de la sentencia que ponga fin al proceso, para cada uno de ellos.

6. Condenar al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, a título de reparación del daño ocasionado a pagar al Señor JULIO CESAR GARCIA AREVALO, en su calidad de hermano de la nasciturus, los perjuicios de orden MORAL correspondiente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES VIGENTES al momento de la sentencia que ponga fin al proceso.(...)”.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que la señora CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN, para el mes de junio de 2006, se encontraba en estado de gravidez próxima a dar a luz con más de 40 semanas de gestación a su cuarto hijo, por lo que el 02 de junio de 2006, acudió al Hospital del Sur Empresa Social del Estado, para el correspondiente monitoreo, encontrando en éste “fetal reactivo” y según se indica en historia clínica con signos de alarma, sin embargo, no se cita para controles médicos posteriores inmediatos.

Posteriormente de nuevo acudió el 06 de junio de 2006 a este hospital, siendo las 06:10 de la tarde, debido a que presentaba contracciones propias del parto, siendo atendida por el Doctor GUSTAVO LOZANO, quien le señaló que debía ingerir un alimento antes de realizar el monitoreo, por lo que al realizar esta actividad ingresó la accionante nuevamente a las

08:05 de la noche, en donde el médico de turno manifiesta que existe actividad uterina irregular pero existe frecuencia cardiaca del bebe, hay movimientos fetales positivos y al tacto vaginal hay dilación de 1cm, así como que es un embarazo de bajo riesgo con un feto único vivo, así mismo expresó que ese centro no dispone de los equipos completos para realizar el monitoreo fetal y que además no se encuentra prioridad para hacerlo, por lo que manifiesta que acuda al día siguiente para efectuar este examen.

El 07 de junio de 2006, la accionada llega a este centro hospitalario por urgencias debido a que presentaba dolores agudos, por lo que a las 08:50 a.m., se le realizó una ecografía por el médico CARLOS PARRA, encontrando que ya no hay frecuencia cardiaca fetal y se diagnostica el óbito o muerte fetal, indicando que el feto fallece en la noche o madrugada del día 6 y 7 de junio de 2006, evidenciando con triple circular al cuello, apretadas y con livideces.

Para el 06 de julio de 2006, la Oficina de Gestión Pública y Auto Control del Grupo de Calidad Medicina del HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, por solicitud de la Secretaria de Salud realizó una auditoria llegando a las siguientes conclusiones:

1. La paciente debió ser catalogada como alto riesgo (37 años), pariedad (Gesta 4, Partos 3), antecedentes familiares (madre diabética) y su aumento injustificado de peso entre el segundo y tercer control prenatal, según lo establecen las guías de atención materno perinatal.
2. Se encuentran falencias en el diligenciamiento de la hoja CLAP de consulta externa, sin embargo estos hallazgos no inciden en la causa que conlleva el óbito fetal.
3. En la consulta de urgencias del día 6 de junio no se realizó monitoreo fetal que podría haber detectado alguna alteración en la vitalidad fetal.
4. No se encuentra consecuente que la monitoreo fetal no se pueda realizar a las 20.05 horas del 6 de junio, pero que se cite, para la toma de la misma, al día siguiente a las 7:00 p.m.
5. El equipo de monitoreo fetal de la institución se encuentra incompleto por la falta de TOCO. Se aclara que este elemento mide la actividad uterina, pero no es indispensable para determinar la vitalidad fetal, para esta actividad se puede utilizar el transductor indicándole a la materna que comente cada vez que los movimientos fetales se presenten.
6. Durante la monitoreo no se hubieran podido detectar alteraciones en la frecuencia cardiaca fetal, interpretándose como una monitoria reactiva y desenlace pudiera haber sido el mismo”.

Así mismo, se señalaron las siguientes recomendaciones:

1. Se debe reforzar en los profesionales la adherencia a las guías institucionales y Secretaría Distrital para hacer una adecuada identificación del riesgo materno.
2. Retomar la valoración por parte del especialista en el último trimestre del control prenatal para todas las maternas usuarias de la institución.
3. Elaborar un formato para ser entregado a todas las maternas que asistan a urgencias

de nuestra institución, en el cual, se haga referencia a los signos de alarma más frecuentes por los cuales deban re consultar el servicio.

4. Realizar el monitoreo fetal a todas las usuarias maternas que asista al servicio de urgencias por encima de la semana 38 de gestación.
5. Se recomienda que la institución tenga un monitor fetal completo y se le realice un mantenimiento preventivo adecuado ajustándose a la normatividad.
6. Crear un libro de registro para consignar todas las monitorias realizadas, el cual debe contener fecha, hora, nombre e identificación de la paciente, persona quien realice la monitoria, interpretación y persona responsable.
7. Elaboración y socialización de guía de toma e interpretación de monitoria fetal”.

Por estos hechos, se presentaron las respectivas denuncias a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Secretaría de Salud, Tribunal de Ética Médica y se iniciaron las investigaciones disciplinarias internas correspondientes, así como se agotó el requisito de procedibilidad de conciliación, que resultó fallida por la parte convocada el 12 de marzo de 2008.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El 18 de junio de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B, inadmite la demanda (fl. 20 Cp1) y con auto del 30 de julio de 2008 declara la falta de competencia, por cuanto la cuantía no excede los 500 SMLMV y remite el proceso por competencia a los Juzgados Administrativos. (fl. 34 Cp1)

El 21 de octubre de 2008, el Juzgado 35 Administrativo de Bogotá Admite la demanda, y ordena notificar a los demandados y al Ministerio Público. (fls. 40 y 41 Cp1)

El 16 de abril de 2009, el Ministerio de Protección Social contestó la demanda. (fls. 47 a 73 Cp1)

El 22 de abril de 2009, el Hospital del Sur Empresa Social del Estado, contestó la demanda. (fls. 84 al 96 Cp1)

El 26 de junio de 2009, la parte actora presentó escrito pronunciándose sobre las excepciones de mérito, solicitando se desestimen en su totalidad las excepciones propuestas por ser inconducentes e impertinentes. (fls. 121 al 123 Cp1)

El 15 de septiembre de 2009, el Juzgado 35 del Circuito Judicial Administrativo de Bogotá D.C., profiere auto que abre la etapa probatoria. (fls. 125 al 127 Cp1)

El 30 de marzo de 2017, el Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., corre traslado a las partes por un término de 10 días para alegar de conclusión. (fl. 483 Cp3)

EL 25 de abril de 2017, el Ministerio de Salud presentó escrito de alegatos de conclusión. (fls. 486 al 495 Cp3)

El 2 de mayo de 2017, el representante del Hospital del Sur I nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Suroccidente ESE, presentó escrito de alegatos de conclusión. (fls. 498 al 503 Cp3)

3. Sentencia de primera instancia.

El 06 de junio de 2018, el Juez 60 Administrativo del Circuito de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda, así:

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la señora Cruz Helena Arévalo Chacón propuesta por el Hospital Sur E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda propuesta por Julio César García Arévalo, Cruz Helena Arévalo Chacón, José Darío García Giraldo, Deivi García Arévalo y Luz Helena García Arévalo en contra del Hospital Sur E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá a efecto de que se liquida los remanentes y su posterior archivo”.

La juez de primera instancia consideró que con las pruebas obrantes en el expediente se demuestra el daño a los demandados consistente en la muerte del nasciturus hija de los señores Cruz Helena Arévalo Chacón y José Darío García Giraldo el día 7 de julio de 2006.

Respecto al nexo causal e imputación, transcribe apartes del dictamen pericial elaborado por la Universidad Nacional, concluyendo del mismo que el profesional de la Salud que atendió a la señora Cruz Helena Arévalo el 6 de junio de 2006, no determinó lo más aproximadamente posible las semanas de gestación del nasciturus conforme a los antecedentes de la historia clínica, pues conforme a ella, contaba era con 40 semanas de gestación, situación está que se reafirma con el informe pericial No. BOG 2006-016847 y con el acta de evolución de mortalidad perinatal realizada por el grupo de calidad de medicina de la oficina de gestión pública y autocontrol del Hospital sur ESE.

Agrega que paso por alto otro factor de alto riesgo como lo era que la gestante era mayor de 35 años, por lo que era un embarazo riesgoso y debía ser atendida en los servicios de segundo y tercer nivel de atención en salud.

No obstante, refiere a que conforme al informe pericial de necropsia No. BOG 2006-016847, la muerte del nasciturus fue por hipoxia perinatal secundaria a triple circulación apretado del cordón umbilical en cuello- muerte natural; sobre esta circunstancia, transcribe apartes del dictamen pericial realizado por la Universidad Nacional, la respuesta dada por el doctor Jorge Enrique Soler respecto a la imprevisibilidad del triple circular al cuello y la conclusión del Grupo de Calidad de Medicina del Hospital Sur ESE, concluyendo de los mismos, que no existen elementos probatorios que demuestren de manera fehaciente la relación directa o indirecta de la actuación por parte del Hospital Sur ESE con la muerte del nasciturus hija y hermana de los demandantes, pues se produjo una circunstancia imprevisible e irresistible que libera de responsabilidad al demandado. (fls. 506 a 503 Cp4)

II. RECURSO DE APELACIÓN.

1. El recurso.

El 21 de junio de 2018, la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para ello refiere con relación al nexo de causalidad, que las pruebas

documentales obrantes en el expediente refieren y acreditan que por parte de la demandada no existió una adecuada ni oportuna prestación del servicio. Indica que la conclusión a la que arriba el a quo se deriva de una errónea aplicación del régimen de responsabilidad médica aplicada a la falla del servicio médico.

Indica que la señora Cruz Helena Arévalo el día 6 de junio de 2006, asistió a la demandada, dado que tenía contracciones uterinas, por lo que el médico de turno Gustavo Lozano le indica seguir el procedimiento para realizarse monitoreo fetal; ella regresa el mismo día a las 8.05 pm, sin embargo, no se le realiza monitoreo por cuanto no se dispone del equipo completo de monitoreo fetal y que en consideración al médico tratante no hay prioridad, pese a que la accionante ya se encontraba en dilatación. El día siguiente acude al hospital demandado, de acuerdo con recomendación y orden médica, encontrándose que la bebe ya había fallecido.

Cita la evaluación del grupo de médicos oficina gestión pública y auto control del grupo de calidad medicina de la demandada donde se arribaron a las siguientes conclusiones i) la paciente debió ser catalogada como de alto riesgo ii) el día 6 de junio de 2006, no se realizó monitoreo fetal, el cual en consideración con el grupo médico, habría podido advertir actividad fetal, iii) sino existía posibilidad de realizar monitoreo fetal para el 6 de junio de 2006, no se encuentra explicación para la citación del 7 de junio, iv) se señala que existían otros elementos, tales como el transductor.

También trae a colación el dictamen pericial realizado por la Universidad Nacional donde se describe que la conducta de la demandada no fue adecuada.

Concluye así, que con las pruebas recaudadas está demostrada que la prestación del servicio médico a la accionante el día 6 de junio de 2006, no fue oportuna ni adecuada.

Respecto al segundo elemento, es decir el régimen de responsabilidad aplicable por falla médica, precisa que el a quo aplicó las reglas propias de la falla en el servicio por culpa probada, de lo cual derivó la decisión de absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda; sobre este tema trae a colación sentencia del Consejo de Estado del 14 de noviembre de 2014, de la cual concluye que la responsabilidad derivada de omisión debe ser valorada de forma diferente en cuanto al nexo de causalidad, por ello, para el caso en concreto la responsabilidad de la demandada deviene de la omisión en la prestación oportuna y adecuada de la accionante, lo cual conducía a que la prueba sobre el nexo de causalidad fuera valorado conforme a las reglas trazadas por el Consejo de Estado, precedente desconocido por el a quo.

Indica que la causa eficiente del daño es concretamente la negligencia observada por el médico que atendió a la demandante en cuanto a la impericia y grave negligencia al no tener en cuenta los procedimientos médicos que hubieran conducido a la atención prioritaria de la paciente que se encontraba en parto, según el dictamen médico obrante en el expediente.

Resalta que el Consejo de Estado a partir de 1992 acogió el criterio de falla presunta del servicio en materia de responsabilidad médica, por ello corresponde a la entidad demandada demostrar que su actuar fue correcto, pues ellos son quien tiene mejor posición de probar que obraron con diligencia y cuidado, en este sentido ellos siempre llegan al proceso con una presunción de falla en su contra.

Por otro lado, que el hecho configurativo de eximente de responsabilidad nunca fue acreditado no probado por la demandada.

El 5 de julio de 2018 se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.(fl. 532 Cp4)

2. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 4 de diciembre de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante. El 19 de febrero de 2019, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador para rendir concepto. (fls. 536 y 538 Cp4)

La apoderada de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social presentó alegatos de conclusión el 5 de marzo de 2019, quien insiste en la falta de legitimación de esta entidad pues dentro de sus funciones no está la prestación directa de servicios médicos asistenciales y el daño que se pretende sea resarcido tiene que ver con la falla en la prestación de servicio médico que no se le brindó de manera oportuna a la demandante. (fls. 539 a 545 Cp4)

El 7 de marzo de 2019, presentó alegatos de conclusión la apoderada de la parte actora, quien además de reiterar los argumentos del recurso de apelación, solicita tener en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado frente al nexo de causalidad y los eximentes de responsabilidad del Estado por omisión y por acción, esto, como quiera que esta alta Corporación indicó frente a la responsabilidad del Estado por omisión que no resulta procedente analizar la causalidad sino la imputación, error en que incurrió el a quo. Transcribe apartes de sentencia del 3 de octubre de 2016 radicado No. 05001233100019990205901; agrega que en el sub lite no existió un hecho ni irresistible ni imprevisible que pueda exonerar a la demandada, de la imputación del daño acaecido a los demandantes; refiere a que la demandada debió observar el principio de precaución y haber efectuado actuación tendiente a prestar la asistencia médica oportuna a la demandante. (fls. 546 a 557 Cp4)

El Hospital del Sur ESE no alegó de conclusión y el Procurador no emitió concepto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Problema jurídico.

Atendiendo al debate propuesto en el recurso de apelación, la Sala estudiará si debe revocarse la sentencia de primera instancia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, porque en el presente asunto se acreditó la responsabilidad del Estado en atención a que se demuestra el nexo de causalidad del daño alegado con la omisión por parte de la entidad demandada.

Tesis de Sala

En criterio de la Sala, debe revocarse la sentencia de primera instancia, porque si bien es cierto, no existe prueba directa que demuestre que el actuar negligente por parte del cuerpo médico de la entidad demandada hubiese sido lo que produjo la muerte del nasciturus, pues conforme a la necropsia allegada al expediente esta situación obedeció por hipoxia perinatal

secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello (2.15 y 2.16), evento que conforme al dictamen pericial se considera un fenómeno al azar y que cuando se presenta este número de circulares se incrementa el riesgo de muerte fetal (2.14) afirmación que coincide con la literatura médica¹, también es cierto que existía una alta posibilidad de que si a la paciente se le hubiera realizado el monitoreo fetal para efectos de establecer el bienestar fetal (ya sea en el hospital demandado o al que hubiese sido trasladada de mayor nivel de atención) el nasciturus hubiese sobrevivido, razón por la cual se accederán a las pretensiones, pero teniendo como daño autónomo la pérdida de oportunidad de que el embarazo de la señora Cruz Helena Arévalo culminara con el nacimiento de la nasciturus como consecuencia de la negligencia de la entidad demandada.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y el valor de la pretensión mayor no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 133 y 134E del C.C.A y numeral segundo del artículo 20 del CPC.

2. Caducidad del medio de control.

Al respecto es de anotar que el término de caducidad de la acción de reparación directa se contabiliza a partir del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa, de acuerdo con lo establecido en el No. 8 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se contabiliza desde el día siguiente cuando ocurrió la muerte del nasciturus hija de Cruz Helena Arévalo y José Daría García (ocurrida el 7 de junio de 2006 fls. 12 cuaderno pruebas 2) es decir que entre el 8 de junio de 2006 al 8 de junio de 2008, se debía interponer la demanda. La demanda se interpuso el 3 de junio de 2008 (fl. 18 Cp1), por lo tanto, se entiende presentada en tiempo.

3. Legitimación en la causa.

3.1 Por activa.

En el presente caso se encuentra que se persigue la declaratoria de responsabilidad de las demandadas por la muerte nasciturus hija de Cruz Helena Arévalo y José Daría García ocurrida el día 7 de junio de 2006.

Entonces, los demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa, conforme a los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan:

¹ Carlos Bustamante-Zuluaga, M.D.*, Guido Parra-Anaya, M.D.***, Israel Díaz-Yunez, M.D.***, Felipe Vergara-Quintero, M.D.****, Eduardo De Nubbila-Lizcano, M.D.*****, (2011), pronóstico perinatal de los fetos con circular de cordón en relación con la vía del parto, Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 62 No. 4 • Octubre-Diciembre 2011 • (315-320). <http://www.scielo.org.co/pdf/rcoq/v62n4/v62n4a04.pdf>

Demandante	Relación con el nasciturus	Pruebas
JULIO CÉSAR GARCÍA ARÉVALO	Hermano	Acta de inspección a cadáver, certificado de defunción, registro civil de nacimiento (fl. 5, 7,11 Cuaderno pruebas 2)
CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN	madre	Acta de inspección a cadáver, certificado de defunción, historia clínica (fl. 5, 7,56, 57, 61,62 Cuaderno pruebas 2)
JOSÉ DARÍO GARCÍA GIRALDO	Padre	Acta de inspección a cadáver, certificado de defunción, declaración extraprocesal de convivencia con la señora Cruz Helena Arévalo (fl. 5, 7, 13, Cuaderno pruebas 2)
DEIVI GARCÍA ARÉVALO	hermano	Acta de inspección a cadáver, certificado de defunción, registro civil de nacimiento (fl. 5, 7,12 Cuaderno pruebas 2)
LUZ HELENA GARCÍA ARÉVALO	hermana	Acta de inspección a cadáver, certificado de defunción, registro civil de nacimiento (fl. 5, 7,8 Cuaderno pruebas 2)

3.2 Pasiva.

Se tiene como demandados a LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y HOSPITAL DEL SUR- EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE.

Conforme a la demanda, y los hechos de la misma (fls. 3 a 17 Cp1) , se encuentra que no se endilga responsabilidad alguna al Ministerio de Salud y Protección Social, tanto así, que en ninguno de los apartes de la demanda figura como demandado, puesto que todas las pretensiones van encaminadas a la falla en la prestación del servicio médico por parte del HOSPITAL DEL SUR- EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE a una de las demandantes, que trajo como consecuencia la muerte del nasciturus, razón por la cual, el referido hospital se encuentra legitimado en la causa.

Es de preciar que sería del caso declarar la falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, no obstante, se encuentra auto del 15 de septiembre de 2009 (fl. 128 Cp1) donde el a quo revoca vinculación de esta entidad y deja sin valor y efectos el numeral 3 del auto que admitió la demanda, donde se ordenó vincular y notificar a este Ministerio, por lo tanto, esta Sala se estará a lo resuelto en esta providencia.

4. Argumentación Jurídica.

4.1. Régimen de responsabilidad en la prestación del servicio médico-hospitalario.

La responsabilidad del estado por falla médica ha cambiado o evolucionado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, debido, esencialmente, a los muchos casos y situaciones que ha tenido que abordar, entonces ha pasado del régimen de falla probada

del servicio, la falla presunta del servicio, la carga dinámica de la prueba y, a partir del año 2006², volvió al régimen de falla probada del servicio³.

4.2 Régimen probatorio en los casos de responsabilidad médica.

En cuanto a la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica, el Consejo de Estado⁴ ha precisado ciertos criterios:

(i) por regla general, al demandante le corresponde probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los que resulte "excesivamente difícil o prácticamente imposible" hacerlo; (ii) **de igual manera, corresponde al actor aportar la prueba de la relación de causalidad**, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los casos en los cuales "resulte muy difícil –si no imposible– la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar"; (iii) en la apreciación de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa efectiva del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas con alteraciones en su salud; (v) **el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio**⁵. (...)

Actualmente se considera que en materia de responsabilidad médica **deben estar acreditados en el expediente todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel**⁶, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, incluso de la prueba indiciaria.

4.3 Responsabilidad en la prestación del servicio médico de ginecología.

En cuanto al régimen de responsabilidad en los casos de responsabilidad médica en prestación del servicio de ginecología, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Dr. Hernán Andrade Rincón, en sentencia del 13 de agosto de 2014, expediente 29596, señaló:

"(...), se debe precisar que bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por

² Consejo de Estado; Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 15772; C.P. Ruth Stella Correa.

³ Ver evolución en Consejo de Estado; Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01356-01(38149); C.P. Olga Melida Valle De La Hoz.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00456-01(31508).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14786, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 15726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 19125, C.P. (E) Gladys Agudelo Ordóñez, entre otras.

excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, siendo que, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá probar en contra de lo demostrado por el actor, demostración que –se insiste- puede lograrse a través de cualquier medio probatorio”. (Subrayado fuera de texto).

En este sentido, el Consejo de Estado ha precisado que, frente al acto obstétrico, en la actualidad no se rige por el régimen objetivo, sino por un régimen subjetivo- falla probada con flexibilización frente al rigor de la prueba de la falla, imponiéndose de esta forma la obligación por parte del accionante, de probar no solo el daño, sino adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexos causal entre ésta y el daño.⁷

4.3 Pérdida de oportunidad.

La pérdida de oportunidad ha sido definida como un daño autónomo (conforme a la línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado desde el año 2010⁸) que puede deviene de la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o también, del padecimiento de un perjuicio que tenía reales probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima.⁹

Sobre este daño se ha precisado:

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00068-01(40912)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencias del 14 de marzo de 2013, exp. 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) y del 9 de octubre de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286) CP: Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencia del 26 de junio de 2014, exp. 25000232600020000215101, CP: Ramiro Pazos Guerreiro; Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2014, exp. 23001-23-31-000-2012-00004-01 (46107), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia del treinta (30) De Noviembre de 2017, Radicación Número: 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956).

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse

con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él, para su determinación (...)"¹⁰.

En este sentido, se han establecido los siguientes elementos esenciales como requisitos para que se configure la pérdida de oportunidad: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

Sobre el alcance de cada uno ha dicho la Sala¹¹:

Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. **Así, el requisito de la "aleatoriedad" del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.**

En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de "una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente" de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, **si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.**"
Negrilla fuera de texto.

V. CASO CONCRETO.

1. Precisión del caso.

En el presente asunto se persigue la indemnización de perjuicios ocasionados como consecuencia de la presunta falla médica que condujo al fallecimiento del bebé del sexo femenino en el vientre materno de la demandante Cruz Helena Arévalo Chacón.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda. Consideró que no se demostró dentro del proceso el nexo de causalidad, para ello, sostiene que no existen elementos probatorios que demuestren de manera fehaciente la relación directa o indirecta de la actuación por parte del Hospital Sur ESE con la muerte del nasciturus hija y hermana de los demandantes, pues se produjo una circunstancia imprevisible e irresistible que libera de responsabilidad al demandado, como lo fue la muerte del nasciturus por hipoxia perinatal secundaria a triple circulación apretado del cordón umbilical en cuello.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación. Sostuvo que con las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado que por parte de la demandada no existió una adecuada ni oportuna prestación del servicio; que el a quo realizó una valoración respecto al nexo de causalidad equivocada y contraria al precedente del Consejo de Estado, esto debido a que se trata de una omisión y no de una acción, por lo que el juicio no se trata de causalidad sino de imputación; precisa que la causa eficiente del daño es concretamente la negligencia observada por el médico que atendió a la demandante en cuanto a la impericia y grave negligencia al no tener en cuenta los procedimientos médicos que hubieran conducido a la atención prioritaria de la paciente que se encontraba en parto; por último indica que corresponde a la entidad demostrar que su actuar fue correcto.

Así las cosas, atendiendo al debate propuesto en el recurso de apelación, la Sala estudiará si debe revocarse la sentencia de primera instancia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, porque en el presente asunto se acreditó la responsabilidad del Estado, y en especial el nexo de causalidad entre el daño y la omisión de la entidad demandada.

2. Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que fueron recaudados en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver los problemas jurídicos planteados en esta instancia:

- 2.1** Certificado de defunción No. A 2382654, describiendo tipo de defunción " muerte fetal" fecha de defunción: 07-06-2006, sexo " femenino" lugar " Cundinamarca" Bogotá" nombre del fallecido " mortinato" probabilidad de la muerte " en estudio" (fls. 12 Cuaderno pruebas 2)
- 2.2** Queja presentada por el señor José Darío García Giraldo ante la Secretaría de Salud de Bogotá el 14 de junio de 2006, refiriéndose a la atención prestada a su esposa Cruz Helena Arévalo Chacón en el CAMI de Galán. (fls. 17 y 18 ib)
- 2.3** Queja presentada por el señor José Darío García Giraldo ante la Procuraduría General de la Nación sobre los hechos del día 6 de junio de 2006. 8 fls. 27 ib-)
- 2.4** Informe de Ecografía obstétrica realizada a la señora Cruz Helena Arévalo para el 16 de febrero de 2006, donde se observa feto vivo en C, aspecto sano, femenino, para 25 semanas PFE 842 GRS, líquido amniótico adecuado, ID: gestación Sana FPP por ECO 2 de junio. (fl. 41 ib.)
- 2.5** Informe de Ecografía obstétrica realizada a la señora Cruz Helena Arévalo, 37 semanas por ECO ANTERIOR, feto único vivo, sano, líquido amniótico adecuado, interpretación: gestación sana, crecimiento adecuado, FPP 2 junio (fl. 42 ib.)
- 2.6** Epicrisis Clínica- CANDELARIA IPS LTDA, de fecha 7 de junio de 2006, de la paciente Cruz Helena Arévalo, causa de ingreso "valoración posparto" diagnóstico de ingreso "puerperio inmediato de parto vaginal- óbito fetal" siendo hospitalizada 2 días; fecha de egreso 8-06-2006; causa de la salida " sano" (fls. 47 y 48 ib.)
- 2.7** Hoja de evolución en hospitalización del Hospital del Sur Empresa Social del Estado, de la señora Helena Arévalo de fecha 7 de junio de 2006, donde se describe lo siguiente: (fls. 56 y 57 ib.)

Fecha y hora	Servicio	Médico tratante
07-06-06 8+00	Urgencias Paciente (...) 37 años con diagnóstico: 1.Embarazo (ilegible) X eco 2. G4 P3 V 3 Ao 3 feto único vivo 1. parto S/ refiere actividad uterina irregular, sangrado escaso, amniorrea 6+00 movimientos fetales disminuidos (...) No se ausculta FCF con fonendoscopio No se ausculta con Doppler (...) X ausencia de FCF y el pasa a ecografía.	Dr. Rocío Mariño González Médica y cirujana
07-06-6	Se realiza eco obstétrica: se encuentra óbito fetal (...)	Dr. Rocío Mariño González Médica y cirujana

8+50	No evidencia de FCF IDX: óbito fetal p/ se hospitaliza x se remite paciente para atención x ginecología	
9+00	(...) Remisión a III Nivel (...)	Juan Carlos Lara Ginecobstetra

- 2.8** Hoja de evolución en hospitalización en el Hospital Sur Empresa Social del Estado de la señora Helena Arévalo respecto a la valoración psiquiátrica realizada el 7 de junio de 2006, dando como diagnóstico: "1. Reacción aguda ante gran tensión# plan: " 1. salida por psiquiatría, 2. Control por la consulta externa de Psiquiatría (...)" (fls. 59 ib)
- 2.9** Historia clínica de urgencias, fecha y hora de atención " 06/06/06" a las 18+10; " motivo de consulta y enfermedad actual: paciente con cuadro de actividad uterina irregular, asociada a expulsión de tapón mucoso. Mov fetales (+) ECO 16/02/06 25# 40 semanas ECO 12/05/06 (ilegible) 40 5/4 semanas" examen físico "Abd: útero grávido Au 34 cm, FCF144, feto único vivo TV cuello D1 cm," impresión diagnóstica " 1. G4(ilegible)2. Gestación de 40 6/7 semanas x eco, 3. Feto único vivo, 4. Parto" conducta o tratamiento "monitoreo fetal". (fls. 61ib)
- 2.10** Hoja de evolución en hospitalización del Hospital del Sur Empresa Social del Estado, de la señora Helena Arévalo de fecha 6 de junio de 2006, donde se describe lo siguiente: (fls. 62 ib.)

Fecha y hora	Servicio	Médico tratante
6/jun/06 8+05 pm	Paciente en el momento con actividad uterina irregular de leve intensidad. Niega (...), niega síntomas vasoespasmo, niega sangrado, refiere movimiento fetal, embarazo de 37/7 semanas (...) trae monitoreo normal del 2/jun No refiere antecedentes personales G4P3 Ao Co FUR: 18/sep/05 FUP 06/ene/96 PBF (-)CPN # 8 Ex físico (ilegible)actividad uterina irregular(...) Sin sangrado Resto normal IDX: 1. Embarazo de 37 4/7 ssx Fur-bajo riesgo 2. G4P2Ao Co 3. feto único vivo P) salida y se cita a control mañana en la mañana 7 am. En el momento no se dispone de equipo completo para monitoria fetal y además no se	Gustavo Lozano Médico Cirujano

	encuentra prioridad para realizarlo por lo cual se indica la toma de esta mañana. Se dan recomendaciones y signos de alarma.	
--	--	--

2.11 Registro de enfermería del recién nacido hijo de la señora Cruz Helena Arévalo, fecha de nacimiento 7 de junio de 2006 a las 12: 05 donde se describe RN " sin signos vitales" Nota RN " con circular al cuello triple" " meconio grado III" (fl. 79 ib)

2.12 Acta de evaluación de mortalidad perinatal de fecha 6 de julio de 2006, realizada por el Hospital del Sur ESE Oficina de Gestión Pública y Auto Control – Grupo de Calidad medicina donde se describe lo siguiente frente al caso de la señora Cruz Helena Arévalo:

" (...)

Una vez revisada la historia clínica No. 38.285.033 de consulta externa, se encontraron los siguientes aspectos:

- Inicio tardío del control prenatal, siendo la primera consulta el 3 de febrero de 2006, cursando un embarazo de aproximadamente 26 a 28 semanas.
- No diligenciamiento del peso previo a la gestación.
- Fecha de última regla incierta.
- No se hallaron registros y análisis de laboratorio solicitados.
- Al tercer control prenatal abril 30 de 2006 se halló un incremento de 6 kg en 5 semanas y media, sin justificación ni estudio de este incremento.

Revisadas las historias clínicas de urgencias se encontraron los siguientes puntos:

-2 de junio 13:50 pm se realiza monitoreo fetal reactivo, paciente presenta actividad uterina irregular, falta diligenciamiento de peso y especificar las recomendaciones y signos de alarma dados a la paciente. No había indicación de Hospitalización. No se encontró indicación de que debía asistir pronto a nuevo control (24 a 48 horas)

- 6 de junio de 2006, consulta a las 18:10 pm, por actividad uterina irregular, expulsión de tapón mucoso, movimientos fetales positivos, frecuencia cardíaca fetal 144 por minuto, por lo cual se solicita monitoria.

- 6 de junio de 2006, regresa nuevamente a las 20:05 hs, para toma de monitoria es revisada nuevamente encontrándose como datos positivos una fecha de ultima regla que en ninguna de las anteriores historias se había encontrado, actividad uterina irregular, frecuencia cardíaca fetal de 140 por minuto, movimientos fetales positivos y tacto vaginal evidenciándose el cuello posterior largo dilatación en 1 cm sin amniorrea, sin sangrado. Es catalogado como un embarazo de 37/ 4/7 semanas por FUR. Bajo riesgo, feto único vivo. El profesional refiere que no se dispone equipo completo para realizar monitoreo fetal y además no se encuentra prioridad para realizarlo por lo cual se indica la toma de esta el día siguiente a las 7 AM. Se dan signos de alarma y recomendaciones.

-7 de junio de 2006 el paciente ingresa de servicio urgencias a las 8 AM por actividad uterina regular, amniorrea desde 6 AM (interroga) movimientos fetales disminuido, sangrado genital escaso, no se ausculta frecuencia cardiaca fetal con fonendoscopio ni doppler por lo cual se realiza ecografía a las 8:50 AM no evidenciándose en esta latidos cardiacos por lo cual se da un diagnóstico de óbito fetal. Se inicia trámite de remisión a la paciente al tercer nivel, no siendo aceptada la paciente, ateniéndose el parto vaginal eutósico (sic) a las 12:55 pm de este mismo día nuestra institución, encontrándose un feto con triple circular al cuello, apretadas, de sexo femenino, con livideces, sin flictenas ni acabalgamiento de suturas. Posteriormente la paciente es aceptada en la clínica Candelaria el día 7 de junio a las 13:10 pm.

CONCLUSIONES

1. la paciente debió ser catalogada como alto riesgo por edad (37 años)paridad (gesta 4 partos 3) antecedentes familiares (madre diabética)y un aumento injustificado de peso entre el segundo y tercer control prenatal, según lo establecen las guías de atención materno perinatal.
2. se encuentran falencias en el diligenciamiento de la hoja CLAP de consulta externa, sin embargo, estos hallazgos no inciden en la causa que conlleva al óbito fetal.
3. En la consulta de urgencias del día 6 de junio no se realizó monitoreo fetal que podría haber detectado alguna alteración en la vitalidad fetal.
4. No se encuentra consecuente que la monitoria fetal no se pueda realizar a las 20.05 horas del 6 de junio, pero que se cite, para la toma de la misma, al día siguiente a las 7:00.
5. El equipo de monitoreo fetal de la institución se encuentra incompleto por la falta del TOCO. Se aclara que este elemento mide la actividad uterina, pero no es indispensable para determinar la vitalidad fetal; para esta actividad se puede utilizar el transductor indicándole a la materna que comete cada vez que los movimiento fetales se presenten.
6. Durante la monitoria no se hubiera podido detectar alteraciones en la frecuencia cardiaca fetal, interpretándose como una monitoria reactiva y el desenlace pudiera haber sido el mismo.

RECOMENDACIONES

1. Se debe reforzar a los profesionales la adherencia a las guías institucionales de la Secretaría Distrital para hacer una adecuada identificación del riesgo materno.
2. Retomar la valoración por parte del especialista en el último trimestre del control prenatal para todas las maternas usuarias de la institución.
3. Elaborar un formato para ser entregado a todas las maternas que asistan a urgencias de nuestra institución, en el cual, se haga referencia a los signos de alarma más frecuentes por los cuales debe reconsultar al servicio.
4. Realizar un monitoreo fetal a todas las usuarias maternas que asistan al servicio de urgencias por encima de la semana 38 de gestación.

5. Se recomienda que la institución tenga un monitor fetal complejo y se le realice un mantenimiento preventivo adecuado ajustándose a la normatividad.
6. Crear un libro de registro para consignar todas las monitorias realizadas, el cual debe contener fecha, hora, nombre e identificación de la paciente, persona quien realice la monitoria, interpretación y persona responsable.
7. Elaboración y socialización de quia de toma e interpretación de monitoria fetal. (fls. 82 a 84 ib.)

2.13 Acta Cove Institucional julio 5 de 2006- Mortalidad Perinatal elaborada por Claudia Rocío Vela – médica epidemióloga Hospital del Sur, en donde se transcribe apartes de la historia clínica de la señora Helena Arévalo, concluyendo lo siguiente:

“ DETENCIÓN DE DEMORAS:

PRIMERA DEMORA: PROMOCIÓN DE LA SALUD

- Falla en la inducción a la planificación familiar por parte del Hospital del Sur y por parte de la clínica la Candelaria (...)

SEGUNDA DEMORA: ASEGURAMIENTO, ACCESIBILIDAD

No hubo hallazgos

TERCERA DEMORA: CALIDAD

- Diligenciamiento de la historia de CLAP incompleta
- Detención inadecuada del riesgo, por ser gestante añosa
- No – realización de monitoria fetal.
- Falla en la información de derechos del paciente (...)
- Falta de legibilidad de algunos aportes de la historia clínica” (fls. 134 a 136 ib)

2.14 Dictamen pericial realizado por el doctor Jorge Andrés Rubio Romero – Profesor Asociado- Departamento Obstetricia y Ginecología de la Universidad Nacional dentro del cual se describe lo siguiente:

“ (...)

RESUMEN DEL CASO:

Para el momento del ingreso a urgencias el día 06 /06 /2006 a las 8:05 PM la paciente tenía 37 años, cursaba su cuarta gestación a la que inició tardíamente su control prenatal, no tenía una fecha de última menstruación confiable pero contaba con dos ecografías, una de ellas realiza en II trimestre que permitía establecer la edad gestacional y ambas coincidentes con fecha probable parto para 02/06 /2006 , momento en el que se completan 40 semanas de gestación y por lo tanto , tenía más de 40 semanas el día 6 de junio. Consultó dos horas antes a las 18+10 por contracciones irregulares y expulsión del tapón mucoso y al examen cambios cervicales propios de un parto o una fase latente del trabajo de parto. Se solicitó una monitoria fetal la cual no fue realizada y se valoró nuevamente a la paciente dos horas más tarde, Donde se interpretó que la paciente cursaba con un embarazo de 37 1/2 semanas, no tenía factores de riesgo y no había cambios en la actividad uterina ni en la dilatación cervical se determinó que la paciente cursaba con parto y fue citada al día siguiente. Consultó el 07/06/06 en la mañana con el hallazgo de muerte fetal intrauterina al ingreso y cambios cervicales propios de un trabajo en fase latente. Se ordenó remitir al nivel superior sin conseguir ubicar a la paciente en la mañana, quién simultáneamente progresa en su trabajo de parto hasta el expulsivo. se le realizó atención de parto sin complicaciones donde se obtuvo un recién

nacido femenino muerto con triple circulación al cuello. fue valorada por psiquiatría y finalmente salió remitida 1:30 después del parto para un nivel superior donde se completó la atención con la realización de revisión uterina, profilaxis antibiótica y se descartó enfermedad coronaria.

PREGUNTAS CONTENIDAS EN EL OFICIO D244241:

1. ¿si para el momento de ingreso a urgencias en la fecha 6 de junio de 2006 8:05 pm la decisión médica de citarla para el día siguiente es o no adecuada para este momento clínico (sic)

Con los hallazgos anotados, se puede afirmar que la decisión de citar al día siguiente a la paciente del caso quién tenía factores de riesgo (mayor de 35 años y un embarazo de más de 40 semanas por ecografía) se encontraba en parto y sin haber evaluado el bienestar fetal mediante la monitoria fetal electrónica no es adecuada.

2. ¿ teniendo en cuenta que era una mujer múltipara se debió dejar hospitalizada?

Ante la presencia de un parto, evidenciado por la persistencia de actividad uterina irregular y la falta de progresión de la dilatación y el borramiento entre las 18 y las 20:00 horas del 06-06-06 no había indicación de hospitalizar a la paciente por su condición de múltipara.

3.Cuál era el riesgo obstétrico de esta paciente (sic)

Según las tablas de riesgo de la guía de la Secretaría de salud de Bogotá, la paciente que se consideraba de alto riesgo obstétrico por edad materna mayor a 35 años, embarazo prolongado (definido como gestación que supera las 40 semanas)

4. En ausencia de aparatos de monitoria fetal, se debe hacer un seguimiento clínico o monitoria con signos clínicos, teniendo en cuenta el momento clínico de ingreso a urgencias del 6 de junio de 2011(sic)

Ante un paciente con factores de riesgo pero sin trabajo de parto, sin indicaciones inminentes para hospitalización y en ausencia de aparato para monitoria fetal electrónica, lo indicado sería remitir a la paciente para la realización de la misma en donde se encuentre el recurso, ya que el seguimiento clínico como la auscultación fetal intermitente no está indicada fuera del trabajo de parto y cuya duración limitada y su misma condición de intermitente no permite encontrar desaceleraciones variables asociadas a la patología del cordón.

5.Requería para el diagnóstico clínico de parto un monitoreo fetal (sic)

para el diagnóstico clínico de parto no se requiere de un monitoreo fetal. La historia clínica y el examen físico son elementos suficientes para el diagnóstico de parto.

(...)

7. Es posible predecir clínicamente si el feto presenta circular al cuello, cómo se diagnostica como se manifiesta(sic)

No es posible predecir clínicamente la presencia de una circular al cuello. Pueden sospecharse clínicamente por ausencia del descenso de la presentación durante la fase activa del trabajo de parto y prolongación del expulsivo. La confirmación diagnóstica de las circulares ocurre sólo en el momento de la expulsión fetal. La presencia de desaceleraciones variables en la monitoria fetal electrónica está asociada a la compresión y descompresión del cordón en presencia de disminución del líquido amniótico, los accidentes o patología del cordón como el cordón corto, la prociencia, la laterociencia, el prolapso del cordón y a circulares al cuello. Sin embargo, por las características de compresión y descompresión necesarias para la aparición de estas desaceleraciones, puede ocurrir que en presencia de estas condiciones no aparezcan desaceleraciones en la monitoria fetal electrónica y más cuando no hay presencia de contracciones regulares. También pueden encontrarse incidentalmente circulares del cordón durante las ecografías durante de control prenatal. Ante hallazgos que permitan sospechar circulares de cordón, son necesarias otras pruebas diagnósticas más específicas como la ecografía y el doppler- color de circulación del feto placentaria para establecer el diagnóstico y si la circular genera resistencia al flujo feto placentario.

8. Puede la circular al cuello presentarse o producirse durante el trabajo de parto, durante el parto. (sic)

Las circulares del cordón pueden aparecer y desaparecer espontáneamente durante la gestación, son más frecuentes a medida que aumenta la edad gestacional, y se consideran un fenómeno debido al azar. Específicamente, durante el mecanismo del trabajo de parto y el parto normal en presentación cefálica ocurren movimientos que aunque difícilmente generan circulares de novo, si pueden comprimir o elongar el cordón y comprometer la perfusión fetal.

9. En este caso se cumplió la norma de atención, la lex artis. (sic)

En el presente caso, no se realizó la valoración del bienestar fetal mediante la realización de la monitoria fetal electrónica ordenada a una paciente con alto riesgo obstétrico antes de tomar la decisión de enviar a la paciente a su casa y citarla al día siguiente. El manejo brindado a la paciente en las condiciones presentadas a partir del día 07 de junio de 2006 fue adecuado en todos los sitios en los que fue atendida.

10.Cuál es la opinión general sobre el caso (sic)

La incidencia de circulares de cordón simples aumenta progresivamente con la edad gestacional y están presentes entre el 25% y el 28% de fetos al momento del nacimiento. Las circulares simples rara vez afectan al circulación fetal y no tienen implicaciones de morbilidad o mortalidad perinatal. en cambio, las circulares dobles o triples ocurren en apenas 0.4% a máximo 2.0% de los nacimientos. La presencia de este número de circulares incrementan entre 4 y 5 veces el riesgo de muerte fetal tardía, pudiendo producir la muerte aún en ausencia de trabajo de parto por lo que se consideran accidentes del cordón. No existen factores de riesgo específicos que puedan hacer sospechar su presencia o intervención para prevenir su aparición.

Conocidas las circunstancias extraordinarias que llevaron a la muerte fetal según la historia clínica y el reporte de la necropsia médico legal consignar el oficio D244249 por las condiciones expresadas en la respuesta a la pregunta # 7 aun con la realización de la monitoria fetal solicitada para valorar el bienestar fetal durante el parto no es posible afirmar que ésta hubiera podido revelar la presencia de la triple circular al cuello.”(fls. 213 a 221 ib y 300 a 307 Cp3)

- 2.15** Informe pericial de Necropsia No. BOG 2006-016847 realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se describe:
 “ La necropsia revela un feto de sexo femenino, aspecto maduro, el cual no tiene aparentes malformaciones externas, ni internas.
 Edad fetal por medidas antropométricas: 40 semanas de gestación, adecuado peso para la edad gestacional.
 Nohay huellas de trauma externo, ni interno.
 Las vísceras no tienen traumas, ni malformaciones.
 Los pulmones son acrepitantes cauchosos, de color rojizo, los pulmones no flotan en el agua, docimasia pulmonar negativa, lo cual indica que no (ilegible) respiración extrauterina. (...)
 Con la información disponible hasta el momento se trata de una muerte fetal inutero, la historia clínica documenta circular triple apretada de cordón al cuello del feto. Se dejan Cortes histológicos para estudio” (fls. 240 a 250 ib.)
- 2.16** Complementación al dictamen pericial de Necropsia No. BOG 2006-016847, donde se describe lo siguiente:
 “ (...) OPINIÓN:
 Teniendo en cuenta la información de la historia clínica los hallazgos macroscópicos de la necropsia, con ausencia de lesiones de tipo traumático y los hallazgos histológicos se pueden determinar que se trata de un feto de sexo femenino, maduro, sin malformaciones congénitas que fallece por hipoxia perinatal secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello consignada en historia clínica.
 La manera de la muerte es natural.” (fls .252 a 254 ib.)
- 2.17** Interrogatorio de parte realizado al señor Jorge Enrique Soler Duque como subgerente de servicios de salud, quien refiere a los hechos de la demanda, considera que revisada la historia clínica y las atenciones que se le brindaron a la señora Cruz Helena Arévalo, esta se ciñó a los protocolos y guías establecidas y que en ningún momento se presentó inoportunidad a la paciente; que la triple circulación en el cuello del feto es un caso que no se puede prever hasta tanto la

paciente no inicie un trabajo de parto y este en una fase adelantada del mismo que es el momento en el cual por compresión del cordón umbilical se puede presentar problemas de falta de oxígeno hacia el feto; que el monitoreo fetal no es obligatorio para todas las gestantes, sin embargo ante cualquier duda o signo de sufrimiento fetal es un procedimiento que se debe realizar con el fin de determinar las conductas pertinentes; indica que conforme a la historia clínica la patología de la paciente no era de alto riesgo; considera que el sufrimiento fetal fue fuera del hospital, sosteniendo que esto pudo pasar porque la paciente hizo un trabajo de parto rápido y en su demora al acudir a la segunda consulta; y que conforme a la historia clínica la paciente se le informó antes de salir del hospital los signos de alarma por los cuales debe consultar inmediatamente. (fls. 144 a 146 Cp1)

- 2.18** Ampliación y aclaración de dictamen presentado por la Universidad Nacional de Colombia, suscrito por el doctor Jorge Andrés Rubio Romero – Profesor Asociado-Departamento Obstetricia y Ginecología, el cual indica:

“ 1. ¿si para el momento de ingreso a urgencias en la fecha 6 de junio de 2006 8:05 pm la decisión médica de citarla para el día siguiente es o no adecuada para este momento clínico (sic)

(...)

AMPLIACIÓN (folio255) y ACLARACIÓN –(folio 257)

(...)

En presencia de una gestante mayor de 35 años en preparto con una edad gestacional calculada de 37 4/7 semanas no confiable según la fecha última regla a una edad gestacional calculada en 40 6/7 semanas por dos ecografías obstétricas concordantes entre sí realizadas durante el control prenatal y tenidas en cuenta en las valoraciones realizadas hasta ese momento, es decir, ante la sospecha de un embarazo mayor de 40 semanas de una gestante mayor de 35 años en preparto, estaba indicado realizar una prueba para evaluar el bienestar fetal, como la monitoria fetal, tal como se indicó en la valoración del día 06/06/06 a las 18 + 10 pm. Una vez confirmado el bienestar fetal con una monitoria fetal se podría definir la conducta a seguir según los hallazgos encontrados en dicha valoración y las demás condiciones clínicas de la paciente.

Por lo tanto, la conducta de citar a la paciente al día siguiente, sin haber realizado la prueba de bienestar fetal mediante una monitoria fetal que fue solicitada el día 06/06/2006 (...) a las 18+10 no fue adecuada al no tener en cuenta los elementos antes anotados respecto a la edad de la gestante mayor de 35 años, el inicio de trabajo de parto, la discrepancia en el cálculo de la edad gestacional y la posibilidad de estar ante una embarazada con más de 40 semanas de edad gestacional y por tanto, la importancia de realizar la valoración de bienestar fetal de manera inmediata antes de tomar la conducta de dar salida a la paciente y citarla a las 7 AM del día 07/06/2006.

Si bien la atención prestada se realizó en un servicio de obstetricia de baja complejidad o primer nivel de atención donde no es requisito necesario para la habilitación la presencia de un equipo para realizar la monitoria fetal de acuerdo con la Resolución 1043 de 2006 (referencia 5) y a pesar de que la paciente presentara movimientos fetales positivos, de acuerdo con las guías de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C vigentes al momento de los hechos, la atención

de una gestante mayor de 35 años en parto y con un probable embarazo mayor de 40 semanas debería haberse realizado en instituciones de segundo a tercer nivel de complejidad donde además, fuese posible realizar el examen del bienestar fetal ya que dicho examen estaba indicado y fue solicitado. De no ser posible la realización del mismo en la institución de baja complejidad en la que la paciente estaba siendo atendida, esta tenía indicación de ser remitida a un nivel de mayor complejidad para su evaluación completa en vez de darle salida y citarla para el día siguiente.

3. Cual era el riesgo obstétrico de esta paciente (sic)

(...)

AMPLIACIÓN (folio 255) y ACLARACIÓN –(folio 258)

(...) Sin embargo, en esa fecha y ante los hallazgos anotados en la historia clínica, en el control prenatal, en los hallazgos ecográficos consistentes entre sí y en las valoraciones previas realizadas en urgencias los días 2 y 6 de junio de 2006 a las 18+10, existen elementos para sospechar una edad gestacional mayor de 40 semanas, denominado embarazo prolongado de acuerdo con las definiciones contenidas en la guía de la Secretaría de Salud de Bogotá. Con esta sospecha diagnóstica y con la edad mayor de 35 años al momento de la atención, esta paciente se clasifica como una gestante de alto riesgo y amerita la atención de mayor nivel de complejidad con los recursos disponibles para realizar la valoración de bienestar y la atención del binomio materno-fetal según las guías ya citadas.

4. En ausencia de aparatos de monitoria fetal, se debe hacer un seguimiento clínico o monitoria con signos clínicos, teniendo en cuenta el momento clínico de ingreso a urgencias del 6 de junio de 2011(sic)

(...)

ACLARACIÓN (fl. 259)

(...) la conducta apropiada consiste en la evaluación inmediata del bienestar fetal con monitoria electrónica fetal, e idealmente, realizar ecografía obstétrica para valorar la edad gestacional ante una fecha de última regla no confiable y valorar el índice de liquido amniótico y con ello determinar la conducta a seguir con la gestante. El lugar de atención de estas gestantes debe contar con la capacidad resolutoria adecuada para realizar la valoración y atención de la paciente. En caso contrario, se debe realizar la remisión a un lugar de atención con el nivel de complejidad adecuado y suficiente para la atención del embarazo y parto según los hallazgos encontrados en la evaluación clínica, los factores de riesgo y el estado de bienestar materno y fetal según lo establece las recomendaciones e indicaciones contenidas en las guías citadas. (...)

5.Requería para el diagnóstico clínico de parto un monitoreo fetal (sic)

(..)

ADICIÓN (folio 256) Y COMPLEMENTACIÓN (folio 259):

(...)El diagnóstico de parto fue advertido adecuadamente por los médicos que realizaron la valoración. la monitoria electrónica fetal es un examen para

determinar las condiciones de adecuada oxigenación y estado ácido base del feto y no para el diagnóstico de las fases del trabajo de parto. En razón a lo anterior, la realización de la monitoria fetal no es necesaria ni es empleada para el diagnóstico del preparto.

la indicación y utilidad de realizar una monitoria fetal radica en la valoración del bienestar fetal entendido como la adecuada oxigenación y estado ácido-básico del feto al momento de su realización y no se recomienda de manera rutinaria para la evaluación del bienestar fetal al inicio del trabajo de parto en gestaciones sin factor de riesgo (...) sin embargo, de acuerdo con lo anotado en la historia clínica y como se ha mencionado en las respuestas anteriores, se trató de una gestante de alto riesgo en preparto por edad materna mayor de 35 años y presencia o sospecha de embarazo mayor de 40 semanas por ecografías realizadas durante el control prenatal, razones por las cuales estaba indicada realizar una monitoria fetal para la evaluación del bienestar fetal al inicio del trabajo de parto. (...)

9. En este caso se cumplió la norma de atención, la *lex artis*. (sic)

(..)

AMPLIACIÓN (folio 260)

(...)Al no disponer del recurso para realizar la evaluación adecuada del bienestar fetal mediante la monitoria fetal en el momento en que fue solicitada y de acuerdo con los factores de riesgo presentes en la gestante, según las guías de la secretaría de salud de Bogotá, existía indicación de trasladar a la gestante a una institución de segundo nivel o tercer nivel de complejidad para su evaluación y atención del embarazo y el parto.

(...)

(...) La realización de la prueba de bienestar fetal en el momento en que fue solicitada no necesariamente habría permitido modificar el resultado fetal adverso presentado en este caso como consecuencia de la presencia de las circulares al cuello, debido a que no existen factores de riesgos específicos que puedan hacer sospechar la presencia de circulares del cordón o de intervenciones para prevenir ni tratar la aparición de las mismas(...)

Según los elementos anteriores, la condición que llevó a la muerte fetal es considerada un accidente que puede ocurrir en la paciente sin síntomas, ni signos detectables de peligro para la madre ni para el feto y aunque se hubiese realizado la valoración de bienestar fetal con una monitoria como estaba indicado, ya que se describe que la monitoria fetal podría no mostrar los hallazgos necesarios para sospechar la presencia de las circulares del cordón umbilical (...)” (fls. 368 a 377 Cp3)

3. Análisis probatorio.

Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados en el recurso de apelación, resulta necesario entrar a estudiar cada uno de los elementos de la responsabilidad estatal relacionados con la falla en el servicio (responsabilidad subjetiva) partiendo de que no es

de recibo lo sostenido por el apelante respecto a la aplicación del régimen de falla presunta, puesto conforme a la línea jurisprudencial del Consejo de Estado antes citada, dicho régimen objetivo que se aplicó en un principio para el servicio médico ginecologista no rige en la actualidad, pues dicha línea fue cambiada para efectos de que la parte actora dentro del respectivo proceso pruebe el daño, la falla del acto médico y el nexo de causalidad entre ésta y el daño.

Entonces, descendiendo al caso en concreto se procede a estudiar así:

El daño.

Se encuentra acreditado que el día 7 de junio de 2006, cuando la señora Cruz Helena Arévalo acudió al hospital demandado, los médicos tratantes de esa institución, se percataron que no se evidenciaba Frecuencia Cardíaca Fetal (FCF), por lo que al realizar la ecografía obstétrica diagnosticaron un óbito Fetal(2.7); se expide el certificado de defunción No. A 2382654 de mortinato femenina (2.1); se encuentra necropsia que establece que el feto femenino falleció por hipoxia perinatal secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello- manera natural. (2.15 y 2.16)

En este sentido, dentro del proceso se encuentra demostrado el daño antijurídico, consistente en la muerte del nasciturus dentro del vientre de la demandante Cruz Helena Arévalo.

Imputación.

Para la imputación, resulta necesario precisar los hechos probados en el sub lite así:

Conforme a las pruebas allegadas al expediente se demuestra que a la señora Cruz Helena Arévalo se le habían realizado dos ecografías obstétricas, una a las 25 semanas y otra a las 37 semanas, teniendo ambas como fecha probable del parto el 2 de junio de 2006 e indicaban una gestación sana, un feto vivo y sano (2.4 y 2.5)

También obra en el plenario, que el día 6 de junio de 2006 a las 18+10 la demandante Cruz Helena Arévalo acudió al hospital demandado, siendo su motivo de consulta actividad uterina irregular relacionada con expulsión del tapón mucoso; se describe como antecedentes las ecografías realizadas a la madre gestante; se señala como frecuencia cardíaca fetal de 144; se establece como gestación de 40 6/7 semanas por ecografía; y siendo su conducta o tratamiento a seguir un monitoreo fetal (2.9)

Después de esta valoración, el mismo día a las 8+05 pm (es decir casi dos horas después de la primera valoración) el médico tratante, diagnostica un embarazo de 37 4/7 según fecha de la última regla; relaciona un bajo riesgo; procedimiento a seguir da salida y cita de control al siguiente día a las 7 de la mañana sosteniendo "En el **momento no se dispone de equipo completo para monitoría fetal y además no se encuentra prioridad** para realizarlo por lo cual se indica la toma de esta mañana. Se dan recomendaciones y signos de alarma." (2.10) Negrilla fuera de texto.

Como consecuencia de lo anterior, la demandante Cruz Helena Arévalo acudió el día 7 de junio de 2016 de nuevo al hospital demandado siendo atendida por urgencias donde se

describe una actividad uterina irregular, sangrado escaso, amniorrea 6+00¹², movimientos fetales disminuidos, no se ausculta Frecuencia Cardiaca Fetal, por lo que se pasa a ecografía; a las 8+50 del mismo día se le realiza ecografía obstétrica donde no se evidencia Frecuencia Cardiaca Fetal y se diagnóstica óbito fetal; a las 12:05 conforme a registro de enfermería se describe que RN " sin signos vitales" Nota RN " con circular al cuello triple" " meconio grado III" (2.7, 211); ese mismo día fue trasladada por remisión a la clínica CANDELARIA IPS LTDA, siendo la causa de ingreso la de " valoración posparto" y diagnosticada " puerperio inmediato de parto vaginal- óbito fetal" razón por la cual duró 2 días hospitalizada siendo dada de alta el 8 de junio de 2006 por estar sana (2.6)

Conforme al informe pericial de Necropsia realizada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el nasciturus de sexo femenino y de edad fetal de 40 semanas, falleció por "(...) hipoxia perinatal secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello consignada en historia clínica. La manera de la muerte es natural."(2.15 y 2.16)

Como consecuencia de los anteriores hechos, la misma entidad demandada en acta de evaluación de mortalidad perinatal, concluye que i) la paciente debió ser catalogada de alto riesgo por su edad (37 años) por paridad (gesta 4 partos 3) antecedentes familiares (madre diabética)y un aumento injustificado de peso entre el segundo y tercer control prenatal, según lo establecen las guías de atención materno perinatal, ii) deficiencia en el diligenciamiento de la hoja CLAP, iii) se debió realizar monitoreo fetal que podría haber detectado alguna alteración en la vitalidad fetal, iv) el monitoreo fetal de la institución está incompleto, v) Durante la monitoreo no se hubiera podido detectar alteraciones en la frecuencia cardiaca fetal, siendo una monitoria (CON TIL O SIN TILDE? VERIFICAR) reactiva y el desenlace pudiera haber sido el mismo. (2.12) Estas mismas falencias son reiteradas por la médica epidemióloga del Hospital del Sur, quien adiciona la falla en la inducción a la planificación familiar y la falta de legibilidad en algunos apartes de la historia clínica(2.13)

Ahora, dentro del expediente se encuentra dictamen pericial realizado por el doctor Jorge Andrés Rubio Romero – Profesor Asociado- Departamento Obstetricia y Ginecología de la Universidad Nacional, junto a su aclaración y ampliación del cual respecto a la atención prestada por el hospital demandado, (2.14 y 2.18) indica que:

i) el citar a la paciente al día siguiente de cuando acudió a urgencias cuando se encontraba en preparto (es decir citándola para el 07-06-2006) sin haber realizado la prueba de bienestar fetal mediante una monitoreo fetal ya solicita a las 18+10 del día 6 de junio de 2006, no fue adecuada, ya que, primero, estaban en presencia de una gestante mayor de 35 años, segundo, en inicio de trabajo de parto, y tercero, la discrepancia del cálculo gestacional y la posibilidad de estar ante un embarazo de más de 40 semanas, por lo tanto, era importante verificar el bienestar fetal de manera inmediata antes de dar salida para efectos de tomar las medidas que correspondieran; además refiere a que debido a las condiciones de la paciente de acuerdo con la guía de la Secretaria de Salud de Bogotá debía ser atendida en instituciones de segundo a tercer nivel de complejidad, igualmente si no se disponía de los elementos para realizar el monitoreo fetal que había sido ordenado previamente se debió remitir a la paciente a un nivel de complejidad para que se le realizara el mismo.

¹² la rotura prematura de membranas (rpm) es un trastorno que se produce en el embarazo cuando el saco amniótico se rompe más de una hora antes del inicio del trabajo de parto. https://es.wikipedia.org/wiki/Ruptura_prematura_de_membrana

ii) la paciente Cruz Helena Arévalo se clasifica como gestante de alto riesgo y ameritaba atención de mayor nivel de complejidad para realizar valoración de bienestar y atención de binomio-fetal, esto como quiera que, primero, se tenía sospecha de que tenía más de 40 semanas (embarazo prolongado) y con la edad mayor de 35 años al momento de la atención.

iii) la conducta apropiada por ser la paciente una gestante de alto riesgo era la evaluación inmediata del bienestar fetal con monitoreo electrónico fetal para la evaluación del bienestar fetal al inicio del trabajo de parto, e idealmente, realizar ecografía obstétrica para valorar la edad gestacional ante una fecha de última regla no confiable y valorar el índice de líquido amniótico y con ello determinar la conducta a seguir con la gestante.

Así las cosas, con las pruebas antes descritas, para la Sala es claro que el Hospital demandado actuó de forma negligente y contraria a la lex artis frente a la atención médica brindada a la señora Cruz Helena Arévalo durante su embarazo, pues, primero, la paciente debió ser catalogada de alto riesgo por parte de los médicos tratantes dadas las condiciones que presentaba al momento de la atención médica (6 de junio de 2006), como lo era ser mayor de 35 años, tener más de 40 semanas, tener madre con antecedentes diabéticos, y tener posible sobrepeso, tal como lo refiere la misma entidad en el acta de evaluación de mortalidad perinatal (2.13) y el dictamen pericial allegado al expediente(2.14 y 2.18), pues antes por el contrario, el médico tratante manifestó que no tenía prioridad y equivocadamente diagnóstico las semanas de embarazo de 37 4/7 (2.10) , sin previamente revisar los antecedentes de la historia clínica y ecografía con los cuales se podía establecer más de 40 semanas (2.4,2.52.9); segundo, no debió dársele salida a la paciente sin previamente realizar la monitoreo fetal que ya había sido ordenada por el médico tratante (2.9) para verificar el bienestar fetal y como consecuencia de ello tomar las medidas que correspondían y tercero, dado el alto riesgo de la paciente y como quiera que no se contaba con los elementos suficientes para verificar el bienestar fetal, la entidad demandada debía remitir a la paciente a un hospital de un nivel más alto de atención, con el fin de que se tomaran las medidas respectivas.

Entonces, queda demostrada el actuar negligente y contrario a la lex artis por parte de la entidad demandada en la atención prestada a la señora Cruz Helena Arévalo durante su embarazo el día 6 de junio de 2006.

Nexo de causalidad.

Teniendo en cuenta que la apelación gira en torno a la aplicación que realizó el a quo frente al elemento de nexo de causalidad, se tiene que aquél manifestó que no existen elementos probatorios que demuestren de manera fehaciente la relación directa o indirecta de la actuación por parte del Hospital Sur ESE con la muerte del nasciturus hija y hermana de los demandantes, pues se produjo una circunstancia imprevisible e irresistible que libera de responsabilidad a la demandada, esto teniendo como soporte la necropsia, la información rendida por el dictamen pericial (respuesta No. 7 y 8), el interrogatorio del doctor Jorge Enrique Soler y la conclusión No. 6 del grupo de calidad de la entidad demandada. (2.12,2.14, 2.15, 2.16, 2.17, y 2.18)

Respecto a lo anterior, para la Sala no existe prueba directa que demuestre que este actuar negligente antes descrito por parte del cuerpo médico de la entidad demandada hubiese sido lo que produjo la muerte del nasciturus, pues conforme a la necropsia allegada al

expediente esta situación obedeció por hipoxia perinatal secundaria a triple circular apretada, del cordón umbilical en cuello (2.15 y 2.16), evento que conforme al dictamen pericial se considera un fenómeno al azar y que cuando se presenta este número de circulares se incrementa el riesgo de muerte fetal (2.14) afirmación que coincide con la literatura médica.¹³

En este sentido se rompe el nexo de causalidad entre el daño (muerte del nasciturus dentro del vientre de la demandante Cruz Helena Arévalo) y la falla en la atención por parte de la entidad demandada.

Pérdida de oportunidad.

No obstante lo anterior, esta Sala no puede pasar por alto que también existía la posibilidad de que la paciente se le hubiera realizado el monitoreo fetal para efectos de establecer el bienestar fetal (ya sea en el hospital demandado o al que hubiese sido trasladada de mayor nivel de atención) , y como resultado de ello, diera la alteración de la frecuencia cardiaca lo cual ameritaba tomar las medidas más adecuadas que correspondieran para efectos de salvarle la vida al nasciturus; y en caso de entrar a trabajo de parto, estando monitoreada como debía ser por presentar un embarazo de alto riesgo, también se podía entrar a prevenir el sufrimiento fetal¹⁴, y en consecuencia tomar la determinación de extraer al feto a través de cesárea.

Sobre esta última afirmación, es pertinente precisar que el dictamen médico allegado al expediente sobre este tema sostuvo que " (...)aun con la realización de la monitoria fetal solicitada para valorar el bienestar fetal durante el parto no es posible afirmar que ésta hubiera podido revelar la presencia de la triple circular al cuello" entonces la " (...)realización de la prueba de bienestar fetal en el momento en que fue solicitada no necesariamente habría permitido modificar el resultado fetal adverso presentado en este caso como consecuencia de la presencia de las circulares al cuello, debido a que no existen factores de riesgos específicos que puedan hacer sospechar la presencia de circulares del cordón o de intervenciones para prevenir ni tratar la aparición de las mismas(...)" e insiste que " (...) la monitoria fetal podría no mostrar los hallazgos necesarios para sospechar la presencia de las circulares del cordón umbilical" (2.14 y 2.18), al igual el grupo de calidad de la entidad demandada concluyó que "Durante la monitoria no se hubiera podido detectar alteraciones en la frecuencia cardiaca fetal, interpretándose como una monitoreo reactiva y el desenlace pudiera haber sido el mismo" (2.12) sin embargo, la Sala difiere de estas conclusiones, dado que, primero, son vagas e imprecisas (art. Art. 241 CPC hoy 232 del CGP) y segundo, revisada la literatura médica se concluye lo contrario, pues veamos:

- " Se considera **Distocia Funicular** a toda situación anatómica y/o posicional que **conlleva riesgo de trastorno del flujo sanguíneo de los vasos umbilicales**, lo cual incluye alteraciones del tamaño (corto o largo), **circulares (simple, doble**

¹³ Carlos Bustamante-Zuluaga, M.D.*, Guido Parra-Anaya, M.D.**, Israel Díaz-Yunez, M.D.***, Felipe Vergara-Quintero, M.D.****, Eduardo De Nubbila-Lizcano, M.D.*****, (2011), pronóstico perinatal de los fetos con circular de cordón en relación con la vía del parto, Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 62 No. 4 • Octubre-Diciembre 2011 • (315-320). <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v62n4/v62n4a04.pdf>

¹⁴ " *Sufrimiento fetal agudo* El término sufrimiento fetal agudo (SFA) se usa con frecuencia y sin restricciones en la práctica obstétrica, definiéndose como "un estado en que la fisiología fetal se halla tan alterada que es probable su muerte o la aparición de lesiones permanentes en un período de tiempo relativamente breve". El SFA debe diferenciarse de la respuesta de estrés reactiva frente a los fenómenos del parto, en este último los mecanismos de respuesta fetal le permiten al producto adaptarse a situaciones estresantes evitando con ello la aparición de lesiones permanentes. Por lo tanto, la interpretación del monitoreo electrónico de la frecuencia fetal intraparto toma crucial importancia ya que su adecuada lectura nos podrá diferenciar entre SFA y estrés fetal, diferencia que algunas veces sólo se logra en forma retrospectiva." https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000500010

o triple en el cuello o cualquier parte fetal), prolapso, procúbito, laterocidencia, nudos o falsos nudos.

La Distocia Funicular **puede interrumpir total o parcialmente la circulación umbilical, esta se puede identificar en un trazado cardiotocográfico estudiando el comportamiento de la frecuencia cardiaca fetal observándose desaceleraciones variables**, que han recibido un nombre acertado, ya que cada una varía típicamente su configuración en comparación con la que le precede y le siguen ^(19, 40). Morfológicamente pueden tener la forma de una V, W o una U ⁽¹²¹⁾. Estos Dips varían igualmente en el tiempo en relación a las contracciones uterinas y movimientos fetales ⁽⁴⁰⁾ estas pueden ser leves, moderadas o severas, o mediante desaceleraciones no periódicas como son las espigas ^(3, 14,18, 27, 28, 43, 57, 59, 62, 67, 76, 80, 90). **De este modo se puede detectar muy tempranamente la hipoxia fetal (que van desde un 20 - 30% de los casos) ⁽⁶⁸⁾ y prevenir el daño neurológico o muerte fetal.**

Las compresiones repetidas del cordón que se observan a menudo durante el trabajo de parto complicado por oligohidramnios o después de la ruptura de las membranas puede causar desaceleraciones variables ⁽⁵⁾, los cuales pueden ser detectados en el trazado cardiotocográfico, estas desaceleraciones pueden ser severas comprometiendo el equilibrio ácido-base y finalmente el sufrimiento fetal, lo que conlleva a terminar el embarazo por la vía más adecuada.

(...) Con el **Monitoreo Electrónico Fetal se han podido detectar muy tempranamente el distress fetal y este resultado conlleva a decidir por una cesárea** como refiere Mann and Gallant en 1969 observó que el 16% de cesáreas por un distress fetal, el 28 y 24% en 1974 y 1977 respectivamente sin embargo en 1978 la incidencia disminuye 11.7% **en conclusión la decisión por una cesárea va a depender de la interpretación correcta del Monitoreo Electrónico Fetal ⁽⁶⁰⁾.**

Se ha demostrado que las anomalías de Frecuencia Cardiaca Fetal producen alteraciones del equilibrio ácido básico y la acidosis en el recién nacido se ha vinculado con un mayor riesgo de complicaciones y muertes neonatales. Por ello es necesario reconocer las variaciones de la Frecuencia Cardiaca Fetal ⁽⁴²⁾.

El sufrimiento fetal representa una Urgencia Obstetricia que requiere la extracción del feto. ^{42,50)}

El cordón umbilical es principal componente que interviene en el intercambio de nutrientes y el encargado que el feto tenga una oxigenación adecuada, **la compresión de este puede ocasionar la disminución de la oxigenación en el feto y por consiguiente una hipoxia.** (3, 14, 18, 27, 28, 43, 57, 59, 62, 67,76,80,90)

(...) Las anomalías del cordón umbilical que alteran el flujo sanguíneo placentario - fetal se denomina como distocia funicular ⁽⁴⁵⁾. Existe una diversidad de alteraciones que agrupan dentro de esta etiología como son **nudo de cordón**, torsión de cordón, hematoma, quiste y edema de cordón. Las más comunes están relacionadas a la longitud del cordón umbilical (corto o largo) y **a la presencia de circulares de**

cordón los cuales pueden ser simples, dobles, ajustadas al cuello o al cuerpo⁽⁹⁰⁾.¹⁵

- “ Una de las dificultades a las que se enfrenta el médico al atender un nacimiento donde el feto presenta circular de cordón, es valorar el peligro de hipoxia que puede presentar el feto. Esta investigación muestra claramente que un niño que presenta circular de cordón laxo no muestra cambios significativos en la frecuencia cardiaca fetal. **Sin embargo, los que presentan un circular de cordón apretado presentan dips tipo II de gran amplitud y altura. Estos pueden esconder una posible hipoxia fetal. Este es un riesgo prevenible que se enfatiza en este estudio.**”¹⁶

- **“6. MONITOREO ELECTRÓNICO FETAL (MEF):**

El propósito de este método de evaluación de **la salud fetal es detectar la hipoxia fetal y prevenir la asfixia neonatal**, que pueden causar la muerte o daño neurológico permanente. **Es así que la meta principal del MEF es la identificación de aquellos fetos con riesgo de sufrir daño o muerte intraútero.**

Los cambios de la Frecuencia Cardiaca Fetal (FCF) observados durante el test no estresante (TNS) o el test estresante (TS) son usados para alcanzar este objetivo, lográndose con esta técnica que el riesgo de muerte fetal después de un resultado normal sea bajo.

El cuidado primario al aplicar este método es para obtener una medida más exacta de la actividad uterina, los movimientos fetales y la respuesta cardiaca fetal y sobre esos datos hacer el diagnóstico que orientará en el manejo obstétrico perinatal; siendo ésta la modalidad de vigilancia de salud fetal más usada en los EE. UU. para el estudio del estado fetal.”¹⁷

Entonces, con el monitoreo fetal que se le hubiese realizado a la paciente Cruz Helena Arévalo (ya sea en el hospital demandado o al que hubiese sido trasladada de mayor nivel de atención por ser un parto de alto riesgo), i) era posible que el médico tratante evaluara la salud fetal para efectos de detectar una posible hipoxia fetal y prevenir la asfixia neonatal, es decir, hubiera podido realizar una interpretación al monitoreo fetal, y en ésta aparecer alteraciones respecto a la frecuencia cardiaca fetal, debido a la compresión del cordón por circulares en el mismo que podían ocasionar la disminución de la oxigenación en el feto, situación que ameritaba tomar las medidas correspondientes para efectos de salvaguardar la vida del nasciturus y ii) iniciado el trabajo de parto, estando monitoreada la paciente (por ser de alto riesgo y tener más de 40 semanas de gestación) y el feto encontrándose con triple circular en el cuello, era posible que el nasciturus entrara en “sufrimiento fetal” presentándose una urgencia obstétrica que requería de forma inmediata la extracción del feto, el cual podía ser a través de una cesaría; en este entendido, existía posibilidad de que el embarazo de la demandante culminara con el nacimiento de la menor y que aquella hubiera sobrevivido, esto si la entidad demandada hubiese actuado de forma diligente y siguiendo los protocolos que existían sobre la materia, respecto a catalogar a la gestante

¹⁵ Valor predictivo del monitoreo electrónico fetal en el diagnóstico de distocia funicular en el I.M.P. marzo-mayo del 2002. Zapata Moreno, Yudelia Esperanza; Zurita Surichaqui, Nilda Nelida.

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/Salud/Zapata_Z_M/Cap2.htm

¹⁶ G. Romero Salinasa,b,c,*; M. Viveros Alcaraza, M.E. Gutiérrez Cárdenas,M. Torres Cosmeb,d, R.A. Bobadilla Lugob, J. Gil Yogueza, M. Shea McQuadey A. Nava Madrigal; (2012); La frecuencia cardiaca en fetos con circular de cordón; clínica e investigación en ginecología y obstetricia; <https://www.elsevier.es/es-revista-clinica-e-investigacion-ginecologia-obstetricia-7-pdf-S0210573X12001128>

¹⁷ [Nelly Lam Figueroa*](http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/vol_39n17/sufrimien_fetal.htm#); sufrimiento fetal y reanimación intrauterina; Ginecología y Obstetricia - Vol. 39 N°17 Diciembre 1994. http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVRevistas/ginecologia/vol_39n17/sufrimien_fetal.htm#

de alto riesgo, realizarle el respectivo examen de bienestar fetal, a través del monitoreo fetal, y en caso, de no disponer de dicho elemento para realizar este examen, trasladar a la paciente a un hospital de mayor de complejidad para la efectuar el mismo, no obstante, ninguna de estas medidas fue tomada por los médicos tratantes de la entidad demandada.

Conforme a lo anterior, para la Sala se configura en este caso la pérdida de oportunidad pues, primero, existe incertidumbre si la muerte de la nasciturus se hubiese podido evitar, segundo, conforme a lo concluido anteriormente se constata que en efecto existía certeza de la existencia de la oportunidad de que la señora Cruz Helena Arévalo culminara su embarazo con el nacimiento de la menor, y no se trata de una mera conjetura o ilusión, y tercero, no existe la posibilidad de evitar el perjuicio pues éste es irreversible.

En este sentido, para la Sala es claro que todo el actuar negligente e inadecuado de la demandada, restó la oportunidad de que el embarazo de la señora Cruz Helena Arévalo culminará con el nacimiento de la menor, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y se condenará a la entidad demandada por pérdida de oportunidad como daño autónomo.

Sobre un caso similar ginecobstetra, el Consejo de Estado¹⁸, concluyó:

“(…)Lo antes expuesto permite concluir que hubo negligencia de la demandada en la prestación del servicio médico de dicha señora, pues es obvio que retardó, injustificadamente, la atención que ésta requirió, a lo cual se suma que omitió valorarla en la especialidad materno fetal con miras a establecer la viabilidad de una cirugía fetal, procedimiento que uno de los especialistas consideró de vital importancia, para salvaguardar la vida de las gemelas, dado el cuadro clínico de transfusión feto-feto.

(…)

Ahora, a pesar de que los medios de prueba que militan en el plenario no permiten tener plena certeza de que, si la paciente hubiera sido sometida a un tratamiento médico adecuado, la gemela que falleció hubiera sobrevivido, es claro que la actuación de la demandada durante el embarazo de la señora Ballén Agredo excluyen la diligencia y cuidado con que debió actuar y, por lo mismo, es evidente que aquella perdió la oportunidad de que su embarazo culminara con el nacimiento de sus dos hijas, dado el manejo que la Policía Nacional le dió a su situación, pérdida de oportunidad que tiene nexo directo con la actuación de la entidad pública demandada. ”

Así las cosas, la actuación negligente de la demandada le restó posibilidades a que el nasciturus de la señora Cruz Helena Arévalo saliera con vida, por lo tanto, este daño debe ser atribuido a la entidad demandada.

Es de precisar, que si bien es cierto, las pretensiones de la demanda giraban en torno al daño como la muerte del nasciturus, también es cierto, que la causa petendi no se circunscribió solo a este hecho, sino también a precisar las diferentes omisiones y negligencias de la entidad demandada cuando le prestó el servicio de salud a la gestante,

¹⁸ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Sentencia Del Treinta (30) De Agosto De Dos Mil Diecisiete (2017), Radicación Número: 19001-23-31-000-2008-00100-01(43646)

las cuales tuvieron como resultado la referida pérdida de oportunidad, por lo tanto, no se vulnera el principio de congruencia de la sentencia, pues se falla conforme a la interpretación armónica que se realiza de las pretensiones y hechos de la demanda.

4. Perjuicios.

4.1 Respecto a la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad a partir del criterio de equidad.

El Consejo de Estado para efectos de liquidar los perjuicios por pérdida de oportunidad, cuando en el plenario no existan elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido, ha acudido al criterio de la equidad a fin de evitar condenadas en abstracto, así se precisó:

“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 1998¹⁹— 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”²⁰ (negritas y subrayas de la Sala).

Este precedente ha sido reiterado por el Consejo de Estado en varias sentencias en lo que tiene que ver con fallas médicas²¹, no obstante, esta Sala no puede pasar por el alto que esta misma alta corporación ha señalado:

¹⁹ 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’”.

²⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Sentencia Del Cinco (5) De Julio De Dos Mil Dieciocho (2018), radicación Número: 68001-23-31-000-2004-02444-01(44740);

i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, **de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.**

ii) **La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%,** ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.

iii) **No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud,** reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial...

iv) **No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final,** habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. **Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina... bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad... eje**

rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998... a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos... en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada^{22, 23}

Así las cosas, en virtud del principio de equidad e igualdad procesal, cuando no exista posibilidad de determinar científicamente o técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente en un 50% el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, cuando de las pruebas allegadas al proceso se los elementos de una pérdida de oportunidad, precedente que se aplicará en el caso en concreto.

4.1 Perjuicios morales.

Conforme a lo expuesto anteriormente, y acudiendo al criterio de la equidad,²⁴ principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y el precedente antes citado, se reconocerán así los perjuicios morales, esto bajo el entendido que conforme a la sentencia de unificación²⁵ el reconocimiento por daño moral en caso de muerte para los padres es de 10 smlmv y para los hermanos 50 smlmv, es decir que se reconocerá el 50% de estos valores, así :

No.	Demandante	Parentesco conlal nasciturus	SMLMV
1	CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN	madre	50
2	JOSÉ DARÍO GARCÍA GIRALDO	Padre	50
3	JULIO CÉSAR GARCÍA ARÉVALO	Hermano	25

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 5 de abril de 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación n.º 17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706), actor: Ángela María Gutiérrez Campiño y otros, demandado: Cajanal y otro.

²³ Sentencia Citada En Providencia Del 30 De Noviembre De 2017, Por El Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Radicación Número: 05001-23-31-000-2005-03194-01(42956)

²⁴ "Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. 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".

²⁵ Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrados Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera y Dra. Olga Mérida Valle de De La Hoz, en sentencias del 28 de agosto de 2014, expedientes 27709 y 31172.

4	DEIVI GARCÍA ARÉVALO	hermano	25
5	LUZ HELENA GARCÍA ARÉVALO	hermana	25

4.2 Daño emergente.

No se reconocerá este perjuicio como quiera que no se allegaron pruebas que demostraran el mismo.

5. Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena, al no existir prueba que la justifique.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de junio de 2018 por el Juzgado 60 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C..

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE por la pérdida de oportunidad de que el embarazo de la señora Cruz Helena Arévalo culminara con el nacimiento de la nasciturus.

TERCERO: CONDENAR al HOSPITAL DEL SUR EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE y/o quien haga sus veces , a pagar a las personas que a continuación se relacionan, las siguientes sumas, por concepto de perjuicios morales:

No.	Demandante	Parentesco con la nasciturus	SMLMV
1	CRUZ HELENA ARÉVALO CHACÓN	madre	50
2	JOSÉ DARÍO GARCÍA GIRALDO	Padre	50
3	JULIO CÉSAR GARCÍA ARÉVALO	Hermano	25
4	DEIVI GARCÍA ARÉVALO	hermano	25
5	LUZ HELENA GARCÍA ARÉVALO	hermana	25

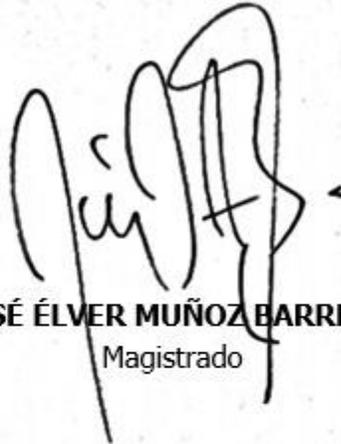
El salario mínimo se liquidará con el valor que tenga a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado