



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No.29 de 2014

Tunja, Ocho (08) de octubre de dos mil catorce (2014)

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación No.: 150013333012-2013-00019-00
Demandante: FLOR MIREYA CARO SANABRIA, DARIO TORRES MUÑOZ Y JIMMY TATIANA CARO
Demandado: E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de REPARACION DIRECTA consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por los señores FLOR MIREYA CARO SANABRIA y DARIO TORRES MUÑOZ, en nombre propio, y en representación de su menor hija JIMMY TATIANA TORRES CARO, contra la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA BOYACÁ.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, los señores FLOR MIREYA CARO SANABRIA y DARIO TORRES MUÑOZ, en nombre propio, y en representación de su menor hija JIMMY TATIANA TORRES CARO, solicitan que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA – BOYACÁ, por falla en la prestación del servicio médico-asistencial, teniendo en cuenta la pérdida de oportunidad de la demandante, de ser tratada por un grupo de especialistas en obstetricia, lo cual redujo considerablemente la posibilidad de los nacituros, de nacer vivos.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitan:

“(…) SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior solicito se Condene al PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA BOYACÁ E.S.E., a pagar a favor de los afectados y en contra de los demandados (sic), las siguientes condenas:

1. PERJUICIOS INMATERIALES

Para FLOR MIREYA CARO SANABRIA. (Madre de los nacituros)

***Daño Moral.** Para la directamente afectada, Lo estimo en 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$ 56.670.000) M/CTE*

***Daño a la vida de relación.** Por lo que se solicita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS VEINTISES (sic) MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS¹ (\$ 226.680.000.00) Maneda Legal Vigente.*

Para DARIO TORRES MUÑOZ (Padre de los nacituros)

***Daño Moral.** Lo estimo en 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$ 56.670.000) M/CTE*

***Daño a la vida de relación.** Se solicita una indemnización de 400 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. DOSCIENTOS VEINTISES (sic) MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS (\$ 226.680.000.00) Maneda Legal Vigente.*

Para JIMMY TATIANA TORRES CARO (hermana de los nacituros)

***Daño Moral.** Lo estimo en 80 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS (\$ 45.336.000)*

¹ Sentencia de la sección tercera de 16 de agosto de 2007, expediente. 30114

Daño a la vida de relación. Se solicita una indemnización de 100 SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES. CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$ 56.670.000.00) M/CTE.

TERCERA: Solicita que las condenas respectivas, sean actualizadas de conformidad con lo previsto en la ley, y se reconozcan los intereses legales liquidados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se de (sic) cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.

CUARTA: Se Condene en costas y agencias en derecho a los (sic) parte demandada.

QUINTO: Solicito se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia, en los términos del Código Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, artículos 188, 189 y 192 del Nuevo C.C.A" (Fls. 2 a 4).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Señala la demanda que los accionantes se encuentran en unión marital de hecho desde el año 1994, en la cual procrearon a Jimmy Tatiana Torres Muñoz, quien nació el 20 de octubre de 1995; que dentro de esa misma relación, fueron concebidos los póstumos fallecidos.

Afirma que el 18 de abril de 2011 la demandante ingresa a consulta por ausencia de la menstruación desde el 1º de febrero de 2011, en la cual se solicita prueba de embarazo en sangre, cuyo resultado fue positivo, conceptuándose diagnóstico de embarazo de 12 semanas; e igualmente, que el 26 de mayo de 2011, asiste a control prenatal con resultados de laboratorio, dentro de los cuales, se encontraba la inmunoglobulina G anti toxoplasma positiva, con resultado de 916.82, junto con la ecografía obstétrica del 27 de abril de 2011, que reportó embarazo gemelar de 12 semanas, con embriones vivos.

Relata que para la fecha del control prenatal referido, se diagnosticó embarazo de 16.6 semanas por la fecha de la última regla, gemelar, inmunoglobulina G anti toxoplasma positivo, dos gestaciones, un parto de la madre, y se ordenó micronutrientes; agrega que se dejó pendiente remisión para gineco obstetra para el siguiente control prenatal, con resultado de inmunoglobulina M anti toxoplasma.

Enseguida menciona que el 22 de junio de 2011, a las 9:38 de la mañana, la demandante ingresó al servicio de obstetricia de la Clínica Medilaser, en donde la doctora ALEXI ANDREA PACANCHIQUE GAMBOA, prescribe "PACIENTE DE 34 AÑOS G2P1V1 CON EMBARAZO DE 20.3 SEM POR FUR DEL 1 DE FEBRERO Y 20 SEM POR ECOGRAFIA DEL PRIMER TRIMESTRE CON CUADRO CLINICO DE VARIAS HORAS DE SANGRADO VAGINAL ESCASO. SIN DOLOR ABDOMINAL, NO FIEBRE, NO SINTOMAS URINARIOS, LEUCORREA AMARILLENTO NO FETIDO NO PURIGINOSO. REPORTE DE ECOGRAFIAS. 27 DE ABRIL EMBARAZO GEMELAR BIAMNIOTICO DE DOCE SEM HOY 20 SEM POR BIOMETRIA PLACENTA NORMOINSERTA CORPORAL POSTERIOR, OCI CERRADO".

Que el 20 de junio de 2011, en la parte de resumen de evoluciones se conceptuó que se trataba de una paciente de 34 años de edad, en manejo intrahospitalario por embarazo de alto riesgo, con amenaza de aborto gestacional gemelar de 20 semanas.

Resalta que en la Historia Clínica de la ESE Puesto de Salud de Ciénega, se consignó que la última fecha de atención a la demandante fue el 22 de junio de 2011, y que no asistió a control; que el anterior dato comparado con la Historia Clínica de Medilaser, arroja que la ESE esperaba a la paciente para un nuevo control prenatal sin contemplar la posibilidad de remitirla a un especialista en obstetricia.

En seguida, menciona que de conformidad con el protocolo de manejo para pacientes embarazadas, del Ministerio de la Protección Social, los embarazos de alto riesgo deben ser controlados en su totalidad por el médico especialista, es decir, el gineco-obstetra, lo cual fue obviado por la médica tratante.

2. Fundamentos de derecho.

Como fundamento normativo de las pretensiones, explica la demanda que el artículo 90 de la Constitución Política señala que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las

autoridades públicas; agrega que la H. Corte Constitucional ha dicho que, a la luz del artículo 49 Superior, el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Precisa que el servicio médico debe prestarse diligentemente, con el concurso de todos los medios humanos, técnicos, farmacéuticos, científicos, entre otros, en consideración a que la dignidad humana exige que al paciente se le preste la condigna atención; por lo anterior, menciona que la enfermedad misma coloca al paciente en una situación de dependencia y sumisión, que implica que debe confiar en las decisiones que al respecto tomen los médicos y las instituciones encargadas de su atención médica.

Trae a colación la sentencia proferida el 9 de junio de 2010, por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, según la cual, la responsabilidad patrimonial por falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o se lleva a un centro médico estatal; precisa la Corporación que el acto médico es complejo.

Así mismo, y con fundamento en la misma jurisprudencia, refiere que son imputables al Estado los daños sufridos por los pacientes a quienes no se brinde un servicio médico **eficiente y oportuno**, aunque no se acredite que esas fallas hubieran generado la agravación de las condiciones de su salud, es decir, que la falla en la prestación del servicio se confunde con el daño mismo.

En cuanto al caso en concreto, precisa que se encuentra acreditado el daño antijurídico sufrido por los demandantes, toda vez que se demostró la muerte de los dos fetos de la señora Flor Mireya Caro, de conformidad con la historia clínica de Medilaser, lo cual, constituye en sí mismo, un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, perjuicios que ostentan la calidad de ciertos, actuales y determinados; agrega que lo anterior, es motivo para predicar el cumplimiento de los preceptos normativos contenidos en el artículo 90 de la Constitución Política, necesarios para sustentar la existencia del daño antijurídico.

Afirma que el daño antijurídico, en el presente asunto, se deriva de la falta de oportunidad de la señora Flor Mireya Caro, de ser atendida por un grupo interdisciplinario en gineco-obstetricia. Por lo tanto, frente a la pérdida de oportunidad en tal sentido, argumenta que, constituye un hecho cierto el que la impresión diagnóstica realizada a la demandante, da como resultado embarazo gemelar con IgG anti toxoplasma positivo, motivo por el cual tenía que ser considerado de alto riesgo, demandando una atención y manejo especializado.

Sostiene que teniendo en cuenta el diagnóstico de la demandante, se requería de una conducta médica clara que no fue desplegada, ya que solo se le pronosticaba estar asintomática, y a pesar de ello, no fue remitida de urgencia a un especialista, así como a un hospital, donde no solo unidad materna, sino también especialistas del área de obstetricia que se encontraran en capacidad de realizar un estudio favorable.

Reitera que en materia del acto médico, y de la responsabilidad derivada de su concreción, lo relevante no es el yerro en sí mismo, en consideración a que la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta, sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad o la situación padecida por el paciente, en este caso la gestante y su bebé, no se hubiera agravado.

En seguida plantea que conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el daño ocasionado a los accionantes, comportan la obligación de indemnizar a los afectados del perjuicio, en el marco de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional.

Recalca que, en el caso que nos ocupa, la señora Flor Mireya Caro se encuentra afiliada al régimen subsidiado, y la encargada de prestar la atención médica es el Centro de

Salud de Ciénega; que el daño padecido por los demandantes implica que se les reconozca y pague los perjuicios materiales y no materiales ocasionados; y finalmente, que existe falla en la prestación del servicio médico, por la pérdida de oportunidad de un tratamiento realizado por expertos en la materia.

En cuanto a los perjuicios que deben ser indemnizados, comenta que el daño moral sufrido por los accionantes, responde al dolor, sufrimiento, congoja, y aflicción que padecieron al tener que reconocer la muerte de los nacituros, con ocasión a la inoportuna prestación del servicio médico asistencial, que hubiera contrarrestado la infección correspondiente; y asimismo, plantea los daños a la vida de relación, que radican, en su entender, en la perturbación que aún persiste desde la pérdida de los neonatos, que inciden negativamente en su ámbito personal, familiar, social y laboral.

Frente al tema de los perjuicios inmateriales, cita jurisprudencia nacional relevante, en donde se precisan elementos importantes para el reconocimiento de los mismos, y se establece diferencias con el perjuicio moral.

La parte actora manifiesta su extrañeza respecto de la no aplicación por parte del médico tratante, del protocolo emanado del Ministerio relacionado con la promoción de la salud y prevención de las enfermedades "Guía para la detección temprana de las alteraciones del embarazo", precisando que existen gestantes con factores de riesgo que deben ser remitidas al especialista en obstetricia para valoración, quien les definirá un plan de atención integral, de acuerdo con su condición de salud, siendo un deber de los prestadores de salud garantizarle a estas gestantes una atención adecuada, oportuna e integral.

Finalmente, plantea que las IPS públicas deben coordinar pautas necesarias para los procedimientos, deben ser diligentes y prudentes en todos los contratos, pues si esto es así, no tiene por qué presentarse ningún problema; además precisa que debe exigirle a sus médicos y profesionales que cumplan con los manuales de procedimientos y los firmen.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1. Razones de la Defensa:

La apoderada de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIENEGA, da respuesta a la demanda de la referencia (fs. 92 a 104), oponiéndose a todas las pretensiones, por considerar que carecen totalmente de fundamentos fácticos y jurídicos, en la medida que no se reúnen los tres elementos para endilgar responsabilidad.

Frente a los hechos expuestos en el libelo demandatorio, precisa que la paciente asiste al Centro de Salud de Ciénega con un cuadro clínico de 2 meses de ausencia de menstruación, por lo que fue solicitada prueba de gravidez, cuyo reporte fue arrojado por la accionante el 25 de abril de 2011; en consecuencia, se ordenaron los paraclínicos del primer trimestre, ecografía, y se realizaron recomendaciones por signos de alarma; que el 27 de abril de 2011, se consignó que en el próximo control prenatal se realizaría remisión a ginecología, con resultados de IGM anti toxoplasma.

Como razones de la defensa, precisa que en relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración, el artículo 90 de la Constitución Política prevé que el Estado deberá responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; que para que nazca la responsabilidad de naturaleza extracontractual de la administración, no es necesario que el daño sea consecuencia de una conducta dolosa, es decir, llevada a cabo con la intención de causar el daño, sino que es suficiente que el mismo se cause con la sola culpa.

Transcribe apartes extensos de varias sentencias del H. Consejo de Estado, respecto de la responsabilidad médica obstétrica, según los cuales los títulos de imputación de la misma no ha sido pacífica al interior de la Alta Corporación, pues refieren que en un primer momento se pensó en que, en aquellos eventos en los cuales el desarrollo del embarazo fue normal, y sin embargo, no terminaba satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada era de resultado, es decir, que la imputación de la responsabilidad

patrimonial debía hacerse a título objetivo. No obstante, de la misma cita jurisprudencial, se sostiene que en providencias más recientes se recogió dicho criterio, para considerar que la responsabilidad en los casos mencionados, no puede ser decidida bajo un régimen objetivo, pues la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, solo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso de alumbramiento no hubiera sido satisfactorio, constituye un indicio de dicha falla.

Por lo anterior, cita la jurisprudencia que, bajo la tesis que actualmente orienta el tema, a la víctima del daño 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 el daño, la falla en el acto obstétrico, y el nexo causal, siendo el indicio, la prueba por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad.

Dice que en el presente caso se debe analizar si se reúnen los tres elementos de responsabilidad para acusar a la entidad, teniendo en cuenta como elemento probatorio, la Historia Clínica respectiva; por lo tanto, precisa que no se encuentra un medio de prueba que permita establecer como hecho certero, la omisión en la prestación del servicio o que la misma se hubiera producido en forma tardía; que tampoco obra en el expediente documento alguno del cual se infiera la causa de muerte de los fetos, pues ninguna de las entidades que atendieron ese día, reportan que haya realizado estudio alguno que permita establecer la causa médica del fallecimiento.

Reitera que no se encuentra probada la causa de la muerte de los bebés, ni tampoco la negligencia o falta de oportunidad en la atención en el servicio de salud de la demandante; pues se puede establecer que la demandante fue atendida de manera oportuna, y en consecuencia, sostiene que no puede declararse la responsabilidad patrimonial a la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Ciénega, por cuanto no se probó la falla en la prestación del servicio, y mucho menos el nexo de causalidad entre el daño sufrido y la falla invocada.

2. Excepciones propuestas.

Se propusieron las denominadas Ausencia de Nexo causal, Culpa Exclusiva de la Víctima, Incumplimiento de Requisito de Procedibilidad y Falta de Legitimación por Pasiva; de las cuales las dos últimas fueron resueltas en la audiencia inicial (fls.210 a 212), por lo tanto, el despacho procederá a pronunciarse respecto de las demás, tal como se sigue:

- **Ausencia de nexo causal:**

Indica que para imputarle la responsabilidad a la ESE demandada, se debe demostrar cual fue la razón o causa médica que originó la muerte del nasciturus, pero que en el escrito de la demanda no se indica dicha razón o causa, de allí que no encuentre demostrada la falla de la administración, por lo que no puede endilgársele responsabilidad, cuando no se tiene certeza sobre la causa de muerte de los fetos

- **Culpa exclusiva de la víctima:**

Destaca que, de conformidad con la Historia Clínica, la paciente recibió la atención médica y odontológica debida y estipulada para controles prenatales desde la primera consulta, que incluyó examen físico, exámenes paraclínicos, medicamentos en su caso, micronutrientes y se le explicaron los signos de alarma y se le dieron recomendaciones generales en todas sus consultas.

Afirma que el médico solicitó exámenes, requirió prueba confirmatoria de su diagnóstico, y toma de decisión de valoración por profesional especialista en ginecología, como se consignó en la historia clínica respectiva; y que la paciente no consulta nuevamente a la ESE ni aporta paraclínicos solicitados por la profesional de medicina.

3. OPOSICIÓN A LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS (Fls. 146 a 161):

Dentro del término dispuesto por el Despacho para tal efecto (fl. 144), el apoderado de los demandantes, mediante escrito visible a folios 146 a 161 del expediente, oportunamente descurre el traslado de las excepciones propuestas por la apoderada de la entidad demandada.

Respecto de la excepción denominada ausencia de nexo causal, precisa que lo que se pretende en la demanda es que se declare la falla en la prestación del servicio médico asistencial, derivada de la pérdida de oportunidad de ser tratada por un grupo de especialistas en obstetricia, pues, sostiene que se encuentra demostrado que la señora Flor Mireya Caro no tuvo control prenatal oportuno, de calidad, y eficiente; que como consecuencia de ello solicita se condene a la demandada a los perjuicios respectivos.

Por lo anterior, hizo una reseña del tema relacionado con el nexo causal en materia de responsabilidad médica estatal, teniendo en cuenta para tal efecto, lo que en tal sentido consagra la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. Así mismo, se permitió hacer una breve exposición de la teoría de la causa adecuada para aplicarla al caso concreto, y decir que la causa inmediata del daño fue la omisión derivada de la falta de cuidados prenatales por especialistas en obstetricia, condensada en la remisión no oportuna de la demandante al especialista, por tratarse de un embarazo de alto riesgo, al ser gemelar, asociado a sospecha de toxoplasmosis gestacional; afirma que la causa física se atribuye a la ESE demandada por la no oportuna remisión al especialista, siendo el daño la muerte de los neonatos.

Luego, menciona que según la historia clínica que obra en el plenario, se enrostra que se trataba de un embarazo de alto riesgo por ser gemelar, asociado a sospecha de toxoplasmosis gestacional; lo anterior, sumado a que la parte demandada no probó la realización del proceso de demanda inducida, teniendo en cuenta las condiciones especiales de la gestación de la demandante, razón suficiente para ser remitida al especialista desde el momento en que se determinó el estado de embarazo gemelar, existiendo una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, por omisión, que comprometía a los neonatos.

En cuanto a la excepción de culpa exclusiva de la víctima, argumenta que no es cierto lo expuesto por la apoderada de la entidad demandada, en consideración a que la paciente no recibió la atención adecuada, ni oportuna; agrega que se incumplió el deber de remitir a la paciente al especialista en ginecología, tratándose de un embarazo gemelar asociado a una sospecha de toxoplasmosis gestacional, que requería un proceso de demanda inducida.

Enseguida sostiene que, lo atinente a la espera de prueba confirmatoria de toxoplasmosis, para luego ser remitida al especialista en ginecología, evidencia la inoportuna prestación del servicio médico, y la falla en la prestación del servicio, al desconocer totalmente los protocolos o guías en lo que respecta a la demanda inducida.

En relación a que la paciente no consultó nuevamente a la ESE demandada, ni aportó paraclínicos solicitados por la médico tratante para confirmar el diagnóstico de toxoplasmosis, reiteró lo expuesto inicialmente en la demanda.

Finalmente, destaca que la paciente no se expuso imprudentemente al daño, ya que confió legítimamente en el profesional de la salud, y en que los controles estaban sujetos a las guías o protocolos de la demanda inducida, pero que, ante el dolor persistente, acudió al servicio de urgencias de la Clínica Medilaser, donde desafortunadamente fallecieron sus neonatos, que se originó por la falta de cuidados especiales en la etapa prenatal.

4. DECISIÓN: Así las cosas, este Despacho dirá que, las excepciones propuestas por la apoderada de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, son argumentos que no constituyen impedimentos procesales, sino que son razones de la defensa de la entidad, cuyo estudio depende de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por tal motivo se analizará junto con el fondo del asunto.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- De la parte Demandante (Fls. 468 a 483):

Dentro del término de traslado para alegar de instancia la **parte demandante** destaca que en el ámbito de la responsabilidad médica, según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el criterio central para probar el nexo causal es el probabilístico, toda vez que en esta ciencia, aun la más desarrollada disciplina de los conocimientos actuales, se encuentra limitado, no solo por la amplia insuficiencia de las nociones científicas, sino también por el vacío de datos objetivos obtenidos en cada caso en concreto,

Por lo anterior, reitera que, de acuerdo con el material probatorio recaudado, se puede establecer mediante vía indiciaria o probabilística que, con las consideraciones médicas descritas en la historia clínica respectiva, y de acuerdo con los testigos técnicos como periciales, el embarazo de la demandante era de alto riesgo obstétrico, por su condición gemelar, conocida desde el 27 de abril de 2014. Sin embargo, en lo atinente a la prueba pericial, señala que la perito se contradice al precisar que la médico tratante realizó oportunamente la remisión para valoración por especialista, y enseguida señalar que no tiene registro de valoración por obstetra entre el 26 de mayo de 2011 cuando fue solicitada y el 20 de junio del mismo año, cuando fue hospitalizada por amenaza de aborto.

Afirma que de acuerdo con el material probatorio, la prestación del servicio médico asistencial no fue oportuna, y mucho menos de calidad, considerando la inobservancia y desconocimiento de esta realidad, incurriendo en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del mencionado servicio.

Transcribe algunos apartes de la sentencia proferida por la Subsección B, de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado el 24 de marzo de 2011, en la que se precisa que los daños indemnizables en la falla del servicio médico asistencial, no se derivan únicamente de la muerte y las lesiones corporales, sino también de la lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz, entre otros. Así mismo, cita otras sentencias de la Corporación en mención, relacionadas con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud y con el nexo causal en temas como el que nos ocupa.

Finalmente, transcribe algunos argumentos expuestos en anteriores oportunidades procesales, tales como, la demanda, y el traslado de las excepciones propuestas por la parte accionada.

2.- De la parte Demandada (fls. 459 a 466):

El apoderado de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, en esta oportunidad procesal reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para señalar que ni con la presentación de la demanda, ni a lo largo del proceso, se pudo establecer un nexo causal entre los hechos ocurridos y el presunto daño causado, y en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de los valores pretendidos en el libelo inicial.

Igualmente, señala que la demanda está fundada en la presunta pérdida de oportunidad, y por lo tanto, al estar sustentada en supuestos y probabilidades, no conduce a una realidad fáctica en la cual se pueda determinar responsabilidad en el daño acontecido; que la médico del servicio de la ESE demandada remite a la paciente a valoración por especialista en Ginecología, una vez se entera de su condición de embarazo múltiple, indicándole la necesidad de realizar un examen confirmatorio de toxoplasmosis, actuar ajustado a las guías de manejo estandarizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social; que la anterior determinación se tomó en la oportunidad debida.

Reprocha el apoderado de la ESE accionada que la paciente, al tener síntomas de alarma, haya decidido viajar a Tunja a más de una hora de camino en vehículo no acondicionado, a pesar de encontrarse a metros del Centro de Salud de Ciénega o a minutos del Hospital de Ramiriquí; que es claro que la muerte de los bebés no se deriva de la atención brindada en la ESE, y que, por el contrario, el dictamen de medicina legal indica de manera enfática, que fue adecuada y pertinente, teniendo en cuenta las dificultades que el sistema de salud presenta para las autorizaciones y practica de exámenes, en tratándose en toxoplasmosis y su confirmatorio.

Reitera algunos argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y señala que está demostrada la negligencia de la madre al demorar la práctica de los exámenes solicitados.

Se permite recordar a la parte actora que los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud están basados en evidencia y literatura científica, y no en caprichos de los galenos en solicitar el confirmatorio de toxoplasmosis; así mismo, indica que los testimonios recaudados y en especial el realizado a la especialista en obstetricia de Medicina Legal, dan razón del proceder de la médico de la ESE, concluyendo que el mismo fue oportuno, por realizar la remisión para valoración especializada por Obstetra, la cual resulta ser la prueba reina, y al no ser objetada, ratifica la carencia de responsabilidad de la demandada.

Destaca que la profesión médica es de medio y no de resultado, y que está demostrado en la historia médica, que se dispuso todos los medios y recursos en equipos como humanos con especialista en el tema, para atender la patología presentada buscando la curación de la paciente.

Asimismo, en cuanto a los perjuicios pretendidos por la parte actora, precisa que dentro del proceso no se demostró la existencia o presencia de daños morales que deban ser indemnizados patrimonialmente, *en la medida que no es posible evidencia que hubiere existido una aflicción como consecuencia de las complicaciones aparecidas por la cirugía practicada a la demandante en la E.S.E. Centro de Salud de Ciénega (SIC)*. Agrega que, de conformidad con reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la fijación y valoración de los perjuicios morales debe responder al test de proporcionalidad.

Precisa que, no es procedente el reconocimiento el daño a la vida de relación, en consideración a que el mismo se aplica para personas vivas, pues atienden a alteraciones en las condiciones de existencia.

Finalmente, solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, teniendo en cuenta que no se encuentra probado ningún perjuicio imputable a la E.S.E.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, dentro del término concedido guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, por los perjuicios causados a la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA, al señor DARIO TORRES MUÑOZ, y a su menor hija JEIMMY TATIANA TORRES CARO, con ocasión de la pérdida de oportunidad de la señora Flor Mireya Caro de ser atendida por un médico especialista en gineco obstetricia, durante los primeros meses de su gestación gemelar acaecida en el primer semestre del año 2011, reduciendo la probabilidad de vida de sus hijas por nacer?

5.2. Resolución del Caso

5.2.1. Del marco jurídico aplicable.

En relación con el tema de la responsabilidad extracontractual de la administración y en general del Estado, el artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado deberá responder por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de

las autoridades públicas. De igual manera, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que regula el medio de control de reparación directa, estipula que la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico, cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Ahora, para que nazca la responsabilidad de naturaleza extracontractual de la administración, no es necesario que el daño sea consecuencia de una conducta dolosa, es decir, llevada a cabo con la intención de causar el daño, sino que es suficiente que el mismo se cause con la sola culpa, esto es, por impericia o negligencia del agente, o, en últimas, mediante la violación de normas o reglamentos.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha dicho:

"...Debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "...patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular".²

Dado que la responsabilidad que se depreca deviene de la falla en el servicio médico asistencial, en la cual habría incurrido la entidad demandada con ocasión de la pérdida de oportunidad de la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA de ser atendida por un médico especialista en gineco obstetricia durante los primeros meses de gestación gemelar, acontecidos en el primer semestre del año 2011, el despacho estima que el presente caso debe analizarse con la óptica de la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia.

En efecto, se tiene que la responsabilidad imputada tiene como base la pérdida de oportunidad de atención médica especializada en gineco obstetricia en embarazo de alto riesgo, según narra la parte actora, y su causa se atribuye a la atención inoportuna, deficiente e inadecuada por parte de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIENEGA, cuando la señora Flor Mireya Caro se encontraba en estado de embarazo gemelar con sospecha de toxoplasmosis, y quien posteriormente aborto inevitablemente a sus bebes, cuestión que permite sostener que el daño cuya reparación se pretende se le atribuye a la entidad demandada con base en su responsabilidad médica obstétrica, frente a la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sostenido³:

"(...) En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado".⁴

En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación

² Sentencia 22 de noviembre de 1991, M. P. Julio Cesar Uribe Acosta.

³ Sentencia de marzo 26 de 2008, exp. 16.085. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, entre otras.

⁴ "En sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: "...en el campo de la obstetricia, definida como 'la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero', la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando al inicio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología".

fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Decía la Sala:

'La entidad demandada sostiene su inconformidad frente al fallo protestado con el argumento de que la obligación médica es de medio y no de resultado; de tal manera que habrá falla del servicio, no cuando teóricamente era posible evitar el resultado dañoso, sino cuando, dentro de la realidad de los hechos, existió negligencia médica al no aplicar o dejar de aplicar unas técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico.

'Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, porque éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.

'Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como 'la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero'⁵, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

'En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prevenir y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

'Al respecto, el profesor CARLOS ALBERTO GHERSI, señala:

'... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto -o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Estas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito'.⁶

'En el caso sub iudice, la entidad demandada no ha demostrado que en el proceso de embarazo de la señora MARIA ARACELLY MOUMA MEJIA, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento del niño LUIS CARLOS CATALAN RAMIREZ, se produjeron circunstancias imprevisibles o irresistibles que la liberen de responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, por el resultado de dicho proceso, el cual dejó como secuelas la infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo del niño.

*'Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente falla del servicio probado, puesto que la parte actora ha demostrado que **la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.***

⁵ MELLONI, Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

⁶ CARLOS ALBERTO GHERSI, Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

'De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso' ⁷.

No obstante, **en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla**⁸. En sentencia de 14 de julio de 2005⁹, dijo la Sala:

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

En síntesis 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 excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un **indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, 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 contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica". (Negritas y en subrayas del Despacho).

La misma posición ha sido corroborada por la sección tercera del Consejo de Estado en los pronunciamientos referentes al tema que se citan a continuación:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010) Radicación número: 15001-23-31-000-1999-00091-01(17512) Actor: ANA JACQUELINE QUIROGA OTALORA Y OTROS Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA.

⁷ Sentencia de 17 de agosto de 2000. Exp. No. 12.123.

⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767

⁹ Exp. No. 15.276.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00713-01(18433) Actor: LUZ MARINA PEDREROS DE POVEDA Y OTROS. Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA – APELACION.

5.2.1.1. De la Pérdida de oportunidad.

En cuanto a este concepto, en reciente sentencia¹⁰ el H. Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"(...) La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente en casos relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales. Recientemente¹¹, la Sala reiteró los criterios expuestos en las sentencias del 11 de agosto de 2010¹² y del 7 de julio de 2011¹³, así (se transcribe textualmente):

"2.- La 'pérdida de oportunidad' o 'pérdida de chance' como modalidad del daño a reparar.

"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.

"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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Bogotá D.C. veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, expediente 26.437.

¹² Expediente 18.593.

¹³ Expediente 20.139.

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 [...]"

Con esa óptica, el despacho analizará el acervo probatorio del proceso con el propósito de determinar si en este caso se encuentra comprometida, o no, la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño ocasionado a los demandantes, en la modalidad denominada pérdida de oportunidad, bajo el título de imputación de la **falla probada del servicio**, sin dejar de lado la valoración de la prueba indiciaria como se indicó en los apartes jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia, si fuere pertinente.

5.2.3. Del caso concreto.

En ese orden, procede el Despacho a verificar si en el presente asunto, se encuentran dados los elementos axiológicos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con los parámetros jurisprudencial expuestos en el acápite anterior.

Previo a señalar lo efectivamente probado, vale destacar que nunca, hasta 1991, nuestro ordenamiento jurídico había consagrado un precepto constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que recogiera tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extracontractual; Tal cosa ocurrió con el artículo 90 de la Constitución Política vigente, de cuyo inciso primero, se deduce, como ya lo ha dicho el Consejo de Estado en otras oportunidades, que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: **el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.**¹⁴

Esta disposición constituye, sin duda -y así lo han visto la jurisprudencia y doctrina nacionales-, el punto más avanzado de la evolución en la aplicación práctica de uno de los principios de mayor importancia en un Estado Social de Derecho: el atinente a la responsabilidad del Estado.

El daño, en "su sentido natural y obvio", es un hecho, consistente en "el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien", "...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...." y "...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo."¹⁵

Así las cosas, debe decirse que condición necesaria para que desencadene la reparación, es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de "causales de justificación"; por lo que, la Constitución Política de 1991 impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, que si bien puede revestir modalidades diversas (material, inmaterial, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que resulta ser un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.

¹⁴ Sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente No. 8118, Sección Tercera. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 12 de julio de 1993, expediente No. 7662; sentencia del 5 de julio de 1996, expediente No. 9941.

¹⁵ Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, página 210.

Para fundamentar lo expuesto hasta el momento, vale precisar que, en torno al tema la H. Corte Constitucional, en sentencia C-333 de 1993, destacó lo siguiente:

"(...) La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 (...)

(...) Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"¹⁶.

8- Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización (...)"
(Negrillas del Despacho)

Aunado a lo anterior, nótese que el inciso segundo del artículo 42 de la Norma de normas tiene previsto que "El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia", y el inciso segundo del art. 2 señala que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

En ese contexto, dirá el Despacho que la parte actora (madre, padre y hermana) solicita el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño moral y a la vida de relación, a los cuales se vieron enfrentados por la pérdida de oportunidad de la señora Flor Mireya Caro Sanabria de ser atendida por un médico especialista en gineco obstetricia, encontrándose en embarazo de alto riesgo, por ser el mismo múltiple (gemelar), y con sospecha de toxoplasmosis, daños que sobrevinieron como consecuencia de la negligencia de la médico tratante de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA.

Al respecto se tiene, que de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA se encuentra afiliada desde el 1º de septiembre de 2010 a la EPS-S COMFABOY, y su IPS Primaria es la E.S.E PUESTO DE SALUD DE CIENEGA (fl. 108); y que el día 18 de abril de 2011 asistió a la E.S.E. mencionada, a primera consulta, toda vez que venía presentando un cuadro clínico de 2 meses de evolución de ausencia de menstruación, razón por la cual la médico tratante, le ordenó exámenes de gravidez, le hizo recomendaciones generales y le indicó los signos de alarma (fl. 110 vto.).

Del mismo resumen de historia clínica, se infiere que en la segunda consulta a la que asistió la señora FLOR MIREYA, llevada a cabo el 25 de abril de 2011, esto es, a los 7 días calendario de la primera cita médica, fueron aportados los resultados de la prueba de embarazo, la cual reportó POSITIVO, por lo que la médico tratante ordenó micronutrientes, solicitó igualmente paraclínicos de primer trimestre, ecografía, valoración por odontología, dio las recomendaciones generales y signos de alarma, y le entregó a la paciente el carnet de materna (fl. 110).

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

"(...) Dice que un embarazo gemelar es de alto riesgo, siempre; que cuando una paciente es considerada de alto riesgo, debe ser remitida al gineco obstetra; que los más aconsejable es que sea remitida..."

(...) el Doctor señala que la ideal es que ante embarazo gemelar, debió ser atendida por un especialista; el médico general estaría en la obligación de remitirla a una especialista; señala que la ideal es que en la consulta notificar en la consulta del alto riesgo a la paciente (demanda inducida)...

(...) en consecuencia, el médico señala que la paciente de alto riesgo debe remitirse al especialista, pues entre más completos sean los exámenes con que sea remitida, mejor será el manejo; si no llega con IGM el especialista lo ordenará..."

b.) Del Doctor Alejandro Castell Ruano (fls. 305 y 306):

"(...) que un embarazo gemelar es considerado como de alto riesgo siempre, porque implica aumento en complicaciones maternas y fetales, está en riesgo el desarrollo de los dos; que el médico en el control prenatal cuando evidencia embarazo gemelar, debe prever que el riesgo es el doble de un embarazo único; la probabilidad de aborto es alta y siendo gemelar es mucho más alta; que los protocolos que debe seguir el médico general cuando está presente ante un embarazo gemelar, es informarle el riesgo el cual va aumentando progresivamente, que debe modificar su vida, se es debe instruir, la paciente tiene que ser concientizada juiciosamente; se deben hacer ecografías y exámenes, se debe apoyar al especialista para continuar el control del embarazo; es necesario que remita al ginecólogo a una paciente que se encuentra con embarazo gemelar, pero no es una urgencia inmediata, el ginecólogo controla el alto riesgo; señala que una paciente teniendo más de 15 semanas de embarazo gemelar, debe ser remitida lo más temprano posible al especialista porque deben contarse con los suficientes espacios para concientizar a la paciente; dos veces al mes debe ser vista, una al especialista y una al médico gemelar (sic)

Bajo ese entendido, nótese como los especialistas en ginecología que atendieron a la paciente cuando estuvo hospitalizada en la Clínica Medilaser de Tunja, que cuentan con conocimientos especializados, y por lo tanto idóneos acerca del tema, y que conocieron de primera fuente, el caso de la señora Flor Mireya Caro, coincidieron en afirmar que el embarazo gemelar es considerado como de alto riesgo **siempre**, por lo cual, el médico general, al realizar los controles prenatales a la paciente, debe concientizarla de las circunstancias que rodean dicho estado, previendo que la probabilidad de aborto en un embarazo gemelar es doble a la que se presenta en un embarazo común o de bajo riesgo.

Por lo anterior, consideran que el control del embarazo gemelar debe efectuarse conjuntamente por el médico especialista y el general, tal como lo establece la lex artis aplicable al asunto en cuestión.

Y es que observa el Despacho que la anterior concepción médica no era desconocida por la médico tratante de la demandante en la E.S.E PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, quien al momento de rendir testimonio ante este Estrado Judicial, si bien es cierto mencionó que desconoce si existe protocolo alguno respecto de embarazos gemelares, o de embarazos de alto riesgo, señaló que son embarazos denominados de alto riesgo los de mujeres menores de 17 años, mayores a 45, **embarazos múltiples**, o con más de tres embarazos, o con abortos previos muy próximos, bajo peso de la madre o del feto, que en últimas, resultan ser de alto riesgo, en la medida que tienen mayor índice de aborto (fl. 334).

No obstante lo anterior, en la misma oportunidad procesal la médico general precisó, entre otros, lo siguiente:

"(...) que no remitió al ginecólogo por la IGG no dice si la paciente tiene una enfermedad actual, por lo que ordeno la IGM...que el hecho de esperar el examen para enviar completa a la paciente al ginecólogo, por eso no la remitió al ginecólogo inmediatamente...que según la lex artis no existen criterios para establecer el riesgo; que los protocolos solo mencionan que es de alto riesgo el embarazo gemelar; que la paciente se encontraba estable con bienestar fetal, por ello no la remitió al ginecólogo...que con fundamento en los protocolos de la Secretaría de Salud Distrital, se hace control por ginecólogo, en el primer trimestre porque el riesgo de aborto es mayor; que en el caso de la demandante el primer trimestre ya se encontraba superado, y que la oportunidad no la perdió, pues va corriendo durante el embarazo...que la paciente en este caso no era de atención prioritaria..." (fls. 335 y 336)

Así las cosas, entiende el Despacho que la médico tratante de la ESE demandada tenía claro que la circunstancia de encontrarse la demandante en estado de embarazo múltiple, la encasillaba en una condición de alto riesgo, tal como lo manifestó en el testimonio rendido al Juzgado, pero no resulta lógico que, ante tal afirmación, haya considerado que la paciente no era de atención prioritaria, teniendo en cuenta que para la fecha del último examen se encontraba estable y con bienestar fetal, pues tal como lo sostuvo el médico especialista CASTELL RUANO, y la misma médico tratante de la ESE, Lorena María Ibáñez, la necesidad de efectuar control por ginecología, obedece a que en el primer trimestre del embarazo gemelar el riesgo de aborto es mayor.

Entonces, si la médico advirtió que en el caso de la demandante, el término del primer trimestre, para el momento en el que se efectuó el tercer control prenatal, ya se encontraba superado, debió remitirla inmediatamente al ginecólogo, pues su embarazo era múltiple, y como lo menciona la doctora Ibáñez, era de alto riesgo, no por la condición de que en los primeros paraclínicos haya obtenido resultado positivo en la prueba de IgG anti toxoplasma, sino por el hecho de ser el embarazo de la Señora FLOR MIREYA CARO, gemelar; lo anterior, teniendo en cuenta lo expresado por el médico especialista en ginecología Víctor Manuel Machuca en audiencia de recepción de testimonios, según el cual *"...el cuadro hacía pensar en una incompetencia cervical, el cuello no pudo retener el embarazo... Señala que no es fácil detectar la incompetencia de cuello uterino, pues todo puede estar normal, y en cualquier momento se puede demostrar la incompetencia: son situaciones difíciles de evaluar, puede presentarse incluso de forma repentina..."* (Fl. 304). En la misma intervención, el galeno precisó que la paciente de alto riesgo debe remitirse al especialista con exámenes completos, y aún si no tiene el IGM, pues en dicho caso, el ginecólogo lo ordena.

En ese orden, resulta evidente para el Despacho que ante las condiciones que regían el embarazo de la señora Flor Mireya Caro Sanabria, debió ser remitida de forma inmediata al especialista en gineco obstetricia, teniendo en cuenta que, en el momento en que la médico general se enteró del diagnóstico de gemelar de la mencionada gestación, la paciente tenía aproximadamente 4 meses de embarazo, por lo que debía ser tratada urgentemente por el especialista, máxime cuando el embarazo múltiple por sí solo es considerado alto factor de riesgo gestacional, sin tener en cuenta el diagnóstico de toxoplasmosis, pudiendo verse enfrentada la demandante, a una incompetencia cervical que en cualquier momento, podía complicar su embarazo y poner en riesgo el bienestar, y hasta la vida, de sus bebés y la suya propia.

Lo anterior, resulta suficientemente sustentado con el concepto final de la médico gineco obstetra, profesional especialista forense del Instituto Nacional de Medicina Legal con sede en Armenia, ANA MARIA LONDOÑO ZAPATA, respecto del dictamen pericial rendido en el presente asunto a solicitud de la parte actora, y adicionado de oficio (fls. 418 a 423), el cual fue recibido y controvertido en audiencia de pruebas cuya acta esta visible a folios 453 - 457 del plenario.

En el dictamen pericial, la Doctora Londoño Zapata, en relación con la atención médica brindada por la entidad demandada sostuvo: *"...El médico general oportunamente realizó la remisión para valoración especializada por obstetra y solicitó IgM para toxoplasma, dados los hallazgos..."* (fl. 422); no obstante, en audiencia de pruebas realizada por videoconferencia, para llevar a cabo la contradicción del respectivo dictamen, la perito precisó que, en el presente asunto, no se puede establecer que la toxoplasmosis haya causado el aborto; que el embarazo gemelar pudo ser la causa del aborto; que según su lectura de la historia clínica, la médico general tratante remitió a la señora Flor Mireya Caro oportunamente al especialista, y aclaró que si no hubiese sido remitida al médico especialista la actuación médica no se hubiera acomodado a los protocolos del Ministerio de Salud. Agrega que el factor de riesgo más grande que tenía la demandante, independiente de todo, era el embarazo gemelar (fl. 456).

Así las cosas, advierte el Despacho que, pese a lo sostenido por el apoderado de la parte demandada en los alegatos de conclusión (fl. 460), no resulta correcto afirmar que, del concepto rendido por la perito en el presente asunto, pueda inferirse lógicamente que la atención brindada por la médico tratante de la E.S.E PUESTO DE SALUD DE CIENEGA, haya sido oportuna, al "REMITIR" a la señora FLOR MIREYA CARO, al especialista en gineco obstetricia, pues resulta claro para las partes en litigio, que la mencionada señora nunca fue

remitida por la Doctora Lorena Ibáñez al Gineco obstetra, pues así se lee claramente en la historia clínica, y así lo sostuvo la misma profesional de salud en diligencia de recepción de testimonio adelantada por el Despacho.

Aunado a lo anterior, resulta evidente que ante los diferentes cuestionamientos efectuados a la perito en videoconferencia (fls. 453 a 457), afirmó que, con fundamento en los protocolos que rigen a los profesionales de la salud en el tema, un embarazo gemelar reviste una condición de alto riesgo, por lo que expresó que si la demandante no hubiera sido remitida al especialista en el tercer control efectuado el 26 de mayo de 2011, la actuación desplegada por la médico tratante no hubiera sido la correcta, en tanto el principal factor de riesgo de la señora Caro era su estado de embarazo gemelar, "independientemente de todo".

Aquí, el Despacho considera necesario traer a colación, lo expuesto en concreto por el H. Consejo de Estado en sentencia de 24 de julio de 2013, referida en acápites precedentes, según el cual:

"(...) A lo dicho se agrega que el embarazo de la señora Peralta Muñoz era gemelar monocorial y, por consiguiente, de alto riesgo, como lo indicó el doctor Vásquez Zapata¹⁷, de donde se puede concluir que existían altas probabilidades de que éste se complicara, como en efecto ocurrió. Al respecto, es dable señalar que un porcentaje elevado de esa clase de embarazos presenta complicaciones que, en general, son severas, con alto riesgo de mortalidad para uno de los fetos y de daños cerebrales irreversibles para el otro¹⁸; por consiguiente, es obvio que los médicos de la Clínica Rafael Uribe Uribe, al constatar que una de las niñas había fallecido en el vientre materno y que la otra se encontraba aún con vida, pero corriendo serio peligro de seguir la misma suerte de su hermanita o de sufrir daños cerebrales, tenían la obligación de extremar las medidas para atender el parto de las gemelas Anturí Peralta. No obstante, la demandada no demostró haber implementado tales medidas, lo cual denota falta de diligencia y cuidado (...)" (Negrillas del Despacho)

Igualmente, debe destacarse que la mayoría de galenos que rindieron testimonio o concepto dentro del presente asunto, tuvieron como literatura médica de referencia la "Guía de control prenatal y factores de riesgo" de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la cual fue consultada en la página web de dicha Secretaría, y la cual a su vez, reposa a folios 484 a 518 del plenario, y la que refiere como factor de riesgo en la gestación, el embarazo múltiple; en este caso, precisa que el seguimiento y periodicidad de los controles prenatales en pacientes de alto riesgo, se reitera, como en el caso de embarazo múltiple, debe ser establecida, de acuerdo con la patología, a criterio del **médico especialista**; además señala que:

*"(...) Idealmente, toda gestante debe ser valorada por el médico ginecoobstetra, para confirmar o determinar el factor de riesgo. Se recomienda que esta valoración se efectúe en la **segunda consulta** y en el último trimestre del embarazo, preferiblemente entre las semanas 32 a 34.*

"(...) El médico general realiza el control prenatal de las gestantes cuyas características y condiciones indiquen una gestación sin factores de riesgo. En caso de confirmarse la presencia de un embarazo de alto riesgo, deberá asegurar a la paciente su atención en el nivel correspondiente". [Negrillas del Despacho]

Entonces, tal como lo sostiene el apoderado de la entidad demandada (fl. 460), los protocolos y guías establecidos por las autoridades de salud nacionales, se encuentran basados en evidencias, y literatura científica, y por lo tanto, fijan reglas básicas, para la oportuna y debida prestación del servicio de salud, y en el caso concreto, son útiles para identificar e intervenir oportunamente los principales factores de riesgo materno y perinatal, como aquel al que se vio enfrentada la señora Flor Mireya Caro; el cual, de haber sido tratado de conformidad con las reglas antes referidas, habría tenido el chance de ser superado satisfactoriamente, pues en el mismo momento en el que advirtió el factor de

¹⁷ Al respecto, el referido especialista, en declaración rendida el 11 de noviembre de 1999 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, manifestó: "El embarazo gemelar persé debe ser considerado una gestación de alto riesgo. La especie humana es unipara por excelencia y el hecho de que hayan dos fetos compartiendo espacio, nutrientes, aporte de oxígeno, implican riesgos que aumentan la morvimortalidad (sic). En el caso de los embarazos gemelares monocoriales monoamnióticos (...) la morbilidad (sic) fetal puede llegar entre un 40 a un 50% (...)" (folio 11, cuaderno 2).

¹⁸ Botero Jaime, Henao Guillermo y Londoño Juan Guillermo, *Obstetricia y Ginecología, Texto Integrado*, octava edición, 2010, pags. 245 a 248.

riesgo (embarazo gemelar), la médico tratante debió asegurar a la demandante su atención por medicina especializada.

Por ello, encuentra el Despacho que, estando la médico tratante frente a una paciente de alto riesgo, debió disponer que el cuarto control prenatal fuera realizado por un médico especialista, máxime cuando para dicho momento, tenía aproximadamente 4 meses de embarazo de alto riesgo, y no esperar a que asistiera con el resultado confirmatorio de toxoplasmosis (IgM), pues, tal como lo señaló la perito de Medicina Legal, así como los testigos médicos, la principal causa de riesgo de la paciente no era la sospecha de toxoplasmosis, sino su embarazo gemelar, independientemente de todo, razón por la cual, debió remitirla, para que de ser el caso, el médico especialista en ginecoobstetricia, confirmara o entrara a determinar el factor de riesgo de la señora Flor Mireya Caro.

En suma, los argumentos anotados resultan ser fundamento suficiente a la alta probabilidad de vida que habría tenido los gemelos que esperaba la gestante el primer semestre del año 2011, tal como lo sostuvieron los testigos y la perito especializados en gineco obstetricia en audiencia de pruebas realizada en el presente asunto, si la médico tratante de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA la hubiera remitido al especialista inmediatamente tuvo conocimiento de su estado de embarazo múltiple, adicional a que para dicho momento ya había superado el primer trimestre de gestación, y se encontraba iniciando el quinto mes de embarazo. Así, la entidad demandada tenía la obligación a adoptar oportunamente todas las medidas necesarias a fin de reducir el riesgo al que de por sí, estaba enfrentada la Señora Flor Mireya Caro al tener embarazo gemelar.

Entonces, se encuentra establecido el daño autónomo en la modalidad de pérdida de oportunidad, causado a los demandantes quienes afirmaron ser los padres y hermana de los no natos. Por lo tanto, dirá el Despacho, que la calidad de madre de la Señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA, resulta evidentemente probada con la historia clínica tanto de la Clínica Medilaser (fls. 235 y ss.), como de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA (fls. 222 y ss.).

Igualmente, obra a folio 34 del cuaderno principal, acta de declaración extraproceso de la Notaría Segunda del Círculo de Ramiriquí, levantada el 12 de diciembre de 2012, en la que se dejó constancia que el señor DARIO TORRES MUÑOZ y la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA, conviven en unión marital de hecho y bajo el mismo techo, desde hace 17 años, y que en esa unión fueron procreados JEMMY TATIANA TORRES CARO.

De otra parte, a folio 35 del plenario reposa registro civil de nacimiento de JEMMY TATIANA TORRES CARO, en el que se lee que es hija de la señora Flor Mireya Caro y del señor Darío Torres Muñoz; a folio 42, en la historia clínica de la ESE Centro de Salud de Ciénega, de fecha 18 de abril de 2011, se evidencia que se encuentra registrado como esposo de la señora Caro el señor Darío Torres, y a folio 55, en la Historia Clínica de la Clínica Medilaser, se lee que el Doctor CASTEL GINECOLOGO DE TURNO, realizó charla con la paciente y el esposo, quienes entendieron, aceptaron y firmaron el consentimiento informado, del procedimiento previo a recibir los dos (2) fetos muertos.

Las documentales referidas, permiten concluir, que los señores mencionados son los padres de los no natos nacidos muertos el 21 de junio de 2011, por la señora Flor Mireya Caro en la Clínica Medilaser de Tunja, y Jemmy Tatiana su hermana.

Nótese entonces que se encuentra probada la negligencia de la entidad demandada en la prestación del servicio médico de la señora Flor Mireya Caro Sanabria, pues es obvio que omitió remitirla al especialista en gineco obstetricia, aun cuando su embarazo era de alto riesgo, por ser gemelar, y encontrarse en el cuatro mes de embarazo, en el momento en que la médico general se enteró de aquella condición; así mismo se demostró el daño cuya reparación se pretende en este proceso, el cual corresponde cabalmente a la noción de daño antijurídico que describió anteriormente, y por lo tanto, sin más análisis, que se considere necesario, resulta procedente el reconocimiento de la reparación a que haya lugar.

5.2.4. De la indemnización de perjuicios.

5.2.4.1. De los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad.

Al respecto, debe precisarse que en tratándose del daño autónomo de la pérdida de oportunidad, lo procedente no es el reconocimiento del valor total de la ventaja de la cual fue privado el perjudicado, sino que, lo que se tiene en cuenta para establecer el monto de los perjuicios respectivos, es el "chance" perdido, y por lo tanto, corresponden a un valor inferior a aquellos que habría lugar a reconocer por el daño final; por lo anterior, los perjuicios debe ser proporcionales al provecho que finalmente anhelaba el afectado. Así lo sostuvo el H. Consejo de Estado en sentencia antes referida¹⁹:

"[...] Toda vez que no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad, a raíz de las graves lesiones que padeció la menor Lina María Anturi Peralta, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico impone tener en cuenta a efectos de reparar de forma integral²⁰ el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

"Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino"²¹.

En consecuencia, y en consideración a que el Despacho no cuenta con elementos de juicio que le permitan determinar la cuantía de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la pérdida de oportunidad que se probó en el presente asunto, se acudirá al criterio de la equidad, para fijar la suma de 50 SMMLV a favor de la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA y de 50 SMMLV a favor del Señor DARIO TORRES MUÑOZ, en calidad de padres, y de 35 SMMLV a favor de JEIMMY TATIANA TORRES CARO en calidad de hermana, de los no natos mencionados; teniendo en cuenta que si bien es cierto el despacho tiene conocimiento que el desenlace de la gestación de la señora Flor Mireya fue desafortunado, en el presente asunto, de conformidad con la regla establecida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, lo que se indemniza es la oportunidad que aquella perdió de ser tratada por un médico especialista en gineco obstetricia, y no los perjuicios que hubiere causado el daño final, cual fuera la muerte de los nasciturus.

5.2.4.2. Alteración Grave de las Condiciones de Existencia.

En la demanda se ha solicitado el valor de 400 SMLMV para cada uno de los padres de los nasciturus y 100 SMLMV para la hermana.

En lo que hace a la pretensión relativa a la indemnización de los perjuicios ocasionados por el daño a la vida de relación, el despacho tiene en cuenta el criterio jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado relativo al cambio de dicho rubro del daño inmaterial por el de alteración grave de las condiciones de existencia²². La indemnización de este tipo de daño

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Bogotá D.C. veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁰ 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".

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 15 de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 2003-00385.

–autónomo e independiente del daño moral– procede cuando las acciones u omisiones imputables a la Administración generan una protuberante perturbación de las condiciones de vida de los afectados. Sobre la materia, sostuvo el Consejo de Estado:

"[...] la doctrina ha señalado, precisamente, que para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece".

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d'existence pueden entenderse como 'una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos' o 'las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral'.

*El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, **que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.***

En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario."

Si con lo anterior se ha querido reconocer la existencia de perjuicios extra patrimoniales, por fuera del tradicional perjuicio moral, con una noción mucha más amplia de lo que en su momento se denominó el perjuicio fisiológico o el daño a la vida de relación, con la nueva de alteración de las condiciones de la existencia, en el entendido que son los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de vida de una persona, este Juzgado debe considerar el cambio de denominación que ha introducido el Consejo de Estado como un cambio afortunado, dado que es un desarrollo del principio de la reparación integral.

Bajo ese entendido, resulta procedente señalar, que si bien es cierto, dentro del presente asunto se ha de tener por configurada la figura de la pérdida de oportunidad, relacionada con la omisión de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CLÉNEGA de proporcionar al señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA, la atención en salud necesaria, teniendo en cuenta su diagnóstico de embarazo gemelar, el cual requería de todos los esfuerzos médicos posibles para lograr su culminación exitosa, así como, ya se dijo, la remisión oportuna al médico especialista en gineco obstetricia inmediatamente se tuvo noticia de su condición médica, es decir, de su embarazo de alto riesgo; también lo es que dentro del plenario no se encuentran demostradas las alteraciones a las condiciones de existencia padecidas por los demandantes, pues nótese que no obra ningún elemento de prueba que lleve al Despacho a determinar aquel perjuicio.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con el criterio fijado por la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las alteraciones graves a las condiciones de existencia, deben ser probadas, y en el presente asunto, no se encuentra prueba de ello, pues, tal como se explicara en el siguiente acápite, las pruebas obrantes en el proceso respecto de perjuicios inmateriales, fueron conducidas a acreditar los perjuicios morales padecidos por los demandantes, como fue el caso del testimonio rendido por la señora FLOR MIREYA CARO, que valga precisar, fue ofrecido voluntaria y espontáneamente por la accionante (fs. 337 y 337 vto.).

Entonces, debe decirse que si bien se ha pretendido dar por probados los daños hoy conocidos como alteración de las condiciones de existencia, considera éste Estrado Judicial que con el testimonio citado, se logró determinar la existencia del daño padecido

en su órbita interna y aflictiva, por la señora Flor Mireya Caro, y en consecuencia, se tiene que lo que se pretendió probar en esencia es el daño moral y no las alteraciones graves, evidentes y bruscas en el núcleo familiar.

Por lo tanto, no reconocerá el perjuicio así reclamado.

5.2.4.3. De los perjuicios morales.

En este punto, resulta pertinente precisar que la mayoría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sostenido sin lugar a dudas que el reconocimiento de los perjuicios causados por la pérdida de oportunidad, no resulta incompatible con el de los perjuicios morales ocasionados a partir de dicho daño, pues en recientes providencias ha señalado:

"(...) Perjuicios morales.

La Sección ha considerado procedente el reconocimiento de dicho concepto en casos en los cuales se indemniza por pérdida de la oportunidad, así se expuso en sentencia de 11 de agosto de 2010,

"En cuanto corresponde a esta clase de perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)"²³. (Negrillas del Despacho).

En sentencia de 24 de octubre de 2013²⁴ estableció:

"(...) Así las cosas, de lo expuesto hasta aquí, se puede concluir, por lo menos de parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la pérdida de oportunidad ha sido entendida como un daño autónomo, distinto e independiente del daño final; que cuando una falla del servicio ha cercenado una oportunidad cierta y razonable de obtener un resultado favorable o evitar un perjuicio hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no por el daño final, sino por la oportunidad perdida, que debe ser cuantificada económicamente de acuerdo con los medios probatorios y circunstancias propias de los hechos. En ese orden, la forma cómo se indemniza, que constituye el problema fundamental en lo que tiene que ver con este tema, ha sido direccionada a la concesión de sumas genéricas por un rubro llamado "pérdida de oportunidad". Adicional a esto, en algunas decisiones, se ha estimado procedente la condena por perjuicios morales, con la aclaración de que no se conceden por el dolor, angustia y congoja sufrida por los demandantes por el daño final (especialmente cuando se trata de familiares de una persona que murió), sino por la pérdida de las probabilidades de recuperarse. De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, no es procedente una condena en razón de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) ni daño a la salud, comoquiera que esos perjuicios tienen causa directa en el daño final, el cual no se indemniza en los eventos..." (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, considera el Despacho procedente la pretensión elevada en el libelo inicial, tendiente al reconocimiento de perjuicios por este concepto, considerando que se encuentran debidamente soportado en las pruebas obrantes en el plenario, pues nótese que en la historia clínica obrante a folio 248 se dejó expresa constancia de la circunstancia dolorosa, e incomprensible por la que atravesó la señora Flor Mireya Caro Sanabria al perder a sus bebés, en los siguientes términos:

*"(...) PSQUIATRIA
INFORMANTE PTE, NO HAY FAMILIARES
EC CASADA
VIVE CON ESPOSA E HIJA DE 15 AÑOS
DEDICADA AL HOGAR*

PTE DE 34 AÑOS, QUIEN SE ENCUENTRA HX CON DX DE ABORTO DE 20 SEMANAS, DESDE ENTONCES HA ESTADO HA PRESENTADO SX AFECTIVA, ANSIOSA, LLANTO FACIL SENTIMIENTOS DE DESESPERANZA, ALTERACIONES EN EL PATRON DE SUEÑO, NIEGA IDEAS DE MUERTE O SUICIDIO,

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de enero de 2012. M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de octubre de 2013. M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

COMENTA EMBARAZO PLANEADO, DESEADO, HABIA TENIDO CPN, SU FAMILIA Y ESPOSO HAN BRINDADO UN ACOMPAÑAMIENTO DURANTE SU ESTANCIA HOSPITALARIA.

ANTECEDENTES LO REFERIDO EN EA

RLN FAMILIARES FUNCIONALES.

EM ALERTA, COLABORAODRA (sic), EUPROSEXICA, ORIENTADA GLOBALMENTE, PENSAMIENTO LOGICO, **IDEAS DEPRESIVAS RLN CON SITUACION ACTUAL DE PERDIDA DE SUS HIJOS, NIEGA IDEAS DE MUERTE O SUICIDIO, NO ALT S/P, AFECTO TRISTE LLANTO FACIL, PROSPECCION E INSIGHT E ELABORACION, JUICIO CONSERVADO...** (Negritas del Despacho)

Así mismo, en audiencia de pruebas realizada el día nueve (09) de abril del año en curso, obrante a folios 332 a 338, la señora Flor Mireya Caro Sanabria, al ser interrogada por el Despacho, precisó "...Que cuando perdió sus bebés su reacción fue difícil, que no se puede describir, que su hija de 18 años es del mismo padre; que la reacción de su hija fue difícil porque los quería mucho, y soñaba algo bonito (...)"

Por lo anterior, este Juzgado logra evidenciar sin mayor esfuerzo, el sufrimiento, congoja, aflicción, tristeza y desolación padecida tanto por la señora Flor Mireya Caro, como por los demás demandantes, al ver frustrado su ideal de familia, así como el proyecto de vida junto a los bebés que desafortunadamente murieron en el vientre de la madre.

Ahora bien, respecto de los daños morales padecidos por el señor Darío Torres Muñoz y su menor hija Jeimmy Tatiana Torres Caro, el despacho considera oportuno realizar las siguientes precisiones:

A folio 34 del cuaderno principal, obra acta de declaración extraproceso de la Notaría Segunda del Círculo de Ramiriquí, levantada el 12 de diciembre de 2012, en la que se dejó constancia que el señor DARIO TORRES MUÑOZ y la señora FLOR MIREYA CARO SANABRIA, conviven en unión marital de hecho y bajo el mismo techo, desde hace 17 años, y que en esa unión fueron procreados JEIMMY TATIANA TORRES CARO.

De conformidad con el artículo 4º de la Ley 979 de 2005 "Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes", la existencia de esta clase de unión se declara por escritura pública ante notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes, por acta de conciliación suscrita en centro legalmente constituido, o por sentencia judicial.

No obstante, el H. Consejo de Estado ha aceptado algunos medios probatorios para acreditar la existencia de perjuicios morales, en tratándose de una unión marital de hecho, en casos precisos como el que en esta ocasión ocupa al Despacho. En sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera, de 28 de agosto de 2014, Expediente 28804, M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, sostuvo:

*"Sobre este particular, la Sala advierte que asiste razón a los demandantes para sostener que la relación del señor González Sotomayor con la señora Ramírez Suárez está suficientemente acreditada. En efecto, como se dijo ad supra en el acervo probatorio obra el **testimonio** del señor Miguel Francisco Negrete quien clara y explícitamente reconoce al señor Ramírez Suárez como compañero estable de la antes nombrada, **el certificado de defunción** de la criatura fallecida in utero identificada "González Ramírez Niña" y finalmente, un recorte de prensa del "El Meridiano de Córdoba" en el que figura un reportaje de una página de extensión el que el señor González denuncia las irregularidades en la atención médica prestada a la madre, a las que atribuye el deceso de su hija no nacida. Todas estas pruebas fueron aportadas en primera instancia y resultan suficientes para tener por cierta la calidad de damnificado del señor González Sotomayor por el truncado nacimiento de la criatura que esperaba la señora Ramírez Suárez y así mismo la convivencia de los actores.*

Así, pues, estando probada la convivencia, así como el hecho de que la criatura esperada era reconocida por el señor González Sotomayor como su hija, es necesario inferir su aflicción porque ésta última no nació y por la vejatoria e inaceptable falta de atención a la madre. Esta inferencia podría legítimamente hacerse únicamente sobre la base de la acreditación de la condición del actor de padre de la criatura, ya que es propio de la naturaleza humana el sufrimiento por la muerte o el dolor de los familiares más cercanos. Empero, hay que añadir que en el caso concreto cabría predicar el dolor del señor González Sotomayor, aún cuando no se hubiese probado la unión de hecho, por cuanto el único testigo oído durante el proceso se refirió explícitamente a las perturbaciones emocionales e incluso somáticas padecidas por el demandante a causa de la muerte de la criatura esperada por la señora Amparo Ramírez

Suárez, en las circunstancias de negligencia que ya el a quo declaró probadas (...)" (Negrillas del Despacho).

Entonces, de conformidad con la declaración extra proceso obrante en el expediente, se evidencia que los señores Flor Mireya Caro Sanabria y Darío Torres Muñoz conformaron una unión marital de hecho desde hace 14 años, y que dentro de la misma, fue concebida tanto la menor Jeimmy Tatiana Torres Caro, como consta en el respectivo registro civil de nacimiento (Fl. 35), como los nasciturus; además nótese que el documento referido no fue objeto de objeción alguna por parte de la entidad demandada, ni fue tachado de falso, por lo que resulta ser plena prueba de la unión marital de hecho de los señores Flor Mireya y Darío Torres.

Además, nótese que en el resumen de atenciones de la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIENEGA, obrante a folio 223 del plenario, se dejó registro de que la persona responsable de la paciente Flor Mireya Caro Sanabria, era el Señor Darío Torres Muñoz, cuya relación de parentesco se precisó así: "(esposo)".

Así las cosas dirá el Despacho, que tiene pleno sustento en el material probatorio obrante en el expediente, la aflicción padecida por el Señor Darío Torres Muñoz por la pérdida de oportunidad de su compañera permanente de ser atendida por un médico especialista, cuando se encontraba en embarazo gemelar, y por tanto, de alto riesgo, lo cual aumentaba grandemente la probabilidad de que sus bebés nacieran vivos.

Finalmente, fuerza decir que a folio 35 del plenario reposa registro civil de nacimiento de JEIMMY TATIANA TORRES CARO, en el que se lee que es hija de la señora Flor Mireya Caro y del señor Darío Torres Muñoz; por lo tanto, es claro para el Despacho que Jeimmy Tatiana hacía parte del núcleo familiar que se vio afectado por la pérdida de oportunidad que se analiza, en tanto resulta probado que era hermana de los bebés fallecidos. Lo anterior aunado a lo declarado por su señora madre en audiencia de pruebas líneas atrás referida, según la cual la reacción de Jeimmy Tatiana Torres, ante la situación que atravesaba su madre, fue difícil para la menor, en tanto quería mucho a sus hermanitos "y soñaba algo bonito".

Por lo expuesto, el Despacho, de conformidad con la tabla determinada para el efecto, por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación referida, así como en otras donde adopta la misma posición²⁵, se reconocerá a la señora Flor Mireya Caro Sanabria y al Señor Darío Torres Muñoz, la suma establecida como tope indemnizatorio de estos perjuicios, esto es 100 SMLMV para cada uno, y para Jeimmy Tatiana Torres Caro, la suma correspondiente a 50 SMLMV.

5.2.4.4. Medidas de reparación integral por daño a bienes constitucionalmente protegidos.

Atendiendo el margen trazado al respecto por la Jurisprudencia Unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁶, resulta procedente reconocer, aun de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, como sería en el presente caso, el derecho a la salud, el cual ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, como un derecho fundamental autónomo, relacionado directamente con el derecho preciado a la vida, y a la dignidad humana.

En consecuencia, este Despacho adoptará medidas de reparación integral, teniendo en cuenta la actitud omisiva de la ESE PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA ante los requerimientos médicos de la demandante; a pesar de condición de gestante de alto riesgo, lo cual afectó gravemente su derecho a la salud, pues así lo ha señalado el Máximo Tribunal de lo Contencioso en la sentencia de unificación referida:

"(...) lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género. En efecto, de la revisión de las

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Expediente 26251. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014. Expediente 28804. M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones. Así, por ejemplo según el Instituto Nacional de Salud "los departamentos con las mayores tasas de mortalidad perinatal son Chocó (39 por mil), San Andrés y Providencia (25 por mil), Caldas (25 por mil). La mortalidad perinatal es también relativamente alta en Huila (22 por mil), Vaupés (21 por mil), Cesar (20 por mil), Santander (20 por mil) y Córdoba (20 por mil)"²⁷. Estas cifras son alarmantes si se comparan con los países con índices más altos de mortalidad perinatal en la zona de América Latina y el Caribe, como Haití (25 por cada 1000 nacidos vivos) y Bolivia (19 de cada 1000 nacidos vivos). Iguales consideraciones se pueden hacer en lo relativo a las tasas de mortalidad materna, frente a la cual las estadísticas revelan una notoria correlación entre este fenómeno y los índices de pobreza, siendo especialmente alarmantes los índices observables en el Chocó, los departamentos de la región amazónica y algunos de la zona Caribe, como Córdoba y el departamento de la Guajira²⁸. Por otra parte, el análisis que permiten los Anales del Consejo de Estado, revela que el 28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013, corresponden a fallas en la atención en ginecología y obstetricia, ya sea por deficiencias en la atención en el embarazo y el parto o por la práctica de histerectomías innecesarias. Que un porcentaje tan significativo de las sentencias recientes en materia de responsabilidad médica corresponda a una sola especialidad, debe alertar sobre las deficiencias en la atención que se presta en la misma.

A las anteriores consideraciones hay que añadir que gran parte de los casos propios de la ginecología y la obstetricia no corresponden a situaciones patológicas. En efecto, además de las enfermedades propias del aparato reproductor femenino, la ginecología y la obstetricia tienen por objeto los procesos naturales del embarazo y el parto. No siendo estos eventos patológicos, lo razonable es pensar que su resultado no será la muerte o enfermedad de la madre, tampoco de la criatura esperada. En tal sentido, en muchos (aunque claramente no en todos) de los casos en que se alega la falla médica en ginecología y obstetricia, el desenlace dañoso refleja una mayor irregularidad.

Así mismo, se ha de tener en cuenta que a diferencia de otras ramas de la medicina, la Ginecología guarda directa relación con la dimensión específicamente femenina de la corporalidad. Es la rama de la medicina que se encarga de la atención a la mujer en cuanto mujer y de aspectos tan importantes en la realización del programa vital como la fertilidad y la maternidad. Que entre las muy diversas ramas de la medicina, aquella que se ocupa específica y directamente de la mujer sea justamente la que presenta fallas generalizadas (al menos regionalmente) debe alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino.

A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona (...) (Negrillas del Despacho).

En ese orden, el Despacho ordenará como medida de reparación integral, a la ESE PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, implementar políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos.

5.3. Conclusión

Por todo lo antes expuesto, se declarará administrativa y extracontractualmente responsable a la E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA BOYACÁ, por la pérdida de oportunidad sufrida por los señores FLOR MIREYA CARO SANABRIA, DARIO TORRES MUÑOZ, y por JEMMY TATIANA TORRES CARO, como consecuencia de la negligencia de la entidad demandada en la prestación del servicio de salud a la señora Flor Mireya, quien estando en embarazo de alto riesgo, por su calidad de gemelar, y teniendo más de 4 meses de

²⁷ (Cfr. Instituto Nacional de Salud, "Protocolo de vigilancia en Salud Pública Mortalidad Neonatal y Perinatal Tardía", disponible en línea en la página: <http://www.vigepi.com.co/sivigila/pdf/protocolos/560p%20mor%20perin.pdf>

²⁸ Cfr. Ministerio de Salud y Protección Social, Política Nacional de Sexualidad, Derechos sexuales y derechos reproductivos, "Tablas y Gráficas para el análisis epidemiológico en salud sexual y reproductiva". Informe técnico, Julio de 2014.

gestación cuando la médico tratante se enteró del diagnóstico respectivo, no fue remitida al médico especialista en gineco obstetricia para que procurara una atención acorde con las necesidades de la paciente en cuestión, y brindarle la oportunidad de contar con más elementos que le hiciera posible dar a luz con vida a sus hijas gemelas.

En consecuencia, se ordenara el pago de la suma respectiva como indemnización de los **perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad, o pérdida del chance** al que se ha hecho referencia, en cuantía de 50 S.M.L.M.V. para cada uno de los padres de los nacituros señores FLOR MIREYA CARO SANABRIA y DARIO TORRES MUÑOZ, y 35 S.M.L.M.V., para la hermana de los nacituros JEIMMY TATIANA TORRES CARO. Así mismo, se condenara a la entidad demandada al pago de **perjuicios morales** a los demandantes, ocasionados por la referida pérdida de oportunidad, en cuantía de 100 S.M.L.M.V. para cada uno de los padres de los nacituros señores FLOR MIREYA CARO SANABRIA y DARIO TORRES MUÑOZ, y 50 S.M.L.M.V., para la hermana de los nacituros JEIMMY TATIANA TORRES CARO, y **como medida de reparación integral**, a la ESE PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA, a implementar políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los recién nacidos, como medida no pecuniaria de reparación integral.

De otra parte, y por las mismas razones, se declararan no probadas las excepciones de "Ausencia de nexo causal" y "Culpa exclusiva de la víctima" propuestas por la entidad demandada.

5.4. De las Costas del Proceso

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"ART. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

Al tenor de la norma transcrita, se evidencia que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha pasado de un criterio subjetivo (Artículo 171 del C.C.A. anterior), en el que se debía tener en cuenta la conducta asumida por las partes, para lo cual era necesario según el precedente del Consejo de Estado realizar un **"reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva"**.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio, se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.²⁹

Este criterio, como se evidencia de la lectura de la nueva disposición a pasado a ser de naturaleza OBJETIVA, es decir, que en la nueva normatividad Contenciosa Administrativa, vigente desde el día 2 de julio de 2012, establece que se condena en costas a la parte vencida, al tenor de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, independientemente de su intención o de la conducta desplegada en el proceso.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 366 del C.G.P., disposición que igualmente adoptan un criterio objetivo para la liquidación de las costas, para que procedan las mismas se exige que:

- a) Aparezcan comprobadas
- b) Hayan sido útiles
- c) Que correspondan a actuaciones autorizadas por la Ley

²⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 18/02/99, Exp. 10775, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Con base en lo anterior, si bien el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, también lo es que la decisión debe sujetarse a las exigencias de comprobación, utilidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad del gasto.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, en primer lugar se establece que ésta debe ser asumida por la parte demandada E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA (Parte vencida en el proceso); y en segundo lugar, considera el Despacho que se evidencia la causación de costas, las cuales están debidamente acreditadas en el proceso; toda vez que la parte demandante canceló el valor de los gastos del proceso, y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que la representara en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Respecto a las Agencias en derecho, debe decirse que es la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa. a cargo de quien pierda el proceso, las cuales deben ser fijadas por el Juez en la Sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

En cuanto a las tarifas o al valor de las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de ese mismo año, procedió a establecerlas, señalando en el artículo sexto del primero de los Acuerdos referidos, específicamente en el numeral tercero, en materia Contenciosa Administrativa, que en los procesos de Primera Instancia, en los que la cuantía está definida se puede fijar por dicho concepto hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta el valor de las pretensiones, así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por la parte demandante y su apoderado (Presentó la demanda, canceló los gastos del proceso, asistió a la Audiencia Inicial y a las de pruebas), se fija como Agencias en Derecho en el presente asunto la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia. Por Secretaría liquidense las costas.

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA las excepciones denominadas "*Ausencia de nexo causal*" y "*Culpa exclusiva de la víctima*" propuestas por la apoderada de la entidad demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA**, por los perjuicios ocasionados a los señores **FLOR MIREYA CARO SANABRIA, DARIO TORRES MUÑOZ**, y a **JEIMMY TATIANA TORRES CARO**, señalados en la parte motiva de esta providencia

TERCERO.- CONDENAR a la **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA** a pagar a los señores **FLOR MIREYA CARO SANABRIA, DARIO TORRES MUÑOZ**, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, y a **JEIMMY TATIANA TORRES CARO** la suma correspondiente a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de indemnización de los perjuicios ocasionados por la pérdida de oportunidad a la que se hizo referencia en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- CONDENAR a la **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA** a pagar a los señores **FLOR MIREYA CARO SANABRIA, DARIO TORRES MUÑOZ**, la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno, y a **JEIMMY TATIANA TORRES CARO** la suma

Medio de Control: Reparación Directa
Proceso No.: 150013333012-2013-00019-000
Demandante: Flor Mireya Caza Sanabria y otros
Demandado: E.S.E. Puesto de Salud de Ciénega - Boyacá

correspondiente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de perjuicios morales.

QUINTO.- ORDENAR a la **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA** diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de ginecología y obstetricia y así minimizar los eventos de muerte perinatal.

SEXTO.- La **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA** dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

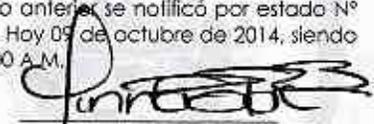
SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a la **E.S.E. PUESTO DE SALUD DE CIÉNEGA** y a título de Agencias del Derecho, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia, a un 3% del valor de las pretensiones concedidas en la presente. Líquidense por secretaría.

OCTAVO.- En firme, para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EMILSEN GELVES MALDONADO
Juez

Ⓢ Sentencia Concede Pretensiones 2013 - 00019-000

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**
El auto anterior se notificó por estado N°
38 de Hoy 09 de octubre de 2014, siendo
las 8:00 A.M.

SECRETARIA

*Consejo Superior
de la Judicatura*