CIUDAD Y FECHA	**Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)**
REFERENCIA	**Expediente No. 11001333603420180037200**
DEMANDANTE	**ALEXANDER DAVILA TROYA, HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, LAURYS PAOLA DAVILA RUEDA, CLAUDIA ESPERANZA PEÑA URREGO y CARMEN ROSA TROYA RIVERA.**
DEMANDADO	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA– DIRECCIÓN DE SANIDAD y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL**
MEDIO DE CONTROL	**REPARACION DIRECTA**
ASUNTO	**FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACION DIRECTA iniciado por ALEXANDER DAVILA TROYA, HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, LAURYS PAOLA DAVILA RUEDA, CLAUDIA ESPERANZA PEÑA URREGO y CARMEN ROSA TROYA RIVERA contra NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA– DIRECCIÓN DE SANIDAD y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La DEMANDA

DEMANDANTES	**CALIDAD**
HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA	MADRE
CLAUDIA ESPERANZA PEÑA URREGO	ABUELA MATERNA
ALEXANDER DAVILA TROYA	TERCEROS DAMNIFICADOS
LAURYS PAOLA DAVILA RUEDA	
CARMEN ROSA TROYA RIVERA	

1.1.1. PRETENSIONES

Como consecuencia de lo anterior, se solicita acuerdo conciliatorio en relación con los siguientes daños y perjuicios:

"Por virtud del fallo condenatorio se declare a LA NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO NACIONAL - HOSPITAL MILITAR CENTRAL ADMINISTRATIVAMENTE responsable de muerte del menor BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR, quien naciera vivo y muriera tres horas después por meconios en los alveolos al haber ingerido antes de nacer su propia materia fecal por haberse pospuesto el parto de manera injustificadas más de 3 días por parte de los profesionales médicos del Hospital Militar, según hechos registrados el 9 de septiembre de 2016 en el Hospital Militar Central, en la ciudad de Bogotá y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a cada uno de los convocantes.

1º. POR PERJUICIOS MORALES. De conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y en consonancia con los planteamientos de la última variación jurisprudencial, se solicita para cada uno de los convocantes, CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, al precio que tenga el salario a la fecha de la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación prejudicial. A efectos de acreditar el PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, en relación con este tema, haremos referencia a algunas decisiones de nuestra Colegiatura Mayor en lo Contencioso Administrativo, así: De manera reiterativa, ha dicho el Honorable Consejo de Estado que el perjuicio

moral puede ser acreditado aun INDICIARIAMENTE, "…construyendo la prueba indirecta, mediante la aplicación de reglas de la experiencia" ""Ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, fundada en principios de justicia y equidad que probada una relación de parentesco cercano entre dos personas, puede presumirse la existencia de vínculos de afecto y alianza, y que, al causarse un daño a una de ellas, también la otra resulta afectada. De esta manera y con base en las reglas de la experiencia, se construyen indicios sobre la existencia y aun la intensidad del perjuicio moral: por ser lo común, puede inferirse que los familiares cercanos se aman entre sí, y sufren los unos con la ausencia o padecimiento de los otros. Y dado que estas reglas pueden subvertirse, en situaciones concretas, no obsta al razonamiento anterior la demostración de circunstancias especiales que permitan llegar a conclusiones contrarias a las que se obtendrán en aplicación de aquellas." "Estas circunstancias especiales, obviamente, deben ser de tal naturaleza que resulten demostrativas de una situación excepcional, es decir, deben tener la virtud de quebrantar la regla general. En estas condiciones, sólo circunstancias que permitan concluir que, a pesar del parentesco, no existen tales vínculos de afecto y alianza, pueden llevar al juez a la convicción de que el daño no se produce o su intensidad es inferior a la del que, generalmente, sufren quienes se encuentran en las mismas condiciones de familiaridad." Posteriormente, el 29 de enero de 2004, señaló: "Esta Sala ha expresado, en otras ocasiones, que, demostrada las relaciones de parentesco muy cercanas entre la víctima directa del daño, que resulta muerta, y los demandantes, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que estos tenían un nexo afectivo importante con aquella, que determinaba la existencia de lazos de alianza y solidaridad de ellos. Por esa razón, se ha considerado que, en la mayor parte de los casos, con base en la prueba del parentesco, puede inferirse la afectación espiritual y el profundo pesar sufrido por los actores, de modo que dicha prueba puede considerarse suficiente para acreditar indiciariamente la existencia y la intensidad del perjuicio moral reclamado".

Esta posición jurisprudencial, continúa aún vigente, concluyéndose que una vez demostrado el parentesco y reforzado con la prueba testimonial, se deben aplicar los máximos jurisprudenciales, que para los hermanos es de 50 salarios para cada uno. Las Sentencias que a continuación se relacionan dan fe de su aplicación: la primera, mediante la cual fue revocada sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño; y, la segunda, corrió la misma suerte en relación con el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Veamos: "En este caso, el Tribunal Administrativo de Nariño condenó a la entidad demandada a pagar, a favor de los padres de Fabio Arcos Muñoz, 800 gramos de oro fino por concepto de perjuicios morales, cuantía que en criterio de los recurrentes debe ser aumentada a 1.000 gramos de oro dado el vínculo familiar existente entre personas que ostentan dicho grado de consanguinidad y teniendo en cuenta las pautas señaladas sobre el particular por el Consejo de Estado. Advierte la Sala que en este caso se encuentra debidamente acreditado el parentesco alegado por los demandantes respecto de la víctima. En efecto, obra en el proceso el certificado del registro civil de nacimiento de Fabio Arcos Muñoz, el cual indica que era hijo de los señores Segundo Juan Arcos y Aura Muñoz. A su vez, se encuentra acreditado el dolor sufrido por los padres del menor a raíz de la muerte de su hijo menor, con las declaraciones de los señores Marco Antonio Arcos Gallardo, Javier Edison Arcos Muñoz, Yoni Hernando Arcos Muñoz, Hildebrando Leyton Bolaños, quienes dieron cuenta de los lazos de amor existentes entre el menor Fabio Arcos Muñoz y sus padres y de los sentimientos de dolor y angustia que les produjo a estos demandantes la muerte de su hijo, de forma tal que en este caso se encuentra acreditado el daño moral reclamado por ellos y la magnitud del mismo, toda vez según las máximas de la experiencia que entre personas que ostentan dicho grado de consanguinidad los vínculos son más fuertes y en consecuencia la muerte de uno de ellos causa un gran dolor en el otro (Fls. 185-190, 201 c. ppañ.). Acerca de la cuantía de las indemnizaciones procedentes respecto de los perjuicios morales, la Sala ha sostenido que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en salarios mínimos legales mensuales vigentes y que en cada caso corresponderá a éste, dadas las condiciones del caso concreto y según su prudente juicio, establecer el monto de la misma para lo cual se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales en los eventos en los cuales el daño presente su mayor grado de intensidad, lo cual ocurre respecto de los padres que pierden a un hijo. En efecto, la Sala considera, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, que la muerte de un hijo produce un dolor muy grande en los padres que, en algunos casos, puede ser irreparable porque el vínculo que se mantiene entre unos y otros es muy estrecho, más aún si como ocurrió en este caso se trata de quien todavía no alcanzaba la mayoría de edad, que estaba en pleno desarrollo de su juventud, que no tenía problemas médicos que hicieran probable o previsible

su muerte y que aún convivía con sus padres, circunstancias éstas que revisten mayor notoriedad en el dolor de un padre que no prevé bajo circunstancia alguna la posibilidad de perder a un hijo por un hecho irregular que es atribuible a la Administración Pública. Por lo anterior, la Sala considera que les asiste razón a los demandantes y, en consecuencia, se modificará la condena impuesta por el Tribunal y se condenará a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales 100 SMLMV para cada uno de los padres de la víctima, señores Segundo Juan Arcos y Aura Muñoz Bravo. También se modificarán las condenas impuestas en gramos de oro fino a favor de los abuelos y la hermana de la víctima por ese mismo concepto, sin estudiar el fondo del asunto por carecer la Sala de competencia para ello toda vez que no se formuló recurso de apelación en relación con ese aspecto, en razón a que, como se anotó, esta Sala abandonó la aplicación de los criterios según los cuales se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por esta clase de perjuicios y consideró procedente que la valoración se hiciere en salarios mínimos legales mensuales, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia.".

"La Sala accederá al reconocimiento de los perjuicios morales pretendidos por los demandantes en la cuantía equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos. Frente a la señora LUZ MARINA LAFAUX CUERO, quien no prueba 'de forma idónea la condición de hija de la causante con el respectivo registro civil de nacimiento, pues adjuntó como prueba de tal condición la partida eclesiástica de bautismo, se le reconocerá la suma equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta que las afirmaciones contenidas en el documento aportado resultan ser un indicio concluyente sobre él. parentesco entre la fallecida y ella en condición de demandante sumado a que, de las pruebas recaudadas en la actuación, se infiere que la fallecida señora Anatilde Cuero, tenía 8 hijos a la fecha en que entró al Hospital para iniciar el trabajo de parto de su hijo No. 9 quien iba a nacer, al proceso concurren nueve hijos y su esposo encontrándose de esa forma completo e! núcleo familiar aludido en los documentos de prueba, por otra parte, a lo largo del proceso, la parte demandada en ningún momento adujo la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Luz Marina Lafaux Cuero.".

Recientemente, en sentencia del año 2010, reiteró el Honorable Consejo de Estado, que la indemnización proviene del parentesco, sin discriminación alguna, en lo relativo a los hermanos: "La prueba de la relación de consanguinidad permite suponer la existencia de afecto y unión entre el occiso, sus padres, sus hermanos y sus abuelos. La jurisprudencia ha considerado que el daño corporal de alguno de los miembros de la familia afecta a los demás, en lo que concierne al perjuicio moral. Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moran en los demandantes con ocasión de la muerte de su hijo, hermano y nieto, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad. Las reglas del común acontecer, y la práctica científica han determinado de manera general, que cuando se está ante un atentado contra la integridad física o psíquica de un ser querido, se siente aflicción. En efecto, en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, se consideró: ""En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venía aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de Derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad

responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes". La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del c.c., que es del siguiente tenor: En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van él expresarse y en el orden que sigue: 1º. Los descendientes legítimos; 2º. Los ascendientes legítimos;" "… " "Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, ascendientes, descendientes o colaterales. (Subrayas fuera del texto) Así las cosas, como la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción propiciada a los demandantes por la muerte de su pariente, padres, hermanos y abuelos, en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los registros civiles, y certificados, allegados al proceso, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales, se les llama "inferencias"; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógicadeductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas." "… "En ese orden de ideas, respecto de los gramos de oro solicitados como indemnización se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2009 y se condenará, a la demandada, a pagar la suma equivalente a 100 salarios a los padres de la víctima, y 50 a cada uno de los hermanos y abuelos. Lo anterior, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la muerte de un niño de 12 años en un accidente de tránsito."

1.1.2. *Finalmente, insiste este apoderado en el contenido de la sentencia T-441 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional, señaló que el desconocimiento del precedente, torna inconstitucional la decisión judicial, por cuanto desconoce los principios de igualdad y seguridad, aunque los jueces ordinarios gozan de un razonable margen de apreciación, cuya intensidad es mayor frente a los asuntos fácticos y decrece frente al propio precedente y termina en la sujeción al precedente de los órganos de cierre y al que, en materia constitucional, fije la Corte Constitucional. Precisamente el 14 de marzo de 2012, la Subsección C, de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado reiteró la jurisprudencia vigente al pronunciarse en contra de la aplicación del test de proporcionalidad, que ha aplicado insularmente una de las subsecciones: En relación con el perjuicio moral, la Sala de manera reiterada1 ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral. En ese orden de ideas, habrá lugar a reconocer, vía presunción de aflicción, perjuicios morales a favor de los demandantes quienes ostentan la condición de padres y hermanos del occiso. Así las cosas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previa aclaración de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, y ha considerado que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y con apoyo en el arbitrio juris, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado. De manera que, la Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera– sobre la materia, según la cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra*

a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en la reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. En esa línea de pensamiento, la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral, por las siguientes razones: Los perjuicios morales no pueden ser objeto de ponderación, toda vez que: i) en su liquidación no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ii) tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley, y iii) el daño moral constituye una lesión a la órbita individual e íntima del ser humano, razón por la cual no es susceptible o pasible de ser fijada a establecida a través de un criterio de proporcionalidad, puesto que, se insiste, el dolor o la aflicción no son conmensurables. Así las cosas, el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar: "El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera: "1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. "2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que reviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. "3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. "Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional. "Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el Tribunal Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad. "(…) El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación." 2 (Se destaca). De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodológico

que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser "adecuada" para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la más "benigna" entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último subprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben "compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad". De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el principio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad. En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado: "Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. "Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige."3 Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, como quiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a través de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez y la concreción de la norma para el caso concreto, tales como que la disposición posterior prevalece sobre la anterior, la especial sobre la general, etc. Ahora bien, como desde la teoría jurídica y la filosofía del derecho, los principios y los derechos fundamentales tienen igual jerarquía constitucional, no es posible que uno derogue o afecte la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes. La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos: "Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro… Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso." En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad en sede de la tasación del daño moral no está orientado a solucionar una tensión o colisión de principios o de derechos fundamentales, y menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador. Así las cosas, la defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad para la determinación y cuantificación del daño moral parte de un argumento que confunde el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. "El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho. "Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relievar que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un

campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia. "Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos sub specie juris, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales." Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquélla potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala: Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, que por su importancia se trascribe, in extenso: "2. El daño moral, configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos, proyectándose en bienes de inmesurable valor, insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo, ya por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial. "El ordenamiento jurídico en cuanto base estructural indisociable de un orden justo, la paz, la justicia y la armónica convivencia en la vida de relación, encuentra por centro motriz al sujeto de derecho, sea físico, ora jurídico, dotado de personificación normativa, derechos e intereses, libertades, garantías, y deberes. "El sujeto iuris, es summa de valores disímiles dignos de reconocimiento y tutela, cuya lesión entraña la responsabilidad de quien lo causa, o sea, el deber legal de repararlo. "De acuerdo con una opinión jurisprudencial bastante difundida, el daño podrá recaer sobre bienes susceptibles per se de evaluación pecuniaria inmediata u objetiva o respecto de "intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica" (C. M. Bianca, Diritto civile, vol. 5, La responsabilità (1994), reimpresión, Milán, Giuffrè, 1999, p. 166), esto es, afectar valores vitales, consustanciales, inmanentes e intrínsicos del sujeto, inherentes a su personalidad y esfera afectiva, ora extrínsecos y externos al mismo, es decir, ostentar naturaleza material (Dommages matériels), ora inmaterial (Dommages immatériels), bien patrimonial (Vermögensschaden), ya extrapatrimonial (nicht Vermörgensschaden). "3. El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, "que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo" (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103- 006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturalezn de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo "de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso" (Renato Scognamiglio, voz Danno morale, en Novissimo Digesto italiano, vol. V, Turín, Utet, 1960, p. 147; ID., Il danno morale, Milano, 1966; El daño moral- Contribución a la teoría del daño extracontractual, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Antares, Bogotá, 1962, pp.14 ss.), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño. "En efecto, el daño moral, aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial. "En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se

1.1.3. ***POR DAÑOS A LA SALUD, ANTES LLAMADOS ALTERACIÓN A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA.*** *Se solicita para cada uno de los padres, hermana y abuelas del menor fallecido*

indemnización por este rubro, toda vez que se encuentran afectados en su vida socio familiar, como consecuencia de los gravísimos daños ocasionados a la salud de BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR, situación que "Sin duda produjo una alteración importante en las posibilidades y expectativas de vida de estas… personas – padres y hermano- que debe ser compensada por la entidad pública demandada, pues sólo de esta manera se logrará una reparación integral de los perjuicios derivados del daño a ella imputado". Así las cosas, este daño ha venido siendo reconocido en reiterada jurisprudencia de nuestro Colegio Mayor, destacando varias de ellas y sobre todo una reciente5 , en la que se modificó el concepto de este daño por el de "DAÑO A LA SALUD", determinado como aquel "que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica", reduciéndose a una categoría en "los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista a una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Art. 49 CP) para determinar una indemnización por ese aspecto…". En este último pronunciamiento se reconoce expresamente la importancia de la noción de este tipo de perjuicio por "Daño a la salud", toda vez que ""además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio –de origen psicofísico-, también proporciona al Juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio;…" No obstante la anterior precisión, el Honorable Consejo de Estado, señaló que en este perjuicio se encuentran incluidas la Alteración a las Condiciones de existencia. Indudablemente, el complejo familiar se ha visto afectado ante el intempestivo acontecimiento, por la muerte del neonato, con las gravísimas dificultades que se desprenden por su desplazamiento desde el municipio de Ubalá hasta Bogotá. Con sobrada razón, en Sentencia que se cita, haciendo referencia a los padres y hermanos, consideró tan Alta Corporación que también procede este tipo de condenas, en aquel caso porque de las pruebas se concluyó que "…se vieron avocados a atender a una persona parapléjica, a pesar de no contar con los conocimientos y la habilidad para ello", posición jurisprudencial que ya había sido fijada en Sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11842. Por las anteriores razones, se solicita para cada uno de los padres, hermana y abuelas del menor fallecido DOSCIENTOS (200) SALARIOS, atendiendo la pauta jurisprudencial que se ha enlistado.

*3º. **POR PERJUICIOS MATERIALES:** Se debe a la Señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA (madre) o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del acuerdo Conciliatorio, indemnización por la pérdida de la ayuda económica – lucro cesante, que dejo de percibir de su hijo fallecido, BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR. Para la liquidación de este daño, se tendrá en cuenta como ya se dijo, el Salario mínimo vigente para la fecha de su liquidación. También serán reconocidos en la estimación de los perjuicios, las mesadas correspondientes a primas, cesantías, vacaciones, y demás emolumentos que constituyan salario, o por lo menos el aumento del VEINTICINCO POR CIENTO (25%) que ha reconocido nuestra Jurisprudencia del Consejo de Estado. La indemnización comprende dos períodos:*

La indemnización comprende dos períodos: EL VENCIDO o CONSOLIDADO, que se establecerá aplicando la siguiente fórmula: S = ra (1 + i)n - 1 i De donde: Ra Renta mensual actualizada según la fórmula anterior. I Interés puro o técnico del 6% anual ó 0.04867 Mensual; como se trabaja con uno y no con 100, en la fórmula ese interés se representa como 0.004867. n Período o mensualidades que comprende la indemnización, desde la ocurrencia del hecho hasta la fecha probable de la ejecutoria del auto que apruebe la liquidación o la sentencia de segunda instancia, si en ella se hiciere. LA FUTURA O ANTICIPADA, se establecerá aplicando la fórmula: S = Ra (1 + i) n i (1 +)n

De donde: S Suma que se busca. Ra Renta actualizada (igual que en la fórmula anterior). I 6% anual ó 0.04867 mensual. N Número de meses a indemnizar (vida probable del beneficiario). El periodo consolidado, se liquida teniendo en cuenta la fecha de los hechos – 02 de mayo de 2011- y la fecha de la presentación de la solicitud de conciliación – diciembre de 2012- para un total de DIECINUEVE (19) mesadas. Partiendo del valor del salario mensual ya descontado el 25% que se presume destinaba la víctima para sus gastos personales y con el incremento del 25% por prestaciones sociales, queda un saldo de $566.700.oo, que multiplicados por 19 nos arroja un gran total de $ 8.075.475.oo, para ser adjudicados a la madre reclamante.

La futura o anticipada, se tasará atendiendo los siguientes factores: (i) la esperanza de vida del fallecido; (ii) la esperanza de vida de la madre reclamante; y, (iii) el salario mínimo mensual legal

vigente. Para establecer el monto de la indemnización, se tendrá en cuenta: (i) BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR,, nació el 9 de septiembre de 2016, tenía al momento de registrarse los hechos – 1 día de nacido, y una esperanza de vida de 70 años, que multiplicados por 12 meses, nos arroja un total 840 mesadas, que multiplicados por el Salario Mínimo $781.242 arroja un total de $656'243.280, para la madre reclamante.

*4°. **POR INTERESES.** Se cancelarán a cada uno de los convocantes, o a quien o quienes sus derechos representaren al ejecutoriarse el auto aprobatorio de la conciliación, los intereses que se generen a partir de la fecha de la ejecutoria de dicha providencia. De conformidad con el art. 1653 del C.C. todo pago se imputará primero a intereses. En cuanto a los intereses se observarán las siguientes normas: el art. 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone "Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una taza equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inc. 2 del art. 192 de este código o el de los cinco (05) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la taza comercial" (inc. 4 art. 195); y el art. 192 de la misma codificación que señala que las cantidades liquidas reconocidas en la sentencia o en el auto que apruebe conciliación "devengarán intereses moratorios" a partir de la ejecutoria de la sentencia o del auto (inc. 3 art. 192)"*

1.1.4. HECHOS:

1.1.4.1. El día 20 de octubre de 2014, los demandantes ALEXANDER DAVILA TROYA y HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, iniciaron una relación sentimental de convivencia mutua que tiempo después se convirtió en una relación marital de hecho, fijando su lugar de residencia en el municipio de Gachetá.

1.1.4.2. Tiempo después decidieron de manera consensuada tener un bebe para lo cual dese el mes de agosto de 2015 iniciaron el proceso, luego de una larga espera en el mes de enero de 2016 ante los cambios anatómicos y fisiológicos presumieron que ya la señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, se encontraba en estado de embarazo, razón por la cual asistieron al dispensario del Batallón Energético y Vial Nº 13 acantonado en el municipio de Gachetá para sacar cita médica y siendo atendida por la médica de turno, quien le recomendó que se hiciera un examen de orina particular por cuanto el centro médico militar no contaba con bacterióloga, la mandó regresar el 15 de enero de 2016.

1.1.4.3. El día 15 de enero de 2016, HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, se realiza la prueba de embarazo que sale positiva, en este momento regresa a cita médica en el dispensario de del Batallón.

1.1.4.4. El día 20 de enero de 2016, acude de nuevo a cita médica, pero la doctora le vuelve a decir que siguen sin bacterióloga, motivo por el cual no le puede ordenar exámenes de laboratorio para determinar el embarazo y el estado tanto de la madre como del bebe en gestación, la manda regresar 15 días después.

1.1.4.5. En el mes de febrero de 2016 luego de 15 días de espera regresa al dispensario donde la medica la atiende pero aún no hay bacterióloga y los exámenes de rigor, urgentes y necesarios siguen sin practicarse dos meses después el embarazo, por lo anterior es remitida al Dispensario Norte en la ciudad de Bogotá siendo atendida a finales del mes de marzo, le toman exámenes y le inician controles prenatales (tres meses después de la iniciación del embarazo), le toman examen de sangre y un ultrasonido donde se determina que le bebe se encuentra bien.

1.1.4.6. A la señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA le fue diagnosticado pobre control prenatal a las 19.03 semanas de gestación, lo cual es criterio médico para diagnosticar embarazo de alto riesgo y se debe tratar de inmediato como tal.

1.1.4.7. El 6 de abril de 2016 le diagnosticaron embarazo DE ALTO RIESGO.

1.1.4.8. El día 07 de septiembre de 2016, con un tiempo de embarazo de 40,5 semanas de embarazo la señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA consultó por presentar disfagia y parestesias en los miembros inferiores durante bipedestación, además de sensación de fiebre, para ese mismo día aparece anotación en la historia clínica de embarazo a término con alto riesgo obstétrico.

1.1.4.9. Ese mismo día o sea el día 7 de septiembre de 2016, no obstante el diagnostico de alto riesgo obstétrico, y que la paciente refiere sintomatología los médicos autorizan el egreso hospitalario y la citan al día siguiente esto es el 8 de septiembre de 2016, para la inducción del trabajo de parto; desconociendo los protocolos y procedimientos de las autoridades sanitarias que recomiendan mantener a la madre gestante en trabajo de parto con embarazo de alto riesgo internada dentro del centro hospitalario y así evitar riesgos al feto.

1.1.4.10. El día 8 de septiembre de 2016, la señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, ingresa y refiere actividad uterina – en la historia clínica los signos vitales están incompletos, falta la temperatura la cual es imprescindible en cualquier ser humano y cobra mayor importancia en una mujer en estado de gestación.

1.1.4.11. Este mismo día 08-09-2016- se evidencia que el diagnostico dado en el folio es de embarazo normal, contrario al que ya se había dado por escrito como embarazo de alto riesgo el día 6 de abril de 2016

1.1.4.12. A las 12.35 le aplican el primer ciclo de oxitocina, para inducir el parto.

1.1.4.13. El día 08-09-2016 a las 12.11 am., la historia clínica está de nuevo incompleta para los signos, no aparecen la temperatura ni la saturación de oxígeno. Además de esa falencia en la Historia clínica dice que la paciente tiene un Glasgow de 0/15, lo cual significa que la persona está muerta. Los signos vitales son el criterio más importante para tomar decisiones acerca de las intervenciones que se realizaran a un paciente, y si estos se encuentran incompletos o erróneos así mismo se tomaran decisiones equivocadas.

1.1.4.14. El día 09 de septiembre de 2016 a las 06:00 am, se inicia nuevo ciclo de oxitocina.

1.1.4.15. El mismo día 09-09-2016, a las 2:33 pm, en la historia clínica de anestesia de nuevo no aparece la temperatura ni la saturación de oxígeno al inicio del procedimiento y otra vez con diagnóstico de embarazo normal.

1.1.4.16. A las 4:15 pm, la paciente rompió membranas y se evidencia un meconio grado 3 y la monitoria fetal presentó desaceleraciones hasta 70, por lo que deciden pasarla a cesárea.

1.1.4.17. A las 4.45 pm, el procedimiento de cesárea no se había iniciado, aunque ya se sabía y había la certeza que tenía que comenzar desde las 4:15 pm

1.1.4.18. A las 3:25 pm; (con inconsistencia de la hora, es posterior a las anotaciones anteriores rompiendo el orden cronológico), nace un bebe masculino que llora al nacer con meconio y circular en el cuello (significa presencia de materia fecal en el líquido amniótico), además de una placenta pequeña con calcificaciones posterior a la ecografía.

1.1.4.19. La historia previa a cesárea de nuevo no tiene datos de temperatura.

1.1.4.20. El día 11 de septiembre de 2016 a las 11:42 de nuevo hay una historia que evidencia Presión Arterial 1/1, Frecuencia Cardiaca 1; Frecuencia Respiratoria 1; temperatura 1, Saturación de oxigeno 1 y Glasgow 1/15. En términos médicos estos signos vitales en una persona con vida no son posibles.

1.1.4.21. En la autopsia se evidencia meconios en los alveolos.

1.1.4.22. La presencia de meconios en los alveolos, son prueba de que el bebe al pasarse de tiempo defecó dentro del vientre materno y bronco aspiró esa materia fecal, hecho por el cual nació con meconio, hecho que le causó la muerte, instantes después de nacer.

1.1.4.23. A las 01:55 pm, tenía un AC06 1 y a las 4 :15 la monitoria salió mal. En un embarazo de alto riesgo no se puede esperar casi 3 horas para tomar monitorias fetales, debe haber una monitorización continua.

1.1.4.24. La autopsia determina como "CAUSA DE LA MUERTE "SUFRIMIENTO FETAL AGUDO"

1.1.4.25. Así la historia clínica determina que:

"COMENTARIO

Producto de madre primigestante, sin controles prenatales quien ingresa con embarazo por FUR de 41 semanas, con retraso del crecimiento intrauterino evidente por peso al nacer, quien presenta durante trabajo de parto obteniendo por cesárea de emergencia, recién nacido masculino de 2675 gr y 53 cm de talla, con meconio grado III, y que es valorado en UCIN durante tres horas posteriormente presenta falla ventilatoria y muere. Los hallazgos de autopsia muestran cuerpo de recién nacido con bajo peso para la edad gestacional y evidencia de pulmones con moderada cantidad de materia meconial intraalveolar, cambios relacionados con sufrimiento fetal agudo, y hemorragia intraalveolar discreta la placenta presente vellosidades del tercer trimestre maduras, con corioangiosis, hiperplasia de vellosidades distales, aumento de nudos sincitiales y áreas de infarto menor al 5%, hallazgos relacionados con mala perfusión del lecho materno.

1.4.1.26. Con fecha 12 de febrero de 2018 y el 12 de octubre so solicitó a la demanda Hospital Militar Central la entrega de copias de la Historia clínica del menor BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR, sin fallecido sin obtener respuesta positiva, razón por la cual fue imposible estudiarla y motivar de mejor manera esta demanda en cuanto a las fallas del servicio y negligencias médicas presentadas con motivo del nacimiento y posterior fallecimiento del menor BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR.

1.4.1.27. Que la falla en el servicio se configura cuando el cuerpo de médicos del Hospital Militar demoran de manera injustificada la demora en practicar la cesárea, pues los eventos fueron descuidados y negligentes en su actuar, la paciente ingresa y le diagnostican embarazo a término, estando en este estado le dan salida y le ordenan regresar al día siguiente (los protocolos del Ministerio de salud y del Instituto Nacional de salud; establecen que la madre no puede salir del centro médico), regresa al día siguiente y le aplican oxitocina para acelerar el parto, no le hace efecto, al día siguiente vuelven y le aplican por la mañana y tampoco le hace efecto, por lo cual a las 4 pm deciden realizarle la cesárea, la cual fue practicada 4 horas después, esta demora fue las que hizo que el feto llagado a término defecara dentro del vientre de la madre y bronco aspirara materia fecal, lo cual le produce al bebe meconio grado III, hecho que genero la muerte del recién nacido.

1.4.1.28. El día 29 de octubre de 2018, se agotó vía gubernativa ante la Procuraduría 11 Judicial II de la ciudad de Bogotá.

1.2. La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

DEMANDADO	CALIDAD
MINISTERIO DE DEFENSA	DEMANDADO PRINCIPAL
HOSPITAL MILITAR CENTRAL	
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	LLAMADA EN GARANTIA

1.2.1. CONTESTACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA: *Me opongo a la declaratoria de responsabilidad administrativa de la Nación- Ministerio de Defensa – Dirección de Sanidad Ejército Nacional, teniendo en cuenta que en el presente caso se observa para el caso que ha imperado la* ***FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA,*** *toda vez que el deceso del bebe* ***Ocurrió en el HOSPITAL MILITAR CENTRAL (ver hecho 27 de la demanda)*** *lo cual rompe el nexo de causalidad y en nada toca la esfera de responsabilidad de SANIDAD del EJERCITO NACIONAL, pues ninguna actuación suya, positiva o negativa por acción u omisión ha generado un daño.*

1.2.2. CONTESTACION HOSPITAL MILITAR CENTRAL: *Me opongo a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y legal toda vez que el Hospital Militar Central a través de sus Médicos generales, así como de los facultativos especialistas en Ginecoobstetricia puso a disposición de la señora Esperanza Salazar Peña y de su hijo recién nacido, todo el equipo técnico y humano con el que cuenta para atender el parto del hijo de aquella.*

Y llamo en garantía a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA COOPERATIVA

1.2.3. El LLAMADO EN GARANTÍA manifestó: *"Me opongo a todas las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, por cuanto, en el presente caso no se demuestra responsabilidad alguna del Hospital Militar Central, tan solo se habla del fallecimiento del paciente, sin que se demuestre cual o cuales son las fallas imputables a la citada institución y de las cuales puede derivarse algún tipo de responsabilidad.*

A la declaración de responsabilidad del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, ME OPONGO, pues no existen razones de hecho o derecho que permitan tal declaración, pues se brindó la atención oportuna y necesaria para la labor de parto de la señora HASBLEISY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, sin que se demuestre la falla médica de la cual poder derivar responsabilidad de la citada entidad"

EXCEPCIÓNES PROPUESTAS		
QUIEN LA PROPONE	***TITULO***	***CONTENIDO***
NACION – MINISTERIO DE DEFENSA	***FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZAS MILITARES EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA***	*ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares _ permanentes constituidas por el Ej6rcito, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrían como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinar£ el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio. ARTICULO 218. La ley organizara el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*

		En relación con la Legitimación en la causa por pasiva el H. Consejo de Estado ha señalado: *"En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas.* *Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso", de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.* *Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.* *Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:* *"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las, adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"11. Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquel es que si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo ataco no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo - no el procesal si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negaran las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuye no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.-*
	DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO CLAUSULA GENERAL	*El art. 2° la Constitución Política establece: "Son fines esenciales del Estado, servir a la Comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) Las autoridades de la Republica 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".* *La responsabilidad del Estado que genera reparación o indemnización de perjuicios, es la que se deriva de la acción o la omisión de las autoridades que hayan causado un daño antijuridico, según se desprende del art. 90 de la C. Política; luego, no todo daño que puedan sufrir los administrados tiene vocación indemnizatoria, según lo ha sostenido en numerosos pronunciamientos el Consejo de Estado y así se deduce fácilmente del texto constitucional.*

		En materia de Responsabilidad Extracontractual patrimonial del Estado y en virtud del mencionado artículo 90, para que se pueda condenar a la administración por el daño ocasionado, es indispensable determinar una serie de presupuestos entre ellos el más importante cual es el daño y cuya definición se da en los siguientes términos a saber: *El concepto de daño antijuridico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijuridico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estarla en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).* *La interpretación entonces que se ha dado, es que el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado es predominantemente objetivo, en cuyo evento al demandante le corresponde probar el daño y la relación causal, y el demandado podré£ exonerarse al demostrar causa extraña, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. En ese orden de ideas, para que proceda la declaratoria de responsabilidad debe estar demostrado dentro del proceso, o existir elementos probatorios de los cuales se deduzca con un grade alto de certeza que el estado a través de sus agentes causó el daño.* *En consonancia con lo anterior, sería entonces necesario examinar si el daño cuyo indemnización se pretende, se causó por una falla del servicio, por la exposición de la persona a un riesgo excepcional o por la causación de un daño especial, anormal, extraordinario, en el ejercicio de una actividad lícita o en el cumplimiento de sus funciones, todo con el fin de precisar a quien corresponde la carga probatoria, que elementos debe probar cada uno de los extremes de la litis, y cuáles son las causales eximentes de responsabilidad.* *Subsumiendo el caso en concrete, se precisaría el título de imputación, donde estaría el régimen común de la falla del servicio, el cual supone un incumplimiento imputable al Estado de sus obligaciones en proteger la vida, bienes, honra y demás bienes jurídicos, tal como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. Correspondiéndole al actor probar el hecho, la falla, el daño y el nexo de causalidad. Tal y como lo señala en el concepto de violación la parte demandante. Por su parte, es fundamental que el daño sea imputable al Estado, que exista un título jurídico de imputabilidad que permita atribuirle a la entidad la obligación de resarcir el daño por las acciones y omisiones que generaron ese daño. Se habla entonces de responsabilidad i) de naturaleza objetiva (tales como el daño especial o el riesgo excepcional) y ii) por falla del servicio (subjetiva) siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.*
	DEL TITULO DE IMPUTACION EN MATERIA DE FALLA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD	*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el tema* *En casos como el presente en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud, servicios de salud de las FFMM, la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad posición consolidada de la Sala en esta materia aquella gestión la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria.(Negrilla es mía)* *El Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, en sentencia de fecha 26 de mayo de 2006, Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, al respecto dijo:*

		la parte demandante, para lo cual puede acudir a los medios probatorios previstos en el ordenamiento jurídico, entre ellos la prueba indiciaria que generalmente resulta de analizar el contenido de la historia clínica. La jurisprudencia de esta Sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades medico asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos: "Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboro (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió, que para este caso revela que al paciente no se le práctica arteriografía." (...) " ...A su vez, esta Sala se ha pronunciado respecto de — y ahora reafirma— la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, as! como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo. (...)"
	DE LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO ONTOLOGICO PARA LA ATRIBUCION JURIDICA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL AL ESTADO	*La imputabilidad de acuerdo a GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAM6N FERNANDEZ, "es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del poder de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este".* *Como se evidencia en los escritos de la historia clínica todo se realizó dentro de los protocolos y según la evolución del estado del demandante, así como del tiempo que estuvo EN LOS DISPENSARIOS DEL EJERCITO Y EL HOSPITAL MILITAR CENTRAL* *Por parte del Hospital Militar Central se le realizaron las maniobras médicas para el nacimiento del Bebe lamentablemente con resultados funestos.* *En relación con la causalidad el H. Consejo de Estado ha señalado: "CAUSALIDAD - Elemento de la responsabilidad del Estado / CAUSALIDAD - Concepto / DERECHO DE DANOS - Causa / CAUSA - Noción / NEXO CAUSAL - Elemento de la responsabilidad del Estado. Respecto de la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en casos responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones al menos en apariencia dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si precede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concrete, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis factico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente natura listico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada. En consecuencia, no debe desde fiarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el piano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción "no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias*

		naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia. *En el caso específico no existe conducta alguna de la administración que permita inferir acción y/o omisión y que estas hayan contribuido en el daño objeto de pretensión resarcitoria, al no existir ni hecho ni daño por parte de mi prohijada no existe fundamento para ser condenada administrativa y patrimonialmente.*
HOSPITAL MILITAR CENTRAL	***CAUSA EXTRAÑA***	*El resultado final presentado por el paciente se constituiría en una causa extraña generadora del daño pretendido, ya que todo corresponde a las condiciones preexistentes y naturales del organismo del paciente.* *Los Profesionales de Medicina, no causaron ni las enfermedades, ni la evolución de neonato que sufre accidente con circular en cuello causándole asfixia con posterior meconio que además bronco aspira afectando aún más la vía respiratoria hasta llevarlo a su deceso. Ante el inesperado suceso, el mismo fue oportunamente advertido e inmediatamente ordenado y practicada cesárea, sin que se lograra salvar la vida.* *Ocurre que este organismo tiene su propia dinámica, de modo que el médico, aunque puede aproximarse mediante los exámenes que previamente practique en la etapa diagnóstica, nunca sabrá en forma rotunda el comportamiento final sino cuando éste ya se haya producido. El "alea", pues, está presente; y esa dosis de incertidumbre que envuelve todavía a la ciencia médica, impide que el galeno garantice un resultado concreto.* *No puede comprometerse por regla general el médico sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer "solamente lo que esté a su alcance". Obligación de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá entonces de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina.* *Indica la ley de etica médica que:* *"ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, **no irá más allá del riesgo previsto.*** *El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados." (Se resalta)* *Así pues, según lo indica la Ley 23/81, la Responsabilidad del médico **sólo va hasta la advertencia del riesgo previsto**, y en este caso, el manejo del dolor abdominal tipo ardor, con las complicaciones que se conocen, sin ser frecuente la ocurrencia de accidentes cerebro vasculares, pero que en cualquier caso, no son producto de impericia del médico.*
	CASO FORTUITO FUERZA MAYOR	*Sobre el particular, reseña la jurisprudencia que son causales exoneratívas de responsabilidad, máxime si tenemos en cuenta que se trata este caso de la responsabilidad patrimonial de la entidad que represento bajo el título de imputación denominado falla en el servicio.* *Así las cosas, el evento presentado para el caso concreto, aunque ajeno a una impericia o defectuosa atención médica, derivo de situaciones totalmente imprevistas e irresistibles para el galeno tratante.* *Basados en la prueba documental que se aporta a favor de la entidad hospitalaria, recordemos como a lo largo de este memorial, se argumentó que las condiciones clínicas de la paciente lo señalaban con pobre control prenatal y a pesar de ello cuando acude a trabajo de parto, el mismo es monitoreado continuamente logrando así advertir el sufrimiento fetal por lo que es llevada a cesárea con los hallazgos antes anunciados y que se resumen en sufrimiento por circulares en cuello que están catalogadas como un accidente totalmente imprevisible para el cuerpo médico.*

		Todos esos eventos descritos en la historia clínica cumplen las condiciones de imprevisibles e irresistibles, lo que a su vez permite estructurar la causal exonerativa de responsabilidad que se reseña. *Sobre el particular, la jurisprudencia enseña:* *Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público." La imprevisiblidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: "La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado…. Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad". Y la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, "el hecho […] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias". En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos. Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible. Consejo de Estado, exp. 25000-23-27-000-2005-00008-01(16564), 3 de junio de 2010.* *Demostrada la configuración de esta causal exonerativa, se debe concluir, que la pretensión indemnizatoria incoada en el caso bajo estudio, no puede ser acogida, pues en aplicación del Principio de la Buena Fe, debemos considerar como contrario a este postulado, la intención de los demandantes de sacar provecho de una situación adversa, que no tiene que ver nada con la practica de la Medicina, así que, tener en cuenta la pretensión de la accionante implica que se genere un enriquecimiento sin justa causa a favor de ella y un empobrecimiento en cabeza de mi mandante, a todas luces contrario al mencionado Principio.*
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA ENTIDAD COOPERATIVA (LLAMADA EN GARANTIA)	***NO ACREDITACION DEL PARENTESCO POR PARTE DE LOS DEMANDANTES***	*Se afirma en la demanda una relación de parentesco de hijo, del menor a quienes indican por nombre pondrían BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR.* *Ahora bien, al respecto el decreto 1260 de 1970, en su artículo 5 indica:* *"(…) ARTICULO 5o. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonio, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avencidamiento,*

		declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro.(…)" (negrilla Ajena al Texto) *Así las cosas, no hay demostración de la inscripción del menor BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR, con el cual demostrar el parentesco con los demandantes.* *Al respecto el decreto 1260 de 1970, establece, en sus artículos 1 y 5:* *"(…) ARTICULO 1o. . El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.(…)"* *"(…) ARTICULO 5o. . Los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, deben ser inscritos en el competente registro civil, especialmente los nacimientos, reconocimientos de hijos naturales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonio, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avencidamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, así como los hijos inscritos, con indicación del folio y el lugar del respectivo registro.* *Así las cosas., no Se aporta registro civil de nacimiento del menor, para acreditar en el presente proceso el parentesco de los demandantes y por ende no es procedente declarar indemnización a su favor, lo que solicito a la señora JUEZ declarar en la sentencia que ponga fin al proceso.*
	A. DERIVADAS DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL 930-88-9940000004: -NO PRESENTACION DE LA RECLAMACION DENTRO DEL TERMINO ESTABLECIDO EN LA POLIZA, LO CUAL IMPIDE DECLARACION O CONDENA EN CONTRA DE MI REPRESENTADA	*Señor Juez, la vinculación de mí representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOEPRATIVA, se realiza con base en dos contratos de seguro, el primero de ellos el instrumentado en la Póliza 930-88-99400000004, de la cual no se deriva obligación indemnizatoria alguna como se indica en las excepciones que a continuación se proponen, a saber:* *1. NO PRESENTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN, DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO EN LA PÓLIZA, LO CUAL IMPIDE DECLARACIÓN O CONDENA EN CONTRA DE MI REPRESENTADA.* *La presente excepción, la sustento, de la siguiente manera:* *La ley 389 DE 1997, en su artículo 4, autoriza en el contrato de seguro de responsabilidad civil, la introducción de cláusulas denominadas en el derecho de seguros; como cláusulas Claims Made, ellas tienen por finalidad la delimitación temporal del riesgo en cabeza del asegurador, indicando que tan solo tendrá cobertura los hechos OCURRIDOS Y RECLAMADOS EN VIGENCIA DE LA POLIZA U OCURRIDOS EN EL PERIODO DE RETROACTIVIDAD OTORGADO Y RECLAMADO POR PRIMERA VEZ DENTRO DE LA VIGENCIA DEL SEGURO. (Hecho admitido en el llamamiento en garantía hecho 3).* *Ahora bien, con respecto al contrato de seguro enunciado y el cual se allega la póliza y condiciones generales, base del llamamiento en garantía formulado, se contrató bajo la modalidad CLAIMS MANDE, como a continuación se expone:* *"(…) Modalidad De La Póliza Claims Made Cubre las indemnizaciones que el asegurado deba pagar en virtud de reclamaciones descubiertas por primera vez durante el periodo de seguro, como consecuencia de los perjuicios patrimoniales causados por algún hecho cubierto bajo los*

		amparos de la póliza o desde la fecha de retroactividad otorgada, retroactividad 2008 o fecha de la primera póliza.(…) *Ahora bien, para el presente caso tenemos que:* *La vigencia de la póliza es:* *La póliza 930-88-994000004, como se aprecia de la carátula allegada con el llamamiento en garantía, su vigencia se enmarcó entre los días 31 de agosto de 2016 al 31 de agosto de 2017.* *"(…) Vigencia: 366 Días desde las 00:00 horas del 31/08/2016 hasta las 24:00 horas del 31/08/2017.(…)"* *En el anexo 1 se prorroga la cobertura hasta el día 31 de octubre de 2017* *Acorde con lo anterior, tenemos que para que surgiera obligación indemnizatoria de mi representada, se requería:* *1. Que el hecho ocurriera en la vigencia de la póliza o hubiese ocurrido en el periodo de retroactividad otorgado.* *2. Que la reclamación se presentara por primera vez al asegurado o la aseguradora en VIGENCIA de la póliza.* *Para el presente caso tenemos:* *En cuanto al primer requisito:* *Tenemos que los hechos base de la demanda y reclamación al hospital MILITAR Central ocurrieron el día 7 de septiembre de 2016, es decir en vigencia, de la póliza citada.* *En cuanto al segundo requisito:* *La reclamación se formula al ASEGURADO: HOSPITAL MILITAR CENTRAL, el día 7 de septiembre de 2018, y se realiza la audiencia el día 6 de noviembre de 2018.* *Así las cosas, es claro que no se cumple con el segundo requisito de cobertura, esto es, que la reclamación por primera vez se presente dentro de la vigencia de la póliza, pues se tiene que; a la fecha de solicitud de la conciliación 7 de septiembre de 2018 (reclamación al asegurado Hospital Militar Central) y de realización de la audiencia de conciliación (6 de noviembre de 2018), donde se concreta la reclamación extrajudicial, la vigencia de la póliza había expirado el día 31 de octubre de 2017, lo cual hace que no opere la cobertura.* *Así las cosas, en la presente póliza se pactó, que solo serían objeto de cobertura, las reclamaciones presentadas por primera vez y por escrito en vigencia del seguro, reiterando lo indicado en las condiciones particulares a que se hizo referencia anteriormente.* *Es de advertir que conforme con la información suministrada al suscrito por mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, ante ella no se presentó reclamación, negación indefinida que no requiere de prueba.* *Así las cosas, debe tenerse en cuenta que no es un hecho cubierto, en la media que la reclamación fue presentada por fuera de la vigencia de la póliza, lo cual hace improcedente declaración o condena en contra de mi representada al no cumplirse las condiciones establecidas en el contrato de seguro.* *Al respecto de las clausulas CLAIMS MADE, La Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del SC-10300 DE 2017, magistrado Ponente doctor Wilson Aroldo Quiroz Monsalvo, de fecha 18 de julio de 2017 indicó:* *"(…) Luego, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro -concebido en el precepto 1072 del estatuto mercantil como la realización del riesgo asegurado-, lo cierto es que se consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, itérese, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.*

		Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual. *Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (siniestro y reclamación dentro del término específico), no admitida en el sistema tradicional de suceso dañoso imputable al asegurado, a que se refiere el precepto 1131 de la codificación mercantil, deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.* *En efecto, en el esquema basado en la ocurrencia, el débito surge de la configuración del hecho dañoso en vigencia del contrato de seguro, sin consideración a que la reclamación se surta luego de la expiración del respectivo pacto.* *Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.* *Respecto de dicho tema, esta Corporación en fallo CSJ SC 18 dic. 2013, rad. 2000-01098-01, expuso:* *A pesar de que en términos del artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el 86 de la Ley 45 de 1990, en 'el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado', cuando la responsabilidad se predica de directores o funcionarios, la póliza que la cobija suele contar con la particularidad de ser por reclamación o 'claims made', por cuanto la cobertura está delimitada temporalmente por distintas modalidades y combinación de cláusulas.* *(…)* *De conformidad con dicho precepto [4° de la Ley 389 de 1997], pueden presentarse las siguientes situaciones:* *Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.* *Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.* *Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.* *El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están.* *En esa medida, es claro que el Tribunal no se equivocó al decidir en la forma como lo hizo, porque una interpretación finalista del canon 4º de la Ley 389 de 1997, imponía que la reclamación se surtiera dentro de la vigencia de la póliza que rigió entre el 3 de junio de 1998 y el 3 de junio de 1999, lo cual significa que aun cuando el siniestro ocurrió, no hay lugar a su pago por incumplimiento de una estipulación contractual.* *En virtud de lo enunciado y demostrado, Solicito al señor JUEZ, tener por probada la presente excepción ya sí declararlo en la sentencia que ponga fin al proceso, absolviendo a mi representada.*

	NO COBERTURA DE LOS PERJUICIOS MORALES NI EL DAÑO A LA SALUD	*Conforme el artículo 1056 del código de comercio el asegurador asume a su arbitrio los riesgos, norma que indica:* *"(…) ARTÍCULO 1056. . Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado. (...)"* *Así las cosas, para el presente caso mí representada no asumió el perjuicio moral, ni el daño a la salud, solicitados en la demanda, como a continuación se expone:* *Las condiciones particulares de la póliza, que regulan el contrato de seguro celebrado, indican en la modalidad de cobertura lo siguiente:* *"(…) Modalidad De La Póliza Claims Made* *Cubre las indemnizaciones que el asegurado deba pagar en virtud de reclamaciones descubiertas por primera vez durante el periodo de seguro, como consecuencia de los perjuicios patrimoniales causados por algún hecho cubierto bajo los amparos de la póliza o desde la fecha de retroactividad otorgada, retroactividad 2008 o fecha de la primera póliza.(…)" (Negrilla Ajena al Texto)* *Conforme lo indicado y solicitado como cobertura por el Hospital Militar Central, lo cubierto por esta póliza son los perjuicios patrimoniales causados por el asegurado y padecidos por la víctima.* *En el presente caos y no obstante no existir responsabilidad y por ende no existir obligación indemnizatoria del Hospital Militar Central, y no estar cubierto el hecho al no haberse presentado la reclamación en vigencia de la póliza citada, como se expuso en la excepción anterior, tampoco hay cobertura de los perjuicios inmateriales solicitados por los demandantes, toda vez que la cobertura, se limitó a los perjuicios patrimoniales causados por el asegurado, es decir sin cobertura de los extrapatrimoniales padecidos por la víctima.* *Así las cosas, ningún perjuicio extrapatrimonial reclamado tiene cobertura bajo la póliza citada, lo que solicito a la señora Juez, sea reconocido en la sentencia que ponga fin al proceso.*
	COBERTURA LIMITADA DE PARA LOS PERJUICIOS MORALES	*Como se ha indicado en excepciones anteriores, no existe responsabilidad del HOSPITAL MILITAR CENTRAL en los daños que se le imputan, así mismo, no existe cobertura por parte de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, para el presunto hecho, en la media que la reclamación no fue presentada en vigencia de la póliza, lo que conlleva a la exoneración de mi representada.* *No obstante, lo anterior, en cuanto al perjuicio moral, realizo la siguiente precisión: como se indicó en la excepción anterior, el perjuicio moral no está cubierto por la póliza.* *No obstante, lo anterior, por condición particular pactada en la carátula de la póliza, se dio cobertura al perjuicio moral, limitándolo al 20% de la cobertura, por evento tal y como consta en la caratula allegada al proceso con el llamamiento en garantía y que anexo a la presente contestación, la cual en el acápite denominado "clausulas" de las condiciones particulares pactadas, indica:* *"(…) Daños y perjuicios morales del 20% del valor asegurado. (…)"* *Así las cosas y ante una eventual e improbable sentencia de la cual se derive responsabilidad de mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en cuanto a los perjuicios morales, ellos solo pueden llegar al 20% de la cobertura y sujetos al deducible, tal y como se explica en la excepción siguiente.* *Así mismo, como este límite de valor asegurado es por la vigencia debe tener en cuenta el señor JUEZ que si mi representada, llegase a realizar pago indemnizatorio, por cualquier sentencia o reclamación que involucre la póliza allegada, el valor asegurado se disminuye en la medida del pago*

		realizado y en tal razón no le asistiría responsabilidad a mi representada, sino hasta el límite de valor asegurado y agotado este no habría ni ningún tipo de responsabilidad. *Agradezco al señor JUEZ declarar probada la presente excepción y así declararlo en la sentencia que ponga fin al proceso de ser el caso.*
	DEDUCIBLE	*En el improbable caso de encontrase alguna obligación de mi representada, solicito al señor JUEZ, tener como probada la siguiente excepción.* *El artículo 1103 del código de comercio, dispone:* *"(…) ARTÍCULO 1103. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original. (…)"* *Ahora bien, en las condiciones particulares de la póliza, implícitas en la caratula dela póliza allegada con el llamamiento en garantía y que allego con la presente contestación, se estableció un deducible del diez por ciento (10%) de la pérdida mínimo 5 SMLMV.* *Por lo anterior y ante una eventual e improbable sentencia en contra de mi representada, solicito al señor JUEZ, tener como demostrada la presente excepción que limita la responsabilidad de mi representada y dar aplicación al deducible pactado.*
	EXECEPCIÓN: LIMITE DE VALOR ASEGURADO	*No obstante, no existir obligación indemnizatoria de los demandados, ni cobertura del hecho por parte de la aseguradora, por las razones antes expuestas, en el caso hipotético de encontrar el despacho, algún un tipo de obligación indemnizatoria en contra de mí representada, agradezco declarar la presente excepción, la cual sustento de la siguiente manera:* *El artículo 1079 del Código de comercio dispone:* *"(…) ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074. (…)"* *Por lo anterior, no puede haber en contra de mi representada ningún tipo de declaración, por encima del límite de valor asegurado consagrado en la póliza allegada con la presente contestación y sujeta al deducible pactado en la misma.* *Así mismo, y como parte del valor asegurado, debe tenerse como tal, cualquier pago que, con relación a hechos diferentes al acá demandado, bien sea de sentencias que afecten la misma póliza o reclamaciones en virtud de las cuales llegase a pagar mi representada con afectación a la póliza citada, disminuyen el valor asegurado y por ende la responsabilidad de mi representada no puede ir por encima del mismo.* *Como ejemplo de procesos que a la fecha cursan, en los cuales ha sido vinculada mi representada con base en la póliza citada tenemos:* *Juzgado 34 Administrativo del Circuito de Bogotá en el radicado 11001333603420170007 40* *Juzgado Administrativo de Florencia Caquetá, dentro del radicado 18-0001-33-33-2017-00476-00*
	B. DERIVADAS DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL 930-88-9940000008:	*Señor Juez, la vinculación de mí representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOEPRATIVA, se realiza con base en dos contratos de seguro, el segundo de ellos el instrumentado en la Póliza 930-88-99400000008, con respecto al cual propongo las siguientes excepciones de mérito.*

	DEDUCIBLE.	*En el improbable caso de encontrase alguna obligación de mi representada, solicito al señor JUEZ, tener como probada la siguiente excepción.* *El artículo 1103 del código de comercio, dispone:* *"(…) ARTÍCULO 1103. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original. (…)"* *Ahora bien, en las condiciones particulares de la póliza, implícitas en la caratula dela póliza allegada con el llamamiento en garantía y que allego con la presente contestación, se estableció un deducible del cinco por ciento (5%) de la pérdida.* *Lo cual se pactó en la condición particular "10" dela póliza citada la cual indica:* *(..:) 10. Deducible 5% del valor de la pérdida sin mínimo. (…)"* *Por lo anterior y ante una eventual e improbable sentencia en contra de mi representada, solicito al señor JUEZ, tener como demostrada la presente excepción que limita la responsabilidad de mi representada y dar aplicación al deducible pactado del cinco por ciento (5%), el cual queda en cabeza del Hospital Militar central, como asegurado, conforme la norma citada.*
	EXECEPCIÓN: LIMITE DE VALOR ASEGURADO.	*No obstante, no existir obligación indemnizatoria de los demandados, en el caso hipotético de encontrar el despacho, algún un tipo de obligación indemnizatoria en contra de mí representada, agradezco declarar la presente excepción, la cual sustento de la siguiente manera:* *El artículo 1079 del Código de comercio dispone:* *"(…) ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074. (…)"* *Por lo anterior, no puede haber en contra de mi representada ningún tipo de declaración, por encima del límite de valor asegurado consagrado en la póliza allegada con la presente contestación y sujeta al deducible pactado en la misma.* *Así mismo, y como parte del valor asegurado, debe tenerse como tal, cualquier pago que, con relación a hechos diferentes al acá demandado, bien sea de sentencias que afecten la misma póliza o reclamaciones en virtud de las cuales llegase a pagar mi representada con afectación a la póliza citada, disminuyen el valor asegurado y por ende la responsabilidad de mi representada, no puede ir por encima del mismo.* *Al efecto allego, admisión de llamamiento en garantía formulados por el Hospital Militar central, con base en la póliza enunciada, diferentes al proceso que acá nos ocupa y que eventual e hipotéticamente pueden llegar a afectar el valor asegurado, a saber:* *JUZGADO 37 ADMINITRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, dentro del radicado 11001333603720180029400.* *Por lo anterior y en caso de llegarse a afectar la póliza por este proceso o por cualquier reclamación formulada o sentencia, se disminuirá el valor asegurado, lo cual debe tenerse por probado en el presente proceso, indicando que la responsabilidad de mi representada jamás podrá superar el valor indicado en la póliza.* *Agradezco al señor JUEZ tener por probada la presente excepción y así declararlo en la sentencia que ponga fin al proceso.*

	C- DERIVADAS DE LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA: - ***INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL***	*Como se aprecia de la demanda, la misma se instaura contra el Hospital Militar Central, pero de la misma no se denota hecho u omisión imputable a la entidad demandada de la cual derivar la falla en la prestación del servicio y generar su responsabilidad. Al respecto de la responsabilidad de las entidades prestadoras de servicios de salud el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, de fecha cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015) Radicación número: 50001-23- 31-000-2002-00375-01(30102), expresó:* *"(…) 15. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.* *16. En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance. (…)"* *Así las cosas, para el presente caso, se realizan afirmaciones en la demanda, sobre la atención medica dada por el hospital Militar Central a la señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, pero de ellas nos e presenta prueba alguna, de que las mismas hayan sido realizadas por fuera de las normas que regulan la prestación del servicio.* *Es de advertir que conforme la Historia Clínica aportada se denota la atención pormenorizada prestada por el Hospital militar Central y de la cual la parte demandante realiza aseveraciones, pero sin la demostración de la falla en la prestación del servicio, debiéndose el desenlace a factores no atribuibles a la atención, sino a condiciones de la paciente y el recién nacido.* *Deberá tener en cuenta la señora JUEZ, que no basta la presencia de un daño, para declararse la responsabilidad médica, sino la demostración de la falla, lo que no ocurre en el presente caso.* *Al respecto, el doctor Ricardo Barona Betancourt, en su obra RESPONSABILIDAD MEDICA Y HOSPITALARIA, editorial LEYER, a página 330, indica:* *"(…) por ello, la responsabilidad que es atribuible a los médicos, no basta con el simple padecimiento de un daño por parte del paciente, pues se asume científica y socialmente que en la actividad médica pueden presentarse circunstancias nocivas para el paciente que son consecuencia de su propia enfermedad, de la respuesta del organismo a los diferentes estímulos etc., pero. No son atribuibles al médico cuando quiera que este haya actuado diligentemente, de acuerdo con la ley arte de su profesión. Por eso se establece que la responsabilidad del médico se configura producto de su culpa. Negligencia, impericia, y en determinadas circunstancias por el dolo. (…)"* *Así las cosas, la carga de la demostración de la falla estaba en la parte demandante (artículo 167 del C.G.P), falla que no ha sido demostrada y que por el contrario de la historia clínica allegada se observa la prestación del servicio médico conforme las normas que lo regulan.*

	INDEBIDO COBRO DEL DAÑO A LA SALUD. NO PROCEDENCIA DEL MISMO.	*Sustento la presente excepción como a continuación se expone* *La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación, fijo los parámetros para el reconocimiento e indemnización del daño a la salud, indicando que dicho perjuicio se reconoce únicamente a la víctima directa de un daño sicofísico, lo cual no acaece para el presente caso.* *Al respecto el Consejo de estado en sentencia de unificación* *"(…) 4. CONCEPTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD. En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.* *La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla: REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL Gravedad de la lesión Víctima directa S.M.L.M.V. Igual o superior al 50% 100 Igual o superior al 40% e inferior al 50% 80 Igual o superior al 30% e inferior al 40% 60 Igual o superior al 20% e inferior al 30% 40 Igual o superior al 10% e inferior al 20% 20 Igual o superior al 1% e inferior al 10% 10 Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables:….(…)"* *Acorde con lo enunciado, el daño a la salud, solo se reconoce a la víctima directa de la lesión, para el presente caso no se trata de lesiones y los reclamantes son víctimas indirectas, por lo cual no es procedente reconocer en su favor este tipo de perjuicio.* *Por lo anterior, solicito a la señora JUEZ, reconocer la presente excepción y así declararlo en la sentencia que ponga fin al proceso, negando las pretensiones de la demanda.*
	INEXISTENCIA DEL LUCRO CESANTE PRETENDIDO, POR NO SER UN PERJUICIO CIERTO, QUE NO PUEDE SER OBJETO DE INDEMNIZACIÓN.	*Para el presente proceso, se solicita en nombre de la demandante señora HASBLEIDY ESPERANZA SALAZAR PEÑA, lucro cesante pasado o consolidado y lucro cesante futuro por el fallecimiento del menor a quien indican le pondrían el nombre de BENJAMIN HANZ DAVILA SALAZAR.* *Al respecto y como se manifiesta en la propia demanda, el menor citado falleció el mismo día de su nacimiento, lo cual nos lleva a tener claro que un menor no produce ingresos, y menos aún para sumarle un 25% de prestaciones sociales como lo pretende la parte.* *Tampoco, se puede tener certeza que el menor fuera a prestar ayuda económica a su señora madre en la forma planteada en la demanda, en la cual se habla y no se entiende la razón desde el "2 de mayo de 2011, fecha de los hechos" y hasta el mes de diciembre de 2012", es decir ni las fechas coinciden con los hechos de la demanda.* *No obstante lo anterior, se tiene que un menor no produce ingresos económicos y menos derivado de un contrato de trabajo, así mismo, es claro que no proporciona ayuda económica a su progenitora y que es un perjuicio que no goza de certeza como elemento estructural del daño para poder ser indemnizado.* *Al respecto del DAÑO, el doctor JUAN CARLOS HENAO, en su obra El Daño, Editorial Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión año 2007, página 39, indica:*

		"EL DAÑO DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO SUFRE *El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización, esta regla, aceptada en ambos países, tiene sus particularidades que merecen ser estudiadas.* *Como punto de partida se puede anotar la jurisprudencia colombiana, invocando el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ha sido enfática en afirmar que "el legislador tiene establecido que "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen", cual ocurre en el derecho francés, y que la acción de responsabilidad no prospera cuando no se cumple con la carga que impone dicho artículo". Recordando al maestro Antonio Rocha, se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque "los elementos que lo integran (el daño) son conocidos, mejor que por nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión". No basta, entonces que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño porque "el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio, que por demás no pueden ser valoradas como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación por mandato legal le correspondía al demandante", es así como el Juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace. De impedir la declaratoria de responsabilidad." (…)"* *Así mismo, tenemos que para que un daño sea indemnizable debe tener las características de cierto y personal, lo que el autor citado define de la siguiente manera:* *En cuanto al carácter personal el citado autor manifiesta:* *"CARÁCTER PERSONAL* *Que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita su reparación es un principio elemental de derecho de ña responsabilidad. (…)"* *En cuanto a que sea cierto, manifiesta:* *En una frase que ya ha adquirido notoriedad en la presentación del carácter cierto del perjuicio. El profesor CHAPUS afirma que "las jurisdicciones han planteado el principio según el cual el perjuicio cierto […] es el perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual", este enunciado, como lo vemos puede predicarse de la jurisprudencia colombiana como de la francesa. En efecto, los autores que han estudiado, el problema en el derecho francés, como M. Taugourdeau y L. Richer , recuerdan la afirmación el profesor Chapus, en derecho colombiano, un fallo de plenaria del Consejo de Estado enuncia la misma vía que tanto el fallo civil, como en lo administrativo, para que exista responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado. Es claro entonces que el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto. Esto es, "no un daño genérico o hipotético, sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio" (…)"* *Así las cosas y no estando probado el daño emergente solicitado, debe desecharse la pretensión, lo cual agradezco al señor JUEZ decretar en la sentencia que ponga fin al proceso.* *En sentencia de fecha 18 de julio de 2019, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, la citada corporación, realizó sentencia de unificación de perjuicios materiales y al respecto del lucro cesante indicó:* *"El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo,*

		eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública1 . Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras"2 (negrillas y subrayas nuestras). *Adicionalmente, y sin estar probado un contrato de trabajo, la parte suma a un supuesto ingreso del cual no hay prueba, un 25% de prestaciones sociales, las cuales sólo nacen de un contrato de trabajo, que tampoco está probado en el presente proceso, lo que torna, también en eventual este porcentaje adicionado, lo cual lo hace no ser indemnizable.* *Al respecto el Consejo de Estado, en la misma sentencia de unificación de perjuicios materiales, sobre la adición del 25% de prestaciones sociales, indicó:* *"(…) 2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales* *Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales3 , siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada4.* *Así, se debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada, de manera que no se reconoce el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas. (…)"* *Así mismo se indica en la citada sentencia:* *"(…) Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: "Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión" (negrillas de la Sala). (…)"* *Por lo anterior, está claro que no existe prueba de la existencia del lucro cesante solicitada y por ende debe ser denegado, en la sentencia que ponga fin al proceso.*

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. DEMANDANTE: *"Se remite a los hechos de la demanda, toda vez que la vida de un recién nacido llego a muy rápido termino y que no puede pasar desapercibido tanto para las entidades, la justicia y su familia, no hay una explicación lógica y de pronto se hubiera podido prevenir porque una de las causales aunque no la determinante fue el pobre control prenatal que tuvo la señora Hasbleidy Salazar residente ella en Ubalá un lado lejano de Bogotá, donde su esposo prestaba el servicio y cuando ella asistió en enero, en febrero nunca la atendieron porque no hay un médico en Ubalá en el dispensario de ese batallón, cuando ella pedía que la remitieran a Gacheta donde hay un hospital pero sencillamente el Ministerio de Defensa la dirección de Sanidad del Ejercito no tiene convenio entonces tenía que desplazarse ya en marzo a Bogotá, solo hubo 3 o 4 controles prenatales, control prenatal que fue pobre porque*

según lo dice el perito, si se hubiera asistido su obesidad la hubiera asistido una nutricionista seguramente no hubiera habido este desenlace, nuestra causal principal es el pobre control y la pobre asistencia que tuvo Hasbleidy en Ubalá y en el dispensario del norte de Bogotá, ella a mutuo propio cuando vio que su embarazo estaba llegando a término se vino para el Hospital Militar nadie le dijo nadie la citó, ella simplemente llego a urgencias del Hospital Militar donde fue citada al día anterior, una persona que por las condiciones del control prenatal los mismo obstetras ginecólogos del dispensario norte del ejercito le pusieron embarazo de alto riesgo, muchas veces no podía asistir porque no habia dinero, porque no habia transporte, porque habia un derrumbe, conclusión fue muy pobre la asistencia que esta señora tuvo durante su etapa de embarazo. Hay unos responsables porque no se justifica que una madre gestante no tenga atención a 10 minutos de su pueblo, sino que tenga atención a dos o tres horas. Nos explicaba muy bien el Dr. Roger que hay varias causas de la muerte, el estado de la madre no fue atendida oportunamente, la placenta, los hallazgos en el niño pero uno aceptaría que la señora se vino a mutuo propio de Ubalá, a mutuo propio se presentó en el Hospital Militar fue a urgencias y la citaron al día siguiente, yo creo que si ella permanece en atención durante esas 24 horas, ese desenlace fatal no se hubiera presentado, hubo una mala atención, cuando se dieron cuenta ya el bebé entró en sufrimiento intrauterino agudo, se estaba muriendo y no lo detectaron, después mandan a estudio el análisis patológico y el hospital militar no le hizo llegar la historia clínica, nunca pudimos tener la historia clínica porque en el hospital militar se presentaron miles de inconvenientes no la tuvimos ni la del bebe ni los demandantes ni el patólogo, después para conseguir el certificado de defunción de ese bebe no lo pudimos hacer porque argumentando seguridad nacional nunca nos entregaron el certificado de defunción, los padres pasaron derechos de petición yo personalmente hice varios y no lo conseguimos la historia clínica del bebe ni las causas de la muerte que porque eso no se puede entregar, eso es un documento público tanto que recurrimos al despacho para que lo solicitara pero el patólogo tampoco lo tuvo, el lio de estos padres deambulando por las inspecciones de Bogotá para que le entregaran el certificado de defunción y no le entregaron el certificado de defunción por la sencilla razón que no tenían la historia clínica, así lo hizo constar nuestro texto de la demanda, o sea es una burocracia que nos arropa y nos absorbe y no nos deja proceder y estuvo en juego la vida de un recién nacido y se murió. Él murió por meconio porque absorbió materia fecal, porque uso el sufrimiento intrauterino, yo pienso que eso se hubiera podido evitar y no podemos decir hoy que se presentaron mil terminos médicos complicadísimos de entender pero la única razón es que murió un niño recién nacido porque su mamá no tuvo una atención prenatal adecuada, solo 4 en 9 meses, que llego al hospital porque se le ocurrió venirse para urgencias pero nadie la cito nadie le dijo y ella se toma el trabajo de venir a Bogotá y le dicen que vuelva al día siguiente, pues al día siguiente el bebé ya estaba complicado y falleció. Me remito a la contundencia de los hechos, pues la vida de un bebé se acabó y el hospital militar en medio de la burocracia que venga mañana, que no entregamos la historia clínica, que vaya a la inspección, en realidad no sabemos que pasó pero se murió. Le agradezco se haga un análisis jurídico del tema y se condene al hospital militar – dirección de sanidad a que al menos los padres tengan una indemnización que les ayude a sobrellevar este horrible dolor"

1.3.2. DEMANDADO - MINISTERIO DE DEFENSA: *"se ratifica en todo lo manifestado en la contestación de la demanda por parte del Ministerio de Defensa Nacional enfocándome en un punto. Uno la consideración que se debe tener de que no existe legitimación por pasiva en cabeza de mi representado Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, toda vez que no existió ningún tipo de circunstancia, de acción u omisión por parte de esta entidad en lo referente al caso que nos ocupa, sobre este particular en el transcurso del proceso no se demostró que de parte de esta entidad hubiera existido algún tipo de circunstancia, situación, hecho u*

omisión que generara en cabeza de ella algún tipo de responsabilidad, por lo tanto, sobre esa base y en primera instancia considero que en el fallo que determine su despacho se tendrá que tener en cuenta la imposibilidad de actuación dentro de este caso o la irrelevancia que tendría el ministerio de defensa – ejército nacional frente al caso que nos ocupa en razón a que sus actuaciones pues no fueron determinantes para el hecho que nos tiene en esta causa judicial, sobre el particular también me ratifico en lo demostrado en el presente proceso, pues que no se cumplen con las condiciones con los requisitos para determinar un daño antijuridico en cabeza del estado por los hechos y motivos manifestados en la contestación de la demanda y demostrados a lo largo del periodo probatorio, por lo que considero, reitero que por parte del ministerio de defensa – ejército nacional no existe responsabilidad alguna ni siquiera una legitimación para que pudiera ser condenada esta entidad y no se cumplen con los requisitos nexo de causalidad entre actuaciones que hubiera realizado esta entidad o cualquiera de las entidades versus la lamentable consecuencia que se presentó que fue el fallecimiento de este menor"

1.3.3. DEMANDADO - HOSPITAL MILITAR CENTRAL: *"en cuanto a las pretensiones han que despacharse negativamente para la parte demandante teniendo en cuenta que los perjuicios morales en su tasación están excedidos respecto de la tesis jurisprudencial que en la actualidad nos gobierna en tema de la tasación de perjuicios, los materiales si bien se piden la parte demandante omite acreditar su prueba, los perjuicios materiales bien se sabe deben ser probados no se presumen como los morales y en consecuencia tampoco están llamados a prosperar y por su parte, el perjuicio solicitado por daño a la salud, en este caso por sustracción de materia no está llamado a prosperar toda vez que los mismos se predican respecto de la víctima directa. Respecto de los hechos, si bien es cierto que el apoderado de la parte demandante nos expone el día de hoy unas situaciones nuevas que no se expusieron a lo largo de la demanda, como por ejemplo el sitio de residencia de la paciente Ubalá – Cundinamarca, la asistencia a un dispensario y la asistencia al hospital, he de decir señora juez que son hechos que no están acreditados y que le correspondía si a bien lo tiene, la parte demandante acreditarlos, el hospital militar central es una entidad que hace parte del subsistema de salud de las fuerzas militares pero es jurídica y relativamente independiente de la Dirección de Sanidad Militar, no ocurre lo mismo con los dispensarios médicos, entonces mal podríamos decir ahora que la paciente si tuvo unos controles prenatales deficientes pero que fue por dificultades por la ubicación o por la residencia o por el convenio con sanidad, cuando de esa información no obtuvimos ninguna prueba fehaciente en la foliatura; sin embargo, para el hospital militar si resulto muy relevante el hecho de que la paciente transcurrió todo su embarazo, 40.6 semanas de gestación sin acudir a controles prenatales y eso es tan importante como pensar que los médicos del hospital militar tenían que salvarle la vida al bebé que no se controló durante 40 semanas, pues es algo ilógico porque cuando la mamá acude por primera vez al hospital militar, según la historia clínica, fue una consulta del 6 de abril de 2016 ya acude sin exámenes sin controles anunciando que por situaciones familiares no pudo acceder a los controles prenatales y en consecuencia no hay ninguna otra situación que hacer, pues ordenarles los exámenes tal como se hizo y citarla a control con medicina materno fetal tal como se hizo, se citó para control prenatal 4 de mayo un mes después y tampoco asiste, vuelve al hospital militar hasta el 7 de septiembre de 2016, cuando tenía 40.5 semanas y es aquí donde debo discrepar del criterio del Dr. Joffre porque cuando la paciente asiste ya está a término su embarazo, ya no hay nada que hacer con el retardo del crecimiento intrauterino, ya no hay nada que hacer con la obesidad y ya no hay nada que hacer con la insuficiencia del crecimiento. La actuación del hospital militar central estuvo enmarcada a lo que estuvo a su alcance y se hizo con esta paciente lo que se podía hacer, pero no lo podemos exigir a mi representado que responda por 40.6 semanas que*

transcurrieron sin valoración médica sin control prenatal y por las enfermedades que muy probablemente su hubieran podido detectar si en el control prenatal hubiere sido juicioso, esa responsabilidad no puede ser atribuido a mi representado y el hecho de que el 7 de septiembre de 2016 se le hubiera citado para el día siguiente, 8 de septiembre para iniciar la inducción del parto pues no significa nada no hubiera cambiado el pronóstico, entre otras cosas porque el 7 de septiembre se monitorizo el feto estaba bien y sencillamente durante la inducción del parto tal como quedo probado con peritaje al presentar frecuencia cardiaca fetal menor de 110 se evidencia el sufrimiento se pasa a cesárea y ya sabemos los resultados, entonces la actuación médica para el hospital militar central es conclusiva en que estuvo acorde con las guías de manejo y que no podemos responsabilizarlo por la inadecuada valoración durante la gestación, también es preciso recordar que el perito aquí nos dijo que no solo era la obesidad y los pobres controles prenatales un riesgo para este caso, sino que en este caso se presentaron muchísimas cosas que habia complicaciones fetales por la insuficiencia de crecimiento, que habia complicaciones placentarias por el cordón umbilical y la insuficiencia placentaria y que habia complicaciones maternas, ahí está la obesidad y los controles prenatales, para este caso existía muchísimo riesgo el embarazo no venía desarrollándose normalmente, lo que paso fue que por los deficientes controles prenatales no se evidenciaron ni se pudieron manejar a tiempo las enfermedades intrauterinas del bebé, que tuvieron mayor relevancia para el resultado del fallecimiento de este bebé, en consecuencia, ruego a su despacho compartir mi criterio jurídico cuando planteamos los eximentes de responsabilidad en la contestación de la demanda, habida cuenta que el bebé fallece no por una inadecuada atención medica por lo menos en el hospital militar central sino por los riesgos que eran múltiples y que quedaron probados a partir del concepto pericial. Solicito no acceder a las pretensiones, absolver al Hospital Militar Central y condenar en costas a la parte demandante"

1.3.4. LLAMADO EN GARANTIA – ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA: *"El Hospital Militar Central es una entidad independiente y ajena a la Dirección de Sanidad del Ejercito, no hace parte de los dispensarios del Ejercito Nacional y su actuación es independiente a la de los demás convocados al presente proceso. En cuanto al Hospital Militar Central se tiene a una paciente Hasbleidy Salazar que asistió el 7 de septiembre para una inducción de un parto, como lo explico el perito estas inducciones no se hacen en horas nocturnas y habiéndose realizado la revisión previa tanto de la paciente como del bebé con su monitoreo fetal no se encontró circunstancia extraña que hiciera que la paciente permaneciera en el hospital y por ello se le da cita para ingreso nuevamente el 8 de septiembre del año 2016, se hace proceso de inducción y como lo manifiesta el propio perito las dosis que se utilizan de oxitocina son las dosis acordes para el resultado que se requería, aunque la dosis era baja el resultado fue apropiado, cosa distinta es que se acelero el proceso de dilatación de la paciente muchas horas después de haberse iniciado este procedimiento de parto inducido y se encuentra un sufrimiento fetal que cambia las condiciones de la paciente y el criterio de los médicos para ya no atender un parto natural sino para pasarla de inmediato a cesárea, también quedo corroborado con el peritaje del Dr. Wilder Orlando Castellar que este procedimiento fue idóneo, que era el adecuado y además realizado en tiempo, que todo el proceso anterior, es decir, el parto inducido se hizo como se tenía que hacer y que es una situación que se puede presentar en cualquier momento durante estos partos inducidos, un sufrimiento fetal y que la reacción fue la reacción que tuvo el medico ginecólogo que atendía a la paciente y era pasarla a cirugía y empezar la cesárea y el desembarazo, es decir, no hay frente al hospital militar una falla que se le pueda imputar ni en tiempo de servicios ni en la calidad del servicio tal y como lo indico el perito. La paciente Hasbleidy Salazar tenía un parto de alto riesgo por su obesidad y por los pocos controles prenatales, es de advertir que estos controles están en cabeza de la madre solicitar las citas,*

acudir a ellos y tomarse los exámenes de acuerdo con lo que los médicos le vayan indicando, a este caso no se tienen y es un hecho no imputable al Hospital Militar y si imputable a la paciente independientemente del lugar donde ella viviera, ella era la que debía tomarlos o manifestarlo a su dispensario médico donde la atendían para buscar la forma de coordinarlos pero es un hecho ajeno y no imputable al hospital militar, este alto riesgo por obesidad y pocos controles prenatales ya traían de por si un germen para un posible desenlace fatal, pero no es solo eso, sino que esos pocos controles al momento de realizar la patología de la placenta se encuentra que hay una insuficiencia placentaria por mala perfusión del lecho materno que lo explico claramente el ginecólogo que asistió como perito como el señor patólogo Roger Montes, en el cual nos indica que esto hace que haya una mala alimentación del feto por una mala circulación sanguínea y de nutrientes entre la madre y el feto, lo que llevo a que este menor al momento de su nacimiento no tuviera ni tan siquiera un peso indicado, entonces, tenemos varias circunstancias que son atribuibles a la madre: la obesidad, los pocos controles prenatales y un factor biológico que es la insuficiencia placentaria, elementos que no tuvo forma de controlar el hospital militar son ajenas a ella propios de la paciente y que si se hubieran determinado con antelación y no significando con ellos que el resultado hubiera sido diferente si hubieran podido actuar los médicos por lo menos para aminorarlos y tratarlos, tanto la obesidad como la insuficiencia placentaria y haber buscado que el feto en ese momento tuviera una mejor nutrición y llegará al momento del parto con unas mejores condiciones. Al Hospital Militar no le asiste ninguna responsabilidad en la medida que presto un servicio oportuno y de acuerdo con las circunstancias que cada momento fueron presentando tanto la paciente como el bebé que estaba por nacer y por ende, no se le puede imputar ningún tipo de responsabilidad al Hospital Militar Central, solicito se absuelva al Hospital Militar y no se haga estudio del llamamiento en garantía"

1.3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: *"El art. 90 Constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijuridicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades publicas y por ende la responsabilidad del estado se hace patente cuando se configura un daño el cual deriva su calificación de antijuridico atendiendo que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de actividades medico asistenciales la responsabilidad patrimonial que le incumbe al estado se debe analizar bajo el régimen de falla probada del servicio a lo cual se ha agregado que en atención al carácter técnico de la actividad medica y a la dificultad probatoria que ello conlleva el nexo de causalidad puede acreditarse de diversas maneras en especial mediante la utilización de indicios que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada, es por ello que la falla en la prestación del servicio médico asistencial debe estar demostrada y dicha carga corresponde a la parte actora. En el presente asunto, en cuanto al daño tenemos que esta demostrado el daño invocado en la demanda dado el registro civil de defunción aportado por la parte actora que se evidencia que el menor Hanz Dávila falleció el 9 de septiembre de 2016 por lo que se puede concluir que efectivamente se produjo un daño a los demandantes en virtud de los lazos de parentesco acreditados, en cuanto a la imputación y al nexo causal tenemos que la parte actora endilga a la demanda insuficiente atención médica por pobre control prenatal, falta de diligenciamiento adecuado de la historia clínica en cuanto a los signos de temperatura y demora en la programación de la inducción del parto. En el dictamen pericial adelantado por el Dr. Wilmer Castellar medico ginecólogo y obstetra se llego a las siguientes conclusiones: las mujeres embarazadas con obesidad tienen mayor riesgo de sufrir una serie de complicaciones maternas y perinatales y los riesgos empeoran con el aumento de la gravedad de la afección,*

es probable que un control prenatal según las recomendaciones vigentes para la fecha de atención de la paciente siguiendo las indicaciones para el manejo de los riesgos en particular de la misma se hubiesen podido disminuir el riesgo de mortalidad neonatal. El embarazo de la paciente se encontraba dentro del subgrupo termino completo basado en la evidencia disponible se considera oportuno el inicio de inducción de rutina en este caso en particular, se evidencia en revisión de la historia clínica registros constantes de monitorización clínica, materna, fetal y el proceso de inducción del trabajo de parto. El recién nacido hijo de la paciente Hasbleidy Esperanza Salazar Peña al minuto, a los cinco y diez minutos presento un 3, lo cual es un signo compatible de asfixia perinatal lo cual es corroborado con los hallazgos de la autopsia de encefalopatía isquémica perinatal reciente, para el caso en particular existe un patrón de monitoria de frecuencia cardiaca fetal consistente en un evento de periparto o intraparto agudo sugestivo de estado fetal insatisfactorio lo cual justifica las intervenciones realizadas por el personal tratante, cesárea de emergencia. Para efectos del peritaje y análisis existen condiciones fetales y placentarias que pudieron ser causales del evento de perinatal que conlleva a la muerte perinatal como son la alteración del crecimiento fetal por debajo del percentil 3 para la edad gestacional para el momento del nacimiento de la presencia de la circular del cordón ajustado al cuello fetal, el trabajo de parto precitado y los hallazgos morfológicos en la patología de la placenta de mala perfusión del lecho materno, la omisión ante el registro de temperatura no tiene ninguna incidencia en el resultado final del recién nacido, no hay soporte en la historia clínica revisada en donde se evidencia alteración del bienestar materno o fetal que justifique la hospitalización de la paciente antes del 8 de septiembre de 2016, en este caso, no solo se hospitalizo antes de la semana 41 que además como menciona la historia clínica no existía alteración del bienestar fetal ni evaluación del día previo, desafortunadamente el diagnostico de crecimiento intrauterino se realiza de forma posnatal debido probablemente a un pobre control prenatal de la paciente y a concordancias de crecimiento fetal en las ecografías con las que contaba al momento de la consulta de urgencias. En historia clínica del 7 de septiembre hay una orden de ecografía obstétrica, pero en el análisis y la información entregada solo hay reporte de perfil biofísico y la monitoria fetal, quizá la identificación prenatal de este hallazgo hubiese cambiado la conducta en cuanto a hospitalización y proceso de inducción, pero no hubiese sido garantía de no cursar con un desenlace neonatal adverso. En audiencia de pruebas el perito fue claro en que la paciente fue monitorizada apropiadamente de manera frecuente y que el bebé tenia una lectura fetal inicial de monitoria bienestar fetal adecuada la cual cambio durante el trabajo de parto el cual cambio a insatisfactorio, precisamente determinando por la monitoria fetal que se realizaba y por lo cual se determino que había una alteración fetal del bebé y toma la decisión de romper las membranas que era la procedente y que el tiempo entre la monitoria y el momento en que es llevada a cesárea la paciente fue aceptable. Fue también claro que la paciente tenia obesidad materno riesgo 1.2, falta de control prenatal señalando que se recomiendan 10 controles prenatales lo que influía en la posibilidad de descubrir insuficiencia placentaria, afectación fetal por crecimiento del bebé, bajo de peso, afectación placentaria y afectación del cordón umbilical porque tenia enrollado el cordón umbilical el bebé, situaciones que influían negativamente en el parto, igualmente expuso que el procedimiento que la paciente fuera citada al día siguiente para el proceso de inducción fue normal porque no había signos de urgencias ni alteración de bienestar fetal en la prueba realizada el día anterior del parto, igualmente señalo que los medicamentos oxitocina fueron adecuados a pesar que las dosis las tildo de bajas, que el protocolo de inducción no fue excesivo sino incluso por debajo del protocolo médico pero que ello no influyo en el bienestar del bebé ni el proceso de parto. De acuerdo con la exposición realizada por el perito, por la atención brindada entre el 8 y 9 de septiembre de 2016 a la madre del menor Benjamín Hanz Dávila fue oportuna y eficiente y no incidió en el fallecimiento del menor a las pocas horas de nacer, en cuanto a las deficiencias

endilgadas a los controles prenatales y lo explicado por el perito con ello se hubiera podido tratar la obesidad materna y el crecimiento fetal, situación también advertida por el patólogo en audiencia de pruebas, se tiene que de acuerdo con la historia clínica el 19 de marzo de 2016 se anota allí que la misma obedecía a situación familiar, es decir, que no incidió en ello la prestación del servicio médico sin que allá prueba adicional que se haya negado el servicio por el dispensario médico o que el mismo haya sido ineficiente. En conclusión, en criterio de esta agencia la conducta del personal medico respecto del tratamiento de la señora Hasbleidy Esperanza Salazar se estima como oportuno y adecuado sin retardo y no se le restaron oportunidades de vivir al menor Benjamín Hanz Dávila Salazar, en estos terminos se rinde el concepto solicitando negar las pretensiones de la demanda"

2. CONSIDERACIONES

2.1. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Las excepciones propuestas[1] no están llamadas a prosperar ya que no gozan de esta calidad. Lo anterior, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de ellas, se limitan simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción.

En este sentido, es claro que la sola negación o contradicción de los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las pretensiones formuladas en la demanda, constituyen una simple no aceptación de éstos, pero no excepciones en el sentido propio, estricto y restringido del término.

[1]

QUIEN LA PROPONE	EXCEPCION
MINISTERIO DE DEFENSA	FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZAS MILITARES EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA
	DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO CLAUSULA GENERAL
	DEL TITULO DE IMPUTACION EN MATERIA DE FALLA DE LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD
	DE LA IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO ONTOLOGICO PARA LA ATRIBUCION JURIDICA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL AL ESTADO
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	DERIVADAS DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL 930-88-9940000004: NO PRESENTACION DE LA RECLAMACION DENTRO DEL TERMINO ESTABLECIDO EN LA POLIZA, LO CUAL IMPIDE DECLARACION O CONDENA EN CONTRA DE MI REPRESENTADA
	NO COBERTURA DE LOS PERJUICIOS MORALES NI EL DAÑO A LA SALUD
	COBERTURA LIMITADA DE PARA LOS PERJUICIOS MORALES
	DEDUCIBLE
	EXCEPCIÓN: LIMITE DE VALOR ASEGURADO
	DERIVADAS DE LA POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL 930-88-9940000008:
	DEDUCIBLE
	EXCEPCIÓN: LIMITE DE VALOR ASEGURADO
	DERIVADAS DE LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL
	INDEBIDO COBRO DEL DAÑO A LA SALUD
	NO PROCEDENCIA DEL MISMO
	INEXISTENCIA DEL LUCRO CESANTE PRETENDIDO
	POR NO SER UN PERJUICIO CIERTO
	QUE NO PUEDE SER OBJETO DE INDEMNIZACIÓN

En efecto, si bien en sentido amplio, cualquier actividad que desarrolle el demandado tendiente a obtener decisión total o parcialmente contraria a las pretensiones formuladas, constituye genéricamente un medio de defensa, en el referido sentido restringido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluirlas, enervarlas o dilatarlas. Es esta última la acepción que, en derecho colombiano, tal y como se desprende de las normas que regulan la antedicha institución, acogen tanto el CPACA como el Código General Del Proceso, aplicable a la materia.

Respecto a la excepción de NO ACREDITACION DEL PARENTESCO POR PARTE DE LOS DEMANDANTES propuesta por el llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA el despacho se atiene a lo resuelto en auto de 3 de noviembre de 2021.

Por último, respecto a CAUSA EXTRAÑA y CASO FORTUITO FUERZA MAYOR propuesta por el HOSPITAL MILITAR CENTRAL por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.

2.2. LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si las entidades demandadas MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL son o no responsables por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del menor Benjamín Hanz Dávila Salazar quien se afirma nació vivo el día 9 de septiembre de 2016 y falleció 3 horas después por meconios en los alveolos y por haberse presuntamente postergado su parto de manera injustificada por más de 3 días y, si en el caso de ser condenado el demandado, el llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA está obligado al pago de los perjuicios.

Surge entonces los siguientes problemas jurídicos:

¿Son responsables las entidades demandadas MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del menor Benjamín Hanz Dávila?

¿El llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA debe realizar o no algún pago si llegare a ser condenada la entidad demandada HOSPITAL MILITAR CENTRAL?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

Con relación a la responsabilidad por falla médica, el Consejo de Estado ha propendido por la adopción de la Teoría de la carga dinámica de la prueba de manera adecuada, es decir, analizando en cada caso en particular cómo será la distribución de las cargas y qué le corresponderá probar a cada parte, puesto que

la manera como ha venido aplicándose la falla presunta ataca el fundamento mismo de la teoría de las cargas dinámicas.

Así las cosas, la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será carga de la parte demandante, a menos que aquella resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Sólo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial.

La carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación, con fundamento en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

En desarrollo de la norma procesal antes citada, tenemos en principio que la legislación colombiana establece que es el paciente quien está obligado a demostrar la culpa del profesional de la salud, así como los otros dos elementos de responsabilidad (daño y nexo causal entre daño y culpa), si quiere que sus pretensiones sean acogidas.

En estos casos, si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que fue imprudente, negligente o imperito el actuar del profesional de la salud, éste último no podrá ser obligado a resarcir los perjuicios alegados.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha cuestionado la presunción de la falla del servicio y ha señalado, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas, que dicha presunción no debe ser aplicada de manera general, sino que en cada caso el juez debe establecer cuál de las partes está en mejores condiciones de probar la falla o su ausencia.

En conclusión, siguiendo la más reciente posición de la jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

- Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo;
- Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”;
- En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño;

- La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y
- el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio.

Quiere decir lo anterior, que cuando se demanda buscando la indemnización de perjuicios que según la víctima del daño se produjeron con ocasión de una actuación u omisión atribuible a autoridades o entidades médicas y hospitalarias por actos médicos o asistenciales, en principio le corresponde al interesado probar los extremos de tal responsabilidad (la existencia del daño y su imputabilidad a la parte demandada, la falla en el servicio médico y el nexo causal entre el daño causado y el servicio prestado).

2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:

2.3.1 Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

- Según certificado de nacido vivo No. 13603703-7 la señora Hasbleidy Esperanza Salazar Peña tuvo un bebé de sexo masculino el día 9 de septiembre de 2016 a las 15:25 horas[2].
- En la historia clínica de Hasbleidy Esperanza Salazar Peña del 8 al 12 de septiembre de 2016 quedó consignado:

  "(…)
  Paciente informa que no tenía ningún problema de salud antes de quedar embarazada, además manifiesta que asistió a 4 controles prenatales durante el embarazo porque el centro de salud le queda lejos del lugar de residencia y también la carretera no estaba en condiciones para transportarse porque había derrumbes.
  (…)
  PACIENTE DE 21 AÑOS O+ CON DIAGNOSTICOS DE:
  1. *EMBARAZO 41 SEMANAS POR FUM*
  2. *TRABAJO DE PARTO EN FASE ACTIVA*
  3. *G1P0*
  4. *ALTO RIESGO OBSTRETICO*
     4.1 OBESIDAD
     4.2 POBRES CONTROLES PRENATALES
  5. *FETO UNICO VIVO CON BIENESTAR FETAL*
  6. *TRABAJO DE PARTO FASE ACTIVA*

  REFIERE GINECOOBSTRETA QUE PACIENTE PRESENTA ESTADO FETAL NO TRANQUILIZADOR, ES NECESARIO TERMINAR EMBARAZO DE URGENCIA, SE INDICA PROCEDIMIENTO BAJO ANESTESIA GENERAL.
  (…)
  ANALISIS:
  PACIENTE DE 21 AÑOS, PRIMIGESTANTE, CON EMBARAZO DE 40 6/7 SEMANAS POR FUM. ALTO RIESGO OBSTRETICO POR OBESIDAD Y

[2] Folio 4 del c2.

POBRES CONTROLES PRENATALES, INGRESA INDUCCION DEL PARTO. EN EL MOMENTO SE ENCUENTRA CLINICA Y HEMODINAMICAMENTE ESTALE, SIN SINTOMAS DE VASOESPASMO, ACTIVIDAD UTERINA IRREGULAR, SIN CAMBIOS CERVICALES, SANGRADO O AMINORREA. MONITORIA FETAL ACOG I, SE INDICA INICIO DE OXITOCINA PREVIA HIDRATACION DE LA PACIENTE. PENDIENTE RESULTADOS DE SOTRHC. SE EXPLICA CONDUCTA A LA PACIENTE QUIEN REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.

(…)

ANALISIS:

PACIENTE DE 21 AÑOS, PRIMIGESTANTE, CON EMBARAZO 40 6/7 SEMANAS POR FUM. ALTO RIESGO OBSTRETICO POR OBESIDAD Y POBRES CONTROLES PRENATALES, EN INDUCCION DEL PARTO POR GESTACION POSTERMINO, SE INICIO MANJEO CON OXITOCINA A LAS 12+00 HORAS DURANTE 8 HORAS, SE LOGRO DINAMICA UTERINA REGULAR SIN EMBARGO SIN CAMBIOS CERVICALES SIGNIFICATIVOS POR LO CUAL SE DECIDE SUSPENDER GOTEO DE OXITOCINA, EN EL MOMENTO CON BIENESTAR FETAL POR CLINICA Y MONITORIA FETAL CATEGORIA I, NORMOTENSA ASINTOMATICA PARA VASOESPASMO. POR EL MOMENTO SE DECIDE CONTINUAR VIGILANCIA CLINICA MATERNOFETAL Y REINICIAR INDUCCION FORMAL EL DIA DE MAÑANA A LAS 05+00 HORAS. SE EXPLICA CONDUCTA A LA PACIENTE MANIFIESTA ENTENDER Y ACEPTAR.

(…)

ANALISIS:

PACIENTE CON EMBARAZO A TERMINO DE 41 SEMANAS QUIEN SE ENCUENTRA EN CONDUCCION DEL TRABAJO DE PARTO A 12 MUN, EN EL MOMENTO CON DILATACION Y BORRAMIENTOS COMPLETOS CON RUPTURA DE MEMBRANAS EXPONTANEA CON PRESENCIA DE MECONIO GRADO III, QUIEN PRESENTO CAMBIOS EN LA MONITORIO FETAL DADOS POR DESACELERACIONES CON FCF DE HASTA 70 LATIDOS POR MINUTOS, RAZON POR LA QUE SE CONSIDERA PASAR A CESAREA DE URGENCIA POR ESTADO FETAL NO TRANQUILIZADOR SE EXPLICA A LA PACIENTE CONDUCTA MEDICA QUIEN REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.

(…)

HALLAZGOS QUIRURGICOS: CESAREA SEGMENTARIA 09/09/16 5+20 PM

RECIEN NACIDO MASCULINO HORA DE NACIMIENTO 15:25 PESO DE 2675 GRS TALLA 53 CM POR APGAR INDETERMINADO, AUNQUE PRESENTO LANTO AL MOMENTO DE NACER, LIQUIDO AMNIOTICO MECONIADO RECIENTE (AMPOLLA RECTAL DEL RECIEN NACIDO CON PRESENCIA DE MECONIO) CON CIRCULAR AL CUELLO APRETADA CORDON DELGADO Y LAGO, PLACENTA DE ASPECTO PEQUEÑO CON PRESENCIA DE CALCIFICACIONES ANEXOS NORMALES

ANALISIS:

PACIENTE DE 21 AÑOS EN PUERPERIO QUIRURGICO INMEDIATO POR ESTADO FETAL INSATISFACTORIO SIN COMPLIACIONES, CON RECIEN NACIDO VIVO MASCULINO DE 2675 G TALL 53 CM, QUIEN REQUIERE

DE MULTIPLES MANIOBRAS DE REANIMACION, DADO COMO RESULTADO FINALMENTE MUERTE PERINATAL. PACIENTE EN EL MOMENTO ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, SIN SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA, SIN SINTOMAS DE VASOESPASMO, SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA, VALORADA POR SERVICIO DE ANESTESIOLOGÍA QUIEN DA AVAL PARA CONTINUAR OBSERVACION EN PISO"

- El 9 de septiembre de 2016 a las 17:15 horas falleció el hijo de Hasbleidy Esperanza Salazar Peña[3].
- Según autopsia 42 de 2016 realizada al hijo de Hasbleidy Esperanza Salazar Peña los principales hallazgos fueron:

  "1. PULMONES CON MODERADA CANTIDAD DE PGIMENTO MECONIAL INTRAALVEOLAR (CAMBIOS DE SUFRIMIENTO FETAL AGUDO).
  2. *HEMORRAGIA INTRAALVEOLAR DISCRETA.*
  3. CONGESTION ESPLENICA
  4. HEMATOPOYESIS EXTRAMEDULAR HEPATICA
  5. PLACENTA DE 470 GR EN PERCENTIL 50 PARA LA EDAD GESTACIONAL, CORDON UMBILICAL DE HISTOLOGIA NORMAL, VELLOSIDADES DEL TERCER TRIMESTRE, MADURAS CON CORIANGIOSIS, HIPERPLASIA DE VELLOSIDADES DISTALES, AUMENTO DE NUDOS SINCITIALE Y AREAS DE INFARTO MENOR AL 5%, HALLAZGOS MORFOLOGICOS DE MAL PERFUSION DEL LECHO MATERNO.
  6. RECIEN NACIDO DE 41 SEMANAS POR HC, Y DE 35 SEMANAS POR ANTROPOMETRIA, CON BAJO PESO PARA LA EDAD GESTACIONAL.
  7. ENCEFALOPATIA ISQUEMICA PERINATAL RECIENTE
  CAUSA DE LA MUERTE:
  SUFRIMIENTO FETAL AGUDO"[4]

- En audiencia de pruebas realizada el 14 de marzo de 2023 se realizo control de dictamen al Dr. Willer Orlando Castellar Lengua y en síntesis indicó: *"Se trata de una paciente de 21 años primigestante, con un embarazo al momento del ingreso de 40 semanas y 6 días, tenia un alto riesgo obstétrico porque tenía unos controles prenatales deficientes y tenia obesidad materna. Cuando fue hospitalizada para el proceso de inducción de parto, se encontraba hemo dinámicamente estable con un bienestar fetal en la monitoria al ingreso y sin cambios cervicales, tuvo una alta vigilancia por parte de especialista. La paciente presento un trabajo de parto precipitado porque la señora a las 2:33 estaba en 5 centímetros de dilatación y a las 3:00, es decir, 30 minutos después se encontraba en trabajo de parto expulsivo, por lo que dilato 5 centímetros en media hora, estando en el trabajo de parto se evidencia que la frecuencia cardiaca del bebé empieza a disminuir, bajando la frecuencia hasta 70 latidos por minuto, menos de 110 latidos por minutos no es normal por lo que los médicos deciden romper la membrana y se encontró presencia de líquido meconiado y deciden llevar a la paciente a cesárea. El bebé nace a las 3:25 con presencia de circular de cordón*

[3] Folio 63 del c2.
[4] Folio 67 del c2.

apretada al cuello, cordón delgado y largo y falleció a las 17:15 horas". Concluyó que:

- El embarazo a término es hasta las 42 semanas y el de la paciente tenía 40 semanas y 6 días, que fue un trabajo de parto precipitado porque cuando estaba en 5 centímetros de dilatación en media hora paso a 10 centímetros, cuando lo normal en una paciente primigestante es que dilate entre 1 y 1.5 centímetros por hora, es decir, que para pasar de 5 a 10 centímetros debió haberse tardado entre 4 y 5 horas.
- La presencia de meconio es un signo de que al bebé le falto oxígeno en algún momento y su respuesta es relajar los esfínteres, por eso se encuentra el popo en la barriga y esto significa que el bebé esta sufriendo hipoxia y se lleva a la madre a cesárea de urgencia.
- Las pruebas de bienestar fetal ayudan a determinar si hay algo que pueda sospechar de algún problema, pero la paciente tenía un perfil biofísico normal y durante el monitoreo nunca se presentó una alteración significativa que hiciera sospechar al médico que había un estado fetal insatisfactorio y el hallazgo fue al momento del parto.
- El 30% de la muerte de bebés o fetales no tiene una explicación médica, simplemente la paciente puede tener un control prenatal normal y el bebé fallece sobre el término, el otro 70% tiene 3 causas: las fetales, las placentarias y las maternas. En las primeras, esta todo lo que tiene que ver con defectos estructurales, con problemas cardiacos del bebé, con algún síndrome genético, con una infección, con una alteración del crecimiento fetal, que en este caso el bebé no lo tenía. En las placentarias: esta todo lo que tiene que ver con infecciones de placenta, desprendimiento de la placenta, accidentes de cordón umbilical, embarazo prolongado, lesiones vasculares, que en este caso fue el cordón umbilical ajustado al cuello. Por último, en las maternas, esta todo lo relacionado con la obesidad, hipertensión, diabetes en el embarazo, desordenes autoinmunes, problemas hepáticos en el embarazo. En el asunto en cuestión, la paciente presentaba los 3 factores e incluso tenia otros que pudieron incidir en la muerte y en el episodio de asfixia perinatal, los cuales fueron: la alteración del crecimiento fetal, la insuficiencia placentaria, pues la placenta no era lo suficientemente buena para soportar un proceso de parto, la circular del cordón, la obesidad y la falta de control prenatal, fueron 5 situaciones que presentaba la paciente y pudieron incidir en la asfixia perinatal.
- Cuando hay obesidad la probabilidad de muerte fetal es mayor, tiene un riesgo relativo de 1.2., es decir, es una vez mas probable que se presente muerte fetal en estas pacientes que en las que no son obesas y que aumenta a medida que aumenta el índice de masa corporal.
- Se recomendaba que la paciente tuviera 10 citas de control prenatal, pues la mortalidad perinatal en relación con las pacientes que no tienen ese control aumenta significativamente respecto a una paciente que, si lo tiene, y este era un factor de riesgo para ella.

- En un control prenatal mas exhaustivo se hubiese podido identificar la insuficiencia placentaria y las decisiones al momento del ingreso a urgencias hubieran podido cambiar.
- La decisión de la cesárea fue un procedimiento oportuno porque identificaron el sufrimiento fetal y era de urgencia que lo debían realizar.
- Si los factores de riesgo se hubieran identificado durante los controles prenatales, el riesgo hubiera podido disminuir.

❖ En audiencia de pruebas realizada el 14 de marzo de 2023 se recibió el testimonio del Dr. ROGER JOSE MONTES ALVAREZ quien manifestó que fue la persona que realizo la autopsia, que no contaba con una historia clínica completa de la madre y tampoco tenia controles prenatales. Tenía muy poca información, se trataba de un niño que no tenia malformaciones congénitas, sus órganos estaban presentes y completos, encontró hallazgos de isquemia por poca oxigenación en el sistema nervioso central, la placenta tenia trastornos en la circulación materno fetal y presencia de meconio en los pulmones, había tenido un sufrimiento fetal intrauterino. Explico que la causa del fallecimiento se rige por 3 pilares: el primero, la historia clínica de la madre, pero en ese momento no contaba con ella y que además los médicos en su informe registraron que la paciente no tenia controles prenatales; la segunda, la placenta y la tercera, los hallazgos en el feto. Los hallazgos en el presente caso, fue el meconio, cambios de hipoxia en el cerebro y la placenta, explico que hubo un sufrimiento fetal agudo intrauterino del cual no se recuperó al momento del nacimiento lo que produjo su fallecimiento. Indico que los controles prenatales son importantes, porque en ellos se puede ver por ecografía como esta la placenta y con estudios mas especializados cual es el estado del tubo placentario, concluyo que en la placenta pueden estar la mayoría de las causas que puede llevar a la muerte.

2.3.2. Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

¿Son responsables las entidades demandadas MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y el HOSPITAL MILITAR CENTRAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del menor Benjamín Hanz Dávila?

¿El llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA debe realizar o no algún pago si llegare a ser condenada la entidad demandada HOSPITAL MILITAR CENTRAL?

La respuesta es negativa, por las razones que se entran a exponer.

Si bien el **DAÑO** que es la muerte del hijo de Hasbleidy Esperanza Salazar Peña el 9 de septiembre de 2016, en lo que respecta a la **FALLA DEL SERVICIO**, encontramos lo siguiente:

Del material probatorio que obra en el proceso, esto es la historia clínica de la señora Hasbleidy Esperanza Salazar Peña, no es posible concluir que las demandadas ni

sus médicos, hayan incurrido en algún tipo de conducta negligente, descuidada o imprudente que haya ocasionado la muerte de su hijo.

En el presente caso, la paciente Hasbleidy Esperanza Salazar Peña tenía un embarazo de 40 semanas y 6 días, el cual fue diagnosticado de alto riesgo obstétrico por deficientes controles prenatales y obesidad materna.

La señora tuvo un bebé de sexo masculino que nació el día 9 de septiembre de 2016 a las 15:25 horas y falleció a las 17:15 horas de ese mismo día y según la autopsia, la causa de la muerte fue sufrimiento fetal agudo.

En efecto, revisado todo el material probatorio se encontró que la paciente tenía un embarazo de alto riesgo; no obstante, durante la hospitalización para el trabajo de parto se encontró estable con bienestar fetal y se evidenciaron constantes registros de monitoreo. Ahora, durante el parto se presentó un cambio mostrando una alteración fetal del bebé, lo que conllevó a que de manera urgente fuera llevada a cesárea pues tenía líquido amniótico meconiado y circular al cuello apretada, que a pesar de las maniobras de reanimación practicadas por los médicos el bebé falleció.

De acuerdo con el dictamen pericial rendido por el Dr. Castellar, la paciente presentaba cinco factores que pudieron incidir en la asfixia perinatal que eran: *i.* la alteración del crecimiento fetal, *ii.* la insuficiencia placentaria, *iii.* la circular del cordón, *iv.* la obesidad materna y *v.* la falta de control prenatal. Estos riesgos se hubieran podido disminuir si se hubieran realizado unos controles prenatales adecuados. Así mismo lo afirmó el Dr. Roger Montes al mencionar que los controles prenatales son importantes ya que en ellos se puede ver el estado de la placenta y del tubo placentario, pues la mayoría de las causas que puede llevar a la muerte se encuentran en la placenta. Sin embargo, es claro que los controles prenatales de la señora fueron deficientes, porque solo se realizó 4 cuando lo recomendable son 10.

Así las cosas, es evidente que no se le puede endilgar responsabilidad alguna a las entidades demandadas, pues del material probatorio que obra en el expediente, se puede concluir que la atención médica brindada a la señora Hasbleidy Esperanza Salazar Peña fue oportuna según su estado clínico.

Además, conforme a lo anotado, la parte actora por su falta de diligencia no cumplió con la carga de la prueba que sobre ella pesaba. En consecuencia, del anterior análisis y de las consideraciones arriba expuestas, se concluye que el acervo probatorio es insuficiente para arrojar certeza sobre los hechos que los actores pretenden probar y con base en los cuales hacen sus peticiones. La parte actora con su inactividad faltó a la regla técnica de la carga de la prueba.

De tal manera, al no configurarse el segundo elemento de la responsabilidad por falla médica, el hecho imputable a la demandada a título de falla en la prestación del servicio, no puede lógicamente configurarse el tercer elemento de la responsabilidad, el nexo causal entre éstos.

Así las cosas, las pretensiones serán denegadas.

2.4. CONDENA EN COSTAS:

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes. Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual *"Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación",* situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas MINISTERIO DE DEFENSA y HOSPITAL MILITAR CENTRAL y por el llamado en garantía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, por lo motivos expuestos.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas

CUARTO: Notificar a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA CECILIA HENAO MARÍN
Juez

SLDR

Olga Cecilia Henao Marin

Firmado Por:

Juez

Juzgado Administrativo

034

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2ec033489c0ae5d1ee8acd896aaf89524386c27bc2a9be8a10172eb7d3ea72e7**

Documento generado en 17/04/2023 09:02:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica