|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420140001000** |
| DEMANDANTE | **HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL E.S.E.** |
| DEMANDADO | **ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR Y CARLOS RAUL MELO RAMIREZ** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPETICIÓN**  |
| 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 REPETICION iniciado porel HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL E.S.E. en contra de los doctores ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAUL MELO RAMIREZ.

* 1. **ANTECEDENTES:**
	2. **La DEMANDA**
		1. **PRETENSIONES**

*“(…) 1. Que se declare que los señores Ernesto Javier Forero Villamizar y Carlos Raúl Meló Ramírez son responsables de los perjuicios ocasionados al Hospital San Blas II Nivel E.S.E., entidad que fue declarada administrativamente responsable por el Tribunal Administrativo de Cundínamarca Sección Tercera, Sub-Sesión A en el fallo del 05 de mayo de 2011 y condenada a indemnizar a la señora Ana Carolina RIVERA Flores y otros por concepto de daño moral.*

*2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene solidariamente a los señores Ernesto Javier Forero Villamizar identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.391.349 de Bogotá y Carlos Raúl Meló Ramírez identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.334.787 de Neiva (Huila) a pagar la suma de $227.630.000 a favor del Hospital San Blas II Nivel E.S.E., suma de dinero que pagó esta Entidad a la señora Ana Carolina RIVERA Flores y otros para hacer efectiva la condena proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Sub-Sesión A.*

*3. Que se ordene al demandado a pagar intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria del fallo, conforme a lo establecido en el artículo 195 del CP.A.C.A.*

*4. Que el monto de la condena que se profiera en contra de los señores Ernesto Javier Forero Villamizar y Carlos Raúl Meló Ramírez, se ajuste tomando como base el índice de precios al consumidor.*

*5. Que se me reconozca personería para actuar como apoderado de la entidad demandante. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
			1. El señor Ernesto Javier Forero Villamizar fue nombrado médico especialista Gineco-Obstetra del departamento de Gineco-obstetricia del Hospital San Blas II Nivel E.S.E., mediante la Resolución N° 000315 del 12 de noviembre de 1999.
			2. El médico Ernesto Javier Forero Villamizar tomo posesión del cargo Jefe de departamento de Ginecología y Obstetricia el 01 de diciembre de 1999.
			3. El señor Ernesto Javier Forero Villamizar laboró en Hospital San Blas desde el 01 de diciembre de 1999 y hasta el 27 de diciembre de 2006, desempeñándose en el cargo de Medico Especialista código 301, grado 09 en el servicio de Ginecología y Obstetricia.
			4. El señor Carlos Raúl Meló Ramírez fue nombrado médico especialista Gineco-Obstetra del departamento de Gineco-obstetricia del Hospital San Blas II Nivel E.S.E., conforme a la Resolución N° 445 del 15 de marzo de 1993.
			5. El médico Carlos Raúl Meló Ramírez tomo posesión del cargo profesional especializado del departamento de Gineco-Obstetricia el 30 de marzo de 1993.
			6. El señor Carlos Raúl Meló Ramírez labora en Hospital San Blas desde el 30 de marzo de 1993 hasta la fecha de presentación de esta demanda, desempeñándose en el cargo de Médico Especialista código 213 Grado 09.
			7. La señora Ana Carolina se encontraba en estado de embarazo y acudió al Hospital San Blas el 28 de octubre de 2001 por no presentar actividad uterina.
			8. En la atención médica del 28 de octubre los galenos del Hospital San Blas ordenaron una monitoria fetal encontrando "NTS reactiva" y fijaron como plan "Salida con recomendación y signos de alarma + cita mañana 7 a.m. en sala de partos para inducción trabajo de parto"
			9. La paciente Ana Carolina ingresó a la sala de partos del Hospital San Blas a las 07:00 a.m., del 29 de octubre de 2001, los médicos la valoraron e iniciaron una inducción de parto mediante el suministro de oxitocina.
			10. La inducción del parto inició con un goteo de 40 cc/h y durante el día continuaron con el suministro de oxitocina aumentándose hasta 160 cc/h.
			11. En la valoración de las 09:45 p.m. del 29 de octubre, los médicos realizaron en la paciente Ana Carolina una monitoria fetal siendo esta "NTS reactiva " ordenaron hospitalizar a la paciente en puerperio y continuar con la inducción del parto para el 30 de octubre de 2001.
			12. El 30 de octubre de 2001 los médicos iniciaron el segundo día de inducción y ordenaron una monitoria fetal.
			13. El médico Ernesto Javier Forero Villamizar valoró a la paciente Ana Carolina a > las 10:05 a.m. del 30 de octubre y reportó en la historia clínica "Paciente con embarazo prolongado de 41 semanas. Inducción desde hace 36 horas, refiere MsFs activos, actividad uterina ocasional muy irregular. TV: Cuello largo, posterior, permeable un dedo. Se le practicó monitoria que es NTS NO REACTIVA" "Se decide cesárea por -Bishop desfavorable -Embarazo prolongado - Inducción fallida - Monitoria NO REACTIVA, cumple ayuno a las 03:00p.m., Monitorizaciónpermanente"
			14. En el turno de la tarde la paciente fue valorada por el médico Carlos Meló a la 01:40 p.m. reportando en la historia Clínica "Se inicia goteo con oxitocina con bomba 3 unidades en 500 ce ringer para 40 cc/h FCF 140x. -Se realizara monitoria con stress -Aumentar goteo cada 20 minutos.
			15. El médico Rincón a las 06:00 p.m. reportó en la historia clínica "Tv / D 1 c.m, Borramiento 30%"H
			16. El turno de la noche del 30 de octubre es realizado por el médico Ernesto Forero quien valoró a la paciente a las 07:30 p.m. y fijo como plan "Monitorización Fetal - Iniciar trabajo de parto ".
			17. A las 08:30 p.m. el médico Forero valoró nuevamente a la paciente reportando en la historia Clínica "Dinámica regular - Movimientos Fetales (+ + +) - FCF: 140x A - TV: D 5 cms B: 100% - Est: -3 (no legible) Liq claro" y fijó COITIO plan "Iniciar trabajo de parto”.
			18. El médico Forero valoró a la paciente a la 10:30 p.m. y fijó como plan "Continuar Monitorización, T de parto "n
			19. A las 00:45 a.m. del 31 de octubre es valorada la paciente y se fija como plan "Continuar vigilancia permanente "n
			20. En la historia Clínica se reportó a las 02:00 a.m. "Paciente con actividad uterina regular - Goteo de 4 mv de oxitocina- Ms Fs (+) FCF 128 x -TV: D 8 cm B100% membranas rojas -liquido ClarO ".h
			21. El médico forero reportó en la historia clínica a las 03:45 del 31 de octubre

6 Reverso Folio 35 Historia clínica N? 52199024.

I Reverso Folio 36 Historia clínica 52199024.

8 Reverso Folio 34 Historia clínica 52199024.

9 Reverso Folio 34 Historia clínica 52199024.

10 Reverso Folio 34 Historia clínica N? 52199024.

II Folio 33 Historia clínica N° 52199024.

12 Folio 33 Historia clínica N? 52199024.

13 Reverso Folio 33 Historia clínica N- 52199024.

15 Reverso Folio 33 Historia clínica N? 52199024.

"Dinámica Irregular - (no legible) (+) -FCF: 136 x - TV: D 9-10 c.m. - Meconio G 111 variedad occipito posterior" y fijó como plan "Se traslada a salas para maniobras obstétricas (no legible) "

* + - 1. El medicó Forero a las 03:47 del 31 de octubre fijó como plan "Iniciar fase expulsiva i de parto - Monitorización permanente ".h
			2. El médico Forero a las 04:00 a.m. se encontraba en cirugía y ordenó llevar a la paciente a la sala de cirugía para realizar la cesárea por sufrimiento fetal.
			3. El médico Forero le realizó a la paciente Ana Carolina una cesárea segmentaria trans peritoneal y extrajo al recién nacido cefálico muerto (mortinato).
			4. El médico Alejandro Bautista Charry el 31 de octubre de 2001 elaboró el certificado de defunción N° 1291752, perteneciente al bebe de la paciente Ana Carolina RIVERA Flores.
			5. La señora Ana Carolina RIVERA Flores y otros por intermedio de apoderado judicial el 31 de octubre de 2003, formularon pretensión de reparación directa en donde solicitaron que se declara responsable al Hospital San Blas y otros, con ocasión de daño material y moral causado a los demandantes por la muerte del naciturus de la señora Ana Carolina RIVERA Flores.
			6. El 04 de febrero de 2004 el Juzgado 34 administrativo de Bogotá admitió la demanda, la cual cursó en primera instancia bajo el radicado 2002-02262.
			7. El 23 de febrero de 2010 el Juzgado 34 Administrativo de Bogotá dicto sentencia de primera instancia desestimando las pretensiones del demándate, razón por la cual interpuso recurso de apelación.
			8. El 05 de mayo de 2011 el Tribunal Admirativo de Cundinamarca Sección Tercera Sub-sección A, dicto sentencia de segunda instancia en donde consideró que existió una falla en el servicio médico por parte del Hospital San Blas al no realizarle oportunamente la cesárea a la paciente Ana Carolina RIVERA.
			9. El Tribunal Admirativo de Cundinamarca Sección Tercera Sub-sección B condenó al Hospital Blas a pagar 425 SMLMV ($227.630.000) por concepto de daño moral.
			10. El 08 de julio de 2011 el doctor Carlos Eduardo Pineda Amortegui en calidad de gerente del Hospital San Blas, expidió la Resolución N° 196 para dar cumplimiento a la sentencia del proceso N° 2002-02263 y autorizó el pago a favor de los beneficiarios del fallo.
			11. Los beneficiarios del proceso N° 2002-02263 le confirieron al abogado Luis Ramiro Escandón Hernández la facultad de realizar el cobro de la sentencia y a recibir sumas de dinero.
			12. Mediante la Resolución N° 00256 del 1 de septiembre de 2011 el doctor Carlos Eduardo Pineda Amortegui en calidad de gerente del Hospital San Blas autorizo realizar el pago del proceso judicial N° 2002-02263 a favor del abogado Luis Ramiro Escandón Hernández.
			13. El 19 de junio de 2013 el Hospital San Blas mediante transferencia N° 10821213 dio cumplimiento a la Resolución N° 00256 y canceló la obligación del proceso 2002-02263 por un valor de $227.630.000, conforme a la orden de pago N° 23920.
			14. El 09 de julio de 2013 la tesorera del Hospital San Blas II Nivel E.S.E. certificó y reportó el pago del proceso 2002-02263 a la secretaria del Comité de Conciliación.
			15. El 05 de noviembre de 2013 el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Hospital San Blas en sección ordinaria analizó el proceso 2002-02263 y consideró que existió culpa grave por parte del Carlos Raúl Meló Ramírez y Ernesto Javier Forero Villamizar al no realizarle oportunamente a la paciente Ana Carolina RIVERA Flores la cesárea que necesitaba el 30 de octubre de 2001 y decidió iniciar la acción de repetición en contra de los médicos mencionados.
	1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
		1. El apoderado de la parte demandada **ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR** se opone a todas y cada una de las pretensiones enunciadas en el escrito de demanda y manifestó que: *“(…) No existe relación causal determinante que habilite al tallador para declarar responsable y condenar a mi representado en los términos de la pretensión, más aun, porque no le es imputable ninguna conducta gravemente culposa y mucho menos dolosa dentro de los hechos que la fundamentan (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| *CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPETICIÓN* | *La presente excepción tiene los siguientes Fundamentos Facticos y Jurídicos:**La demandante confiesa que realizó el pago de la condena impuesta por parte del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la Acción de Reparación Directa con radicación 2002-2262, el día 19 de Junio de 2013.**El Articulo de la Ley 678 de 2001, dispone que: "la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública".**La H. Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, ha explicado la caducidad de la siguiente forma:**Ta caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable; el que vencido la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio, el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser útilmente ejercitado... en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad de hecho". (Negrilla fuera de texto)**Por otro lado, el articulo 94 del C.G.P, aplicable por analogía al caso Sub - Judice, dispone:**Ta presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado"**5 De la simple lectura del soporte de pago de la condena aportado y en razón a que no se cumplió con el requisito establecido por el Articulo 94 del C.G.P, para que se configurara la figura de la inoperancia de la caducidad, es evidente que la presente Acción se encuentra CADUCA respecto a mi representado, tal como se explica a continuación.**El pago de la condena se efectuó el día 19 de Julio de 2013.**La demanda fue radicada el día 15 de Enero de 2014**El Despacho libró Auto Admisorio el día 16 de Julio de 2014.**El Despacho libró Auto que Admite reforma de la demanda, el día 11 de Febrero de 2015.**El día 22 de Agosto de 2016, mi representado se notificó personalmente de la demanda, tal como consta en el Acta de diligencia de notificación que obra en el expediente.**Para el día de notificación de mi representado se ENCUENTRABA vencido el termino establecido por el articulo 94 del C.G.P, para notificar el Auto Admisorio al demandado, a fin de lograr la inoperancia de la caducidad con la presentación de la demanda, por lo cual, "Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado".**Desde la fecha de pago de la condena impuesta a la demandante y conforme a lo anteriormente mencionado, la presente Acción CADUCÓ el día 19 de Julio de 2015, en razón a que no se presentó el fenómeno de inoperancia de la caducidad por no haberse notificado el Auto Admisorio y el Auto que Admite la reforma de la demanda dentro del termino de un año contado a partir del día siguiente a la notificación a la demandante de tales providencias.**Los argumentos antes planteados han sido recogidos en Jurisprudencia del H. Tribunal Contencioso Administrativo, así como en conceptos de la Procuraduría General de la Nación, quienes han manifestado que: "en Acciones de Repetición opera el fenómeno de respecto de los accionados, al no habérsele notificado el auto admisorio de la demanda teniendo como plazo lo dispuesto por el art. 177 del C.C.A. y lo contemplado en el art. 90 del C de P.C. aplicable por remisión del 267 del C.C.A".**Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito al Señor Juez, DECLARAR PROBADA LA EXCEPXION propuesta, por estar ajustada en un todo a Derecho.* |
| *INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL, AUSENCIA DE CULPA GRAVE O DOLO Y**BUENA PRAXIS MEDICA* | *La presente excepción tiene los siguientes Fundamentos Facticos y Jurídicos:**1. El día 30 de Octubre de 2001 mi representado después de valorar a la Sr. RIVERA, percatarse que a pesar de llevar inducción de parto no existían cambios cervicales y previo a una nueva monitoria fetal que arrojó un resultado no reactivo, decidió realizar cesárea a la paciente a las 3:00PM del día 30 de Octubre de 2001, hora para la cual se completaba el ayuno pertinente.**Sostuvo mi representado en la Acción de Reparación Directa de la cual deriva la presente acción, que la decisión de ordenar la cesárea estuvo sustentada al evidenciar 3 indicaciones, tales como: 1. Bishop desfavorable, esto es, que a pesar de tener goteo de droga para maduración del canal del parto, el cuello del útero no presenta cambio considerable. 2. Monitoria Fetal no reactiva, que en términos médicos es sugestiva de vigilia fetal o disminución de la actividad fetal normal y 3. Inducción fallida, lo cual significa Goteo de droga Mayor de 12 a 20 horas sin cambios considerables.**En la historia clínica que obra en el expediente, consta anotación del Dr. Meló donde se evidencia monitoria fetal realizada a las 6:30PM del día 30 de Octubre de 2001, cuyo resultado arrojó "Prueba de Tolerancia a las Contraindicaciones negativa reactiva", es decir, trabajo de parto en fase activa con dilatación de aproximadamente 4 cm.**Teniendo en cuenta la anotación antes citada, ai regreso de mi representado al turno de las 7:00 PM del día 30 de Octubre de 2001, ordenó monitoreo constante de la paciente, tal como consta en la historia clínica que obra en el expediente.**Quedó demostrado en la Acción de Reparación base de la presente Acción, que mi representado tuvo que atender dos urgencias vitales en obstetricia y era el único Ginecoobstetra para el turno de las 7:00PM del día 30 de Octubre de 2001.**Pese a lo anterior, mi representado realizó todos los actos médicos que estuvieron a su alcance, tal como lo reconoció el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Bogotá, quien sostuvo: "...diferente es que no haya sido posible intervenirla de forma inmediata porque al tiempo acudieron dos urgencias vitales de obstetricia que demandaban su atención. Además en ese momento, aparentemente las condiciones de bienestar fetal de la paciente le permitían atender a otras usuarias que estaban mas urgidas."**El Articulo 2 de la Ley 678 de 2001, dispone que: "La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial". (Subraya fuera de texto)**En el presente asunto, la demandante a través de su comité de conciliación, únicamente endilga culpa grave a mi representado al no haber realizado la**cesárea a la paciente a las 7:30PM del 30 de Octubre de 2001, hora en la que realizó la primera valoración del turno de la noche, pasando por alto:**Que las condiciones clínicas de la gestante según las anotaciones de las 6:30PM del día 30 de Octubre de 2001 habían variado, lo cual daba curso al trabajo de parto y monitoreo ordenado por mi representado cuando ingresó al turno de las 7:00PM.**Que mi representado tuvo que atender dos urgencias vitales en obstetricia y era el único Ginecoobstetra de turno el turno de las 7:00PM del día 30 de Octubre de 2001.**El concepto de la Procuraduría General de la Nación que se cita en la sentencia condenatoria dictada en la Acción de Reparación base de la presente Acción, donde sostiene que la insuficiencia del equipo medico, así como de las salas de quirófano del Hospital San Blas para la época en que se presentó la señora Ana Carolina RIVERA, constituía una "Deficiencia Administrativa", lo cual no es imputable a mi representado.**Que el daño causado a la Señora Ana Carolina RIVERA, no fue consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones de mi representado.**Que del simple análisis de los hechos, a las conductas de mi representado no le eran aplicables las presunciones de culpa grave establecidas en el Articulo 6 de la Ley 678 de 2001.**Que a pesar que la obligación del médico es de medio y no de resultado, las actuaciones propias de mi representado estuvieron enmarcadas dentro de la prudencia y la diligencia, a tal punto de ordenar la cesárea de la paciente desde las horas de la mañana del día 30 de Octubre de 2001, sin que estuviera dentro de su resorte e¡ cumplimiento de la misma.**Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito al Señor Juez, DECLARAR PROBADA LA EXCEPXION propuesta, por estar ajustada en un todo a Derecho.* |
| *INTERVENCION DE UN ELEMENTO EXTRAÑO O RIESGO INHERENTE AL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO* | *La presente excepción tiene los siguientes Fundamentos Facticos y Jurídicos:**1. La Jurisprudencia ha denominado el "Riesgo Inherente" eximente de responsabilidad a "/a posibilidad de ocurrencia de determinados accidentes médico-quirúrgicos que, por su etiología, frecuencia y características, resultan imprevisibles e inevitables"**Se comparte la posición planteada por el demandado Dr. Meló Ramírez, cuando señala que las circulares del cordón umbilical que tenia el hijo de la paciente en el cuello fetal, son un riesgo inherente al parto, que es imprevisible e inevitable.**De lo anterior se evidencia que una de la causas de la muerte del hijo de la paciente pudo ser la asfixia fetal, ocasionada por la circular del cordón umbilical en el cuello fetal y no la presunta mala praxis que pretende endilgar la demandante a mi representado.**El Riesgo inherente al parto antes citado, resulta ser irresistible e imprevisible para mi representado en el caso Sub - Judice.**Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito al Señor Juez, DECLARAR PROBADA LA EXCEPXION propuesta, por estar ajustada en un todo a Derecho.* |
| *CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA* | *La presente excepción tiene los siguientes Fundamentos Facticos y Jurídicos:**1. En Derecho positivo existen dos normas que se refieren a la aplicación de la culpa de la victima: El articulo 2357 del Código Civil que establece que "la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente" y el articulo 70 de la Ley 270 de 1996 que establece que: "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la victima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley".**2 Manifestó la demandante dentro de la Acción de Reparación de la cual deriva la presente Acción y sobre lo cual hizo énfasis el H. Tribunal Contencioso Administrativo en !a sentencia condenatoria:**"...es procedente tener en cuenta que el Hospital solo cuenta con un medico Ginecoobstetra en cada turo, teniendo este que atender todos los casos de parto que se presente en su respectivo turno, situación que vivió el doctor Ernesto Forero en la noche del 30 de Octubre y madrugada del 31 del mismo mes. De ello hay constancia en el folio 32 de la Historia Clínica de la paciente, en donde se indica que el Dr. Forero se encuentra en cirugía"**"...Cosa diferente es que a la fecha la entidad solo contara con un medico Ginecoobstetra por turno, el cual no podía estar presente en todos los procedimientos que tuvieran que ¡levarse a cabo en un mismo momento.."**En ia sentencia condenatoria dictada en la Acción de Reparación base de la presente Acción, se cita el concepto rendido por la Procuraduría General de la Nación, en el cual sostiene que la insuficiencia del equipo medico, así como de las salas de quirófano del Hospital San Blas para la época en que se presentó la señora Ana Carolina RIVERA, constituía una "Deficiencia Administrativa", que desencadenaron la muerte del neonato.**De lo anterior se evidencia que una de la causas del daño pudo ser la falta de médicos Ginecoobstetras y no la presunta mala praxis que pretende endilgar la demandante a mi representado.**Las deficiencias administrativas imputables de la demandante, resultan ser irresistibles e imprevisibles para mi representado en el caso Sub - Judice.**Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito al Señor Juez, DECLARAR PROBADA LA EXCEPXION propuesta, por estar ajustada en un todo a Derecho.* |
| *GENERICA* | *Ruego al Despacho declarar cualquier otra excepción no alegada que resulte probada dentro del trámite del proceso.**En el proceso, impera aún el aforismo ¡atino "da mihi factum ego tibijus": dame los hechos que yo te daré el derecho, o sea el imperativo para las partes de proporcionarle al juez los hechos y probarlos y el correlativo del mismo de calificarlos para decir las consecuencias jurídicas y conceder el derecho en aras de solucionar la controversia o conflicto que se le somete a su consideración, toda vez que él debe conocerlo, interpretarlo y aplicarlo en esos asuntos concretos objeto de su conocimiento, con el fin de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades que se aseguran por la Administración de Justicia.* |

* + 1. El apoderado de la parte demandada **CARLOS RAUL MELO RAMIREZ** se pronunció en los siguientes términos: *“(…) Me opongo al no existir fuente generadora de obligación jurídica de reparar a la entidad accionante, pues no se encuentran los elementos necesarios para que mí prohijado el Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, sea condenado en la acción de repetición interpuesta, pues siempre fue cumplidor de sus deberes como profesional y funcionario público sin que se le pueda endilgar responsabilidad bajo ningún tipo de culpabilidad (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| *EXCEPCIÓN GENÉRICA* | *Me permito solicitarle al señor Juez, que de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso, declarar probadas las excepciones aquí propuestas y/o cualquier otra que resulte acreditada dentro del proceso, aun cuando correspondan a un nomen juris diferente al utilizado para que en la sentencia sean reconocidas de conformidad con las disposiciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial aplicables al presente litigio.* |
| *FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA* | *En principio, es menester referirnos a la falta de legitimación por activa que el proceso presenta, ella se materializa al estudiar lo preceptuado en el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, que al tenor de su letra dice:**"...ARTÍCULO 8o. LEGITIMACIÓN. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley..."**Como bien se puede ver el plazo para presentar la demanda de repetición por parte de la entidad misma es de seis (6) meses, contados a partir del momento del pago total, o desde el pago de la última cuota, cuando fuere por cuotas el pago; para el caso sub judice, tenemos que la entidad accionante el HOSPITAL SAN BLAS se encontraba legitimado para presentar esta acción hasta el día diecinueve (19) de diciembre de 2013, pero encontramos que la misma es radicada el dieciséis (15) de enero de 2014, es decir, más de seis (06) meses después de haberse realizado el supuesto pago, (el pago deberá probarse en debida forma), de la sentencia del el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que indiscutiblemente hace que la vigencia de la legitimación por activa del HOSPITAL SAN BLAS, para iniciar esta acción caducó, haciendo necesario que la acción se hubiese iniciado por parte del ministerio publico o por el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, tal y como lo establece la norma en cita.**En éste orden de ideas, y teniendo en cuenta la norma de reenvío que hace el artículo 143 del CCA, se deberá aplicar lo ordenado en el artículo 97 del CPC, en virtud del cual me permito proponer la excepción de incapacidad o indebida representación del demandante, ya que en concordancia con lo manifestado anteriormente se encuentra plenamente demostrada, por el desconocimiento de la normatividad que rige la materia, al permitir el vencimiento del término que facultaba a la entidad a promover la acción de repetición en contra de mi poderdante. Haciendo que la representación de la Nación en cabeza de del HOSPITAL SAN BLAS y sus representantes judiciales sea indebida; el abrogarse esa representación es un desconocimiento del Artículo 8 de la ley 678 de 2001, lo que vicia el proceso, haciendo obligatoria la declaración de la no prosperidad de la demanda por la causal señalada.* |
| *FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA:* | *Del fallo allegado como prueba por parte de la actora, se tiene que no se encuentra sustento alguno que determine la responsabilidad en cabeza de mi mandante tal y como lo pretende hacer ver quien demanda, por el contrario, éste hecho es pasado por alto dentro del fallo o sentencia proferida por, el Juzgado Primero administrativo de Cartagena o el fallo de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Boyacá, pues no determina de forma alguna responsabilidad en cabeza de el Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, lo cual es fundamental para poder acceder a las pretensiones en una demanda de repetición, toda vez que la norma exige la determinación inequívoca de la actuación dolosa o gravemente culposa por parte de los individuos, pero como ya se dijo esta determinación ha sido obviada por parte de la Jurisdicción Contenciosa administrativa y aun mas por parte de los propios accionantes en el concepto del comité de conciliación de la ESE HOSPITAL SAN BLAS, emitido anexo como prueba de la entidad demandante, que me permito trascribir para que se analice lo ilógico de sus pretensiones, al no haber sido realizado por personas peritas, expertas, olvidando el debido derecho de defensa y de contradicción, que merecían los servidores públicos, por lo que no puede ser prueba final de la culpabilidad de los galenos.**El documento denominado comité de conciliación, no pasa de ser una mera trascripción de apartes de historia clínica, aunado a los apartes y consideraciones mal planteadas, y descontextualizadas de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que solo llenan de confusiones lo ocurrido y que no merecen ninguna credibilidad, al ser un documento que no tiene las calidades de un verdadero "proceso" que encontrara la culpabilidad de los llamados a la acción de repetición.**Sin lugar a dudas, la temeridad de las afirmaciones de los Señores, gerente, Sub Gerente de Servicios de Salud, jefe de la oficina Jurídica, Subgerente Administrativo y Abogado Externo, tendrá sus raíces en el Hecho de que las razones de la sentencia final del tribunal Administrativo de Cundinamarca establece su razón EN UNA FALLA ADMINISTRATIVA, DE FALTA DE PERSONAL ESPECIALIZADO EN EL DEPARTAMENTO DE GINECOBSTETRICIA, teniendo en cuenta que el DR. ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, se demoró en atender a la paciente ANA CAROLINA RIVERA FLORES, debido que se encontraba solo en su turno atendiendo tres partos al tiempo, con dos urgencias que le pasaron más la última que como estaba en trabajo de parto natural, con todos sus signos y síntomas adecuados para tal fin, no pudo ser bien atendida según se extracta de la sentencia motivo de la acción de repetición.**La misma defensa del Hospital San Blas en la demanda y acción de reparación directa, reconoce y confiesa que lo que paso fue producto del escaso personal que había en el Hospital, para el Parto de la Paciente ANA CAROLINA, veamos lo que se dice y concluye, trascribiendo lo que se extrajo en la sentencia por la cual se pretende repetir:**"... En este punto es procedente tener en cuenta que EL HOSPITAL SOLO CUENTA CON UN MÉDICO ginecobstetra en cada turno, teniendo este que atender todos los casos de parto que se presente en su respectivo turno, situación que vivió el Dr. Ernesto Forero en la noche del 30 de Octubre y madrugada del 31 del mismo mes. De ello hay constancia en el folio 32 de la Historia Clínica de la Paciente, en donde se indica que el Dr. Forero se encuentra en cirugía.**"Cosa diferente es que a la fecha LA ENTIDAD SOLO CONTABA CON UN MÉDICO GINECOSTETRA POR TURNO, el cual no podía estar presente en todos los procedimientos que tuvieran que llevarse a cabo en un mismo momento. Por otro lado, todos los tratamientos y procedimientos son llevados a cabo según una decisión médica, al cual es propia de la órbita de conocimientos criterios de cada uno. "(Resaltado nuestro)[[1]](#footnote-1)**Como es de fácil análisis, vemos que el mismo comité de conciliación emitió concepto errado y además conveniente, para lavarse las manos y no se estudiara la propia responsabilidad de la Dirección o la gerencia administrativa que es la que debe estar encargada de la regulación de personal y de sus turnos de trabajo.**Es así como vemos que el Comité, no hace un análisis de lo que realmente fue el motivo de lo ocurrido, QUE FUE LA FALTA DE PERSONAL MÉDICOS EN GINECOBSTETRICIA, para atender los partos en el turno de trabajo respectivo, con lo que se hacía imposible el cumplimiento de todas las emergencias que pasaban al tiempo y que no hacían posible atenderlas todas en debida forma y a tiempo.**Bien lo dice un mandato de la lógica y de los fenómenos de la naturaleza, traducido a un apotegma del derecho que manifiesta que nadie puede estar obligado a lo imposible.**Mi prohijado no solo está siendo difamado al manifestar que obro con negligencia y culpa grave, sino que también se le ha colocado una responsabilidad sin nexo de causalidad en esta situación, según lo que vamos a probar con todo lo expuesto a continuación en nuestro escrito de defensa.**El concepto del Comité de Conciliación debió ser negativo sobre haber encontrado negligencia a titulo de dolo o culpa grave por parte del equipo médico, sino que además, debió haber concluido sobre las acciones propias para evitar que eventos como los que se reprochan se repitan ante el escaso personal de ginecobstetricia.**Todo lo anterior hace que el proceso adolezca de falta de legitimación por pasiva, toda vez que como se ha manifestado en ningún momento se ha determinado la responsabilidad dolosa o gravemente culposa de mi mandante, no existe ninguna prueba real en la que no se haya optado por la simple elucubración de situaciones meramente circunstanciales, para realizar imputaciones infundadas, siendo por consiguiente el acta del comité de conciliación arbitraria, violatoria del debido proceso de defensa y de contradicción, es más, el comportamiento de mi prohijado no se enmarca dentro de las presunciones que la ley trae insertas, por el contrario, su actuar se encuentra cobijado dentro de lo denominado como presunción de buena fe, que elevada a rango constitucional, hace que su presencia sea de más peso que las suposiciones legales incluidas en la Ley 678 de 2001.* |
| *FALTA DE LOS REQUISITOS PREVISTOS POR LA LEY PARA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN :* | *La Ley 678 de 2001, dentro de su articulado previo requisitos necesarios para la presentación y para la prosperidad de la acción de repetición los cuales se puede agrupar en presupuestos objetivos y por otra parte el presupuesto subjetivo.**Los presupuestos objetivos serian: 1. Condena a una entidad pública, a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. 2. El pago total de la misma, por parte de la entidad pública actora. 3. Condición de agente funcionario público de los demandados, al momento de los hechos.**Sobre los anteriores presupuestos debemos decir que no están probados con la suficiente idoneidad, debido a que no se he demostrado el pago de ninguna suma de dinero por parte de la entidad demandante, al no haberse allegado documento que acredite el paz y salvo respectivo.**El presupuesto subjetivo seria: La conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario público calificada por el comité de conciliación, así como las razones que justifiquen la acción de repetición debidamente certificadas mediante una constancia.**Por consiguiente el presupuesto subjetivo debemos decir como ya se ha dicho, que tampoco ha sido probado y es todo lo contrario, debido a que no se ha determinado la calificación de la conducta por parte del comité de conciliación de la entidad demandante de una forma adecuada sin violación al debido proceso y por personas idóneas y peritas en el asunto, pues ninguno de los firmantes tenía la calidad de médicos gineco- obstetras, para saber o determinar sobre la negligencia o no de mi prohijado, el cual es un requisito de procedibilidad para poder incoar la demanda de repetición.**Manifiesta el artículo 4 de la Ley 678 de 2001: " El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta". Para nuestro caso en concreto este requisito no se cumplió, pues no se allego ningún certificado del comité de conciliación donde se estableciera la culpabilidad del demandado además de las razones que sustentan la justificación de la acción de repetición.**Del artículo 75 de la ley 446 de 1998, introdujo un nuevo artículo, el 65B a la ley 23 de 1991, estableciendo que los Comités de Conciliación serán obligatorios en las entidades Nacionales, Departamentales y Distritales, y en sus entes descentralizados, y en las entidades Municipales que sean capital de Departamento, y estarán conformados por funcionarios del personal directivo. El artículo tercero del Decreto 1214 del 29 de junio de 2000, estableció que los Comités estarían integrados por los siguientes miembros permanentes: El jefe de la entidad o su delegado, el ordenador del gasto o quien haga sus veces, el jefe de la oficina jurídica o la dependencia que defienda los intereses litigiosos de la entidad, y dos funcionarios de dirección o confianza que designe el jefe de la entidad, de conformidad con la estructura orgánica de cada ente.**En nuestro caso el comité no solicitó ningún concepto científico o se apoyaron en algún dictamen para lanzar sus especulaciones o imputaciones totalmente infundadas, pues ninguno de sus miembros tiene la profesión de médico gineco- obstetra.**En el presente proceso no existe ningún pronunciamiento debidamente asesorado del comité de conciliación de la entidad sobre el fundamento de la responsabilidad de quienes demandan, por lo cual se cae de su propio peso pretender que se decrete la responsabilidad en repetición.* |
| *FALTA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTUAR DEL DEMANDADO Y EL SUPUESTO DAÑO.* | *Habiendo dejado claro que hay inexistencia de la calificación de la conducta del demandado dentro de todas las pruebas allegadas, debemos ver que el nexo de causalidad que en este caso sería la Culpa grave o el Dolo, que no le puede ser endilgada de ninguna forma a mi prohijado como lo veremos, ya que si bien es cierto realizo unas actuaciones en cumplimiento de la lex artis y sus funciones, estas estuvieron enmarcadas dentro de los procedimientos y directivas que le competía realizar, sin que se le pudiera pedir algo diferente.**Al no poder exigírsele ningún acto o conducta diferente a la realizada por el funcionario demandado en la presente acción de repetición, se rompe el nexo de causalidad, pues sus actuaciones no pueden llegar a ser los constitutivos al supuesto daño que se alega.**Los protocolos de atención médica y de vigilancia, así como los exámenes realizados a la paciente ANA CAROLINA RIVERA, se siguieron por parte del equipo médico y aun más por mi prohijado el Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, quien realizo lo que le competía hacer en el día y hora que valoro a la paciente, tal y como lo considera en el análisis de la historia clínica realizada en este memorial y en la misma defensa de la entidad demandada en la contestación interpuesta de la acción de reparación directa .**Mi prohijado no ocasiono de ninguna forma ni por acción, ni por omisión algún detrimento patrimonial de la entidad, es decir, de ninguna forma hay algo que pretenda, ni siquiera insinuar su responsabilidad ante el acto médico que fue objeto de debate en un proceso que desafortunadamente fue mal analizado por el Tribunal Contencioso Administrativo De Cundinamarca pues solo se basó en un testimonio de uno de los hoy demandados, sin nada científico que lo apoyara, por lo cual si bien pudo terminar justamente vencida la entidad que prestó el servicio, no significa que las razones y fundamentos hubieran sido los indicados.**Debemos decir de forma imperativa que no puede de ninguna forma atribuirse algún tipo de responsabilidad por los supuestos hechos relatados en la demanda, pues de ellos se desprende sencillamente que hay ausencia total de causalidad entre las actuaciones de mi prohijado y la resultante pago de la entidad en virtud de haber sido vencida en un proceso de acción de reparación directa.**En este punto resulta cardinal, adentrarse en el estudio de la causalidad adecuada para definir, con base en los criterios doctrinales y jurisprudenciales aplicables al caso en concreto, si el proceder del personal de una entidad gubernamental, en verdad puede ser considerada una causa adecuada del daño. A modo de introducción señala la Corte que, hoy por hoy, "se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable), sea el más adecuado, el más idóneo para producir un resultado, atendidas por lo demás, las especificas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de una tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo"[[2]](#footnote-2)**En idéntico sentido ha señalado la doctrina en cabeza de Isidoro Goldenberg que la teoría de la causalidad adecuada, en estadios de la "prognosis postuma"[[3]](#footnote-3)"aquilata la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia en orden al curso ordinario de los acontecimientos", en este punto "adecuación quiere decir adaptación; el efecto ha de ser apropiado a la forma de obrar del sujeto en función del daño resultante, que era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos"**"El concepto de causalidad adecuada, implica, pues, el de regularidad, apreciada de conformidad con lo que acostumbra a suceder en la vida misma. Es decir, para que exista relación causal, según la interpretación que comentamos, la acción tiene que ser idónea para producir el efecto esperado, tiene que determinarlo normalmente"(...) "no es suficiente, por tanto, que un hecho aparezca como condición de una evento si regularmente no trae aparejado ese resultado".**Bajo ese devenir argumentativo puntualiza "que el juicio de idoneidad o cálculo de probabilidades tiene que plantearse en abstracto, o en general, con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre; y no en concreto o en particular, es decir, como se han producido realmente las cosas", así las cosas, "la determinación del fenómeno causal constituye de ese modo el resultado de un proceso de abstracción y generalización que da relevancia a una de las condiciones del caso en concreto, elevándola a la categoría de causa del evento"**Por todo lo anterior concluye que "si la acción u omisión que se aprecia era de ordinario apta para provocar el daño ésta será objetivamente atribuible al agente, por guardar con dicha conducta una relación causal adecuada"**Todo lo anterior es útil para advertir insuficiencia que le es inherente a la condictio sine qua non para dar respuesta a la pregunta de qué causó un daño antijurídico, pues entendió la jurisprudencia y la doctrina que tal construcción teórica padece de una insoslayable deficiencia para responder a las necesidades que proliferan en el campo de la responsabilidad civil, y particularmente en el estudio de la causalidad, e impedía, por tanto, tenerla siquiera en cuenta como una posibilidad remota de aplicación en el campo del derecho de daños, pues, jurídicamente resulta insostenible e indefensable argumentar con visos de prosperidad que todos los hechos antecedentes a la producción del daño ostentan idéntica relevancia causal, pues, de tiempo atrás se aceptó pacíficamente que para el derecho únicamente son causa de un daño aquella sucesión de hechos pretérita a la concreción del mismo que de conformidad con las reglas de la experiencia y la probabilidad puedan considerarse como causa del mismo, esto es, sólo serán tenidos en cuenta para efectos de valorar la causalidad aquellos hechos que en el transcurso normal de los acontecimientos tuvieran la virtualidad de generar un daño, pues lo contrario, sería abrir la puerta a una regresión ad infinitum, elucubrando causas sin fundamento, lo que, por supuesto, está proscrito en el campo de la ciencia jurídica y de la escueta y sana lógica de la causalidad relevante.**En conclusión sobre el nexo de causalidad debemos decir que en definitiva es inexistente en este caso, pues no puede atribuírsele ningún actuar a mi prohijado bajo lo enmarcado por la ley como Dolo o culpa grave que sea merecedor de juicio de reproche para que hubiera sido la causa adecuada de que la entidad demandante, es decir la ESE HOSPITAL SAN BLAS, hubiera sido vencida en el juicio con ocasión de la acción de reparación directa que ahora es motivo de la presente acción de repetición.* |
| ADECUADA PRÁCTICA MÉDICA - CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS - AUSENCIA DE CULPA. | En la esfera de la responsabilidad civil - medica, es necesario que exista prueba que demuestre la culpa del médico tratante para poder hablar de un daño indemnizable, pero si por el contrario y como es nuestro caso el médico obro con total diligencia, prudencia y pericia necesarios para la buena práctica médica, no existe el elemento que pueda generar por consiguiente un reproche de resarcir o indemnizar un supuesto daño.La Lex Artis o la Ley del Arte, hace referencia a la ejecución del acto médico, conforme a la práctica aceptada en medicina, esto es, al cumplimiento de los criterios de excelencia y pautas de conducta que indica el desarrollo de la ciencia y técnicas médicas; si una actuación del galeno observó las normas de excelencia de los usos médicos del momento, se dice que cumplió con la lex artis.Para determinar su ausencia o presencia, se deben tener en cuenta las características especiales del profesional que realizó el acto, la complejidad del mismo, las circunstancias específicas del paciente, el lugar donde se realizó, el nivel del desarrollo del área de la medicina, entre otras. Así se debe observar la conducta de otros profesionales que se encontraren en iguales condiciones, siendo la *lex artis* el criterio valorativo de evaluación del acto médico concreto.La *lex artis* en el ejercicio de la medicina es el estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica, será esta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad. *uSi existe correspondencia entre la conducta del médico y el uso adecuado habrá obrado diligentemente, como un buen profesional; en caso contrarío incurrirá en falta."\**En éste sentido el estado del conocimiento de la ciencia médica, es decir, la *lex artis* es la que le indicará al médico que reglas y procedimientos son aplicables para el caso en concreto, y deberá analizarse teniendo en cuenta las reglas de la ciencia para casos similares, al respecto la Ley 23 de 1981 en su artículo 12 reza *11 el médico sólo empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por instituciones científicas legalmente reconocidas",* es decir, al galeno sólo le está autorizado utilizar las herramientas médicas avaladas por las agremiaciones, universidades, asociaciones de medicina, entre otras, pues si procede de manera contraria, estaría incurriendo en una falta, es decir, en contra vía de la llamada *lex artis.*Del mismo modo, la jurisprudencia ha sido enfática sobre el punto al mencionar lo siguiente:*"El comportamiento del médico y de la institución prestadora del servicio, sólo pueden ser juzgados teniendo en cuenta de una parte la denominada lex artis, lo que, de acuerdo con lo expresado en la obra "La práctica de la medicina y la ley" implica tener en cuenta "las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y de cada paciente"; razón por la gue se comparten las apreciaciones de la misma obra en la gue se señala gue "no se puede pedir a ningún médico, como no se puede hacer con ningún otro miembro de la sociedad, el don de la infalibilidad. De lo contrario, todas las complicaciones posibles y las muertes probables deberían ser "pagadas" por los profesionales de la salud, lo cual es absurdo. Lo gue se juzga no es en realidad un resultado inadecuado, sino si ese resultado se origina en un acto negligente gue no se sigue las reglas del arte del momento, habida cuenta de la disponibilidad de medios y las circunstancias del momento en el cual se evalúe el caso"[[4]](#footnote-4)* (negrilla fuera de texto) 6 Finalmente y para apoyar estos conceptos, me permito citar un concepto doctrinal proferido por el autor Tomas García Hernández, quien define el concepto de LexArtis como "La *aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos, o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido. Una de las condiciones de la LexArtis es que cualquier médico actuaría de igual forma, cuando se le dieran las mismas condiciones, siempre con la salvedad de la libertad profesional'* es así como la lexartis se constituye como marco de referencia por medio del cual se debe ajusfar el accionar del médico, teniendo en cuenta las fuente tanto teóricas y prácticas, así como los avances médicos, que son intrínsecos a su labor.La conducta de la profesional de la salud, siguió los estándares de calidad exigidos para la pericia que debe tener en los procedimientos de gineco-obtetricia, en todos los procedimientos realizados en los momentos y oportunidades adecuadas. No existe nada que indique que mi poderdante realizo algo indebido o dejó de hacer algo que colocara en riesgo la vida del paciente o la perjudicara para que se originara un daño indemnizable.Nada nos lleva a una conclusión desfavorable en el sentido de la existencia de la culpa de mi prohijado, pues sus deberes y funciones como médico y especialista los que fueron cumplidos en su totalidad, habiendo realizado todo lo que estaba a su alcance para intentar proceder con todo lo más favorable para paciente al momento en que pudo atenderla.En definitiva se destaca el cumplimiento de la lex-artis, o buena práctica médica por parte del DoctorCARLOS RAUL MELO RAMIREZ, pues fue diligente en atención del paciente, actuando según losprocedimientos y los medios de atención dispuestos por la IPS, según las posibilidades y recursos quese tenían a su alcance, logrando en definitiva en cumplimiento de los protocolos y procedimientosnecesarios para tratar de que se diera el parto de la paciente ANA CAROLINA RIVERA FLROREZ de la forma más beneficiosa posible, pues se es sabido en esta materia que es más conveniente el parto natural, máxime cuando como se demuestra no había indicación de cesárea.• Se ha dicho en Sentencia del Consejo de Estado Número de radicación: 23001-23-31 -000-2001 -00278-01(28804), del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO:*"...En lo que se refiere a la afectación de la salud sufrida por la señora Amparo Ramírez Suárez, el perjuicio se encuentra probado por las siguientes razones. En primer lugar, parece claro que la falta de atención oportuna hizo necesaria la realización de una cesárea que, en un principio, no era requerida. No obra en el expediente prueba alguna de que durante el embarazo se hubiera detectado alguna condición que justificara la cesárea o de que este procedimiento se hubiera programado, por lo que cabe inferir que la razón de su realización radicó en el óbito fetal y la imposibilidad subsiguiente de un parto natural.**Ahora bien, así como la realización de la cesárea es una exigencia del derecho a la salud en los casos en que la reclaman las circunstancias del embarazo o parto, su realización innecesaria o su práctica en situaciones en las que la necesidad sobreviene por una causa evitable e imputable a la entidad médica, supone siempre una vulneración del mismo derecho. Y es que es de común conocimiento que la cesárea, por una parte implica un mayor riesgo y por otra, supone una serie de complicaciones que no son propias del parto natural.**Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como la sedación, la ruptura de membranas, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura, etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en la que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos, la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porgue (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos y aceptados por el paciente. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace gue lo gue en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga gue ser soportado por el paciente. En este sentido, hay gue considerar gue el hecho de gue la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto guirúrgico.**Respecto de la naturaleza de los daños propios de la Intervención quirúrgica la Sala precisa que, por regla general, ésta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizares como el daño de carácter permanente.**En lo concerniente a la intervención guirúrgica cesárea la Sala considera necesario añadir gue ésta no está llamada a sustituir al parto, medio natural de alumbramiento, siendo entonces necesario gue se realice única y exclusivamente cuando existan razones médicas gue lo justifiquen, esperándose, por ello, gue el número global de estas intervenciones sea limitado. Lo anterior porque, como se ha dicho anteriormente, salvo en aquellos casos excepcionales en los que el parto vaginal está contraindicado, la cesárea, en tanto procedimiento quirúrgico supone un aumento del riesgo y un sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural, algunas de las cuales tienen que ver con la fertilidad femenina y las características de los partos subsiguientes. Sobre el imperativo de revisar la actitud frente a la proliferación de las cesáreas innecesarias, así como sobre los mayores riesgos y complicaciones de esta intervención se puede hallar copiosas referencias en la literatura médica..."*Por otro lado se insiste en el fallo del Tribunal de Ética Médica que se hubiera promovido en contra de mi prohijado, y en donde sabia decisión no se vio méritos para proferir pliego de cargos eximiéndolo de toda responsabilidad por ausencia de culpa, tomando lo referido en la misma sentencia, pagina 24:*"Arde una gestación que se estimaba prolongada, inducción fallida hasta eí momento, indica de bishop desfavorable y monitoria sin estress no reactiva, el ginecoobstetra FORERO VILLAMIZAR planteó la realización de cesárea para la extracción de fruto, una vez logradas las condiciones necesarias de ayuno para proceder a tal intervención, que en las , circunstancias identificadas no era de urgencia estricta que para ese momento no existían condiciones de sufrimiento fetal En tanto se continuó con la inducción de trabajo de parto a que venía siend sometida.**"Recbida por el especialisdta de turno de la tarde, ginecoobstetra A DR. MELO RAMIREZ en tales condiciones se estima' que las condiciones clínicas de la gestante se hatimodificado, como que se aprecia un trabajo de parto establecidoTíanto como una monitoria PTC negativa reactiva, para considerarse que en condiciones tales se había superado aquellas que en su momento había determinado la indicación de cesárea, y dar en consecuencia, curso al trabajo de patío establecido bajo condiciones de vigilancia del mismo tanto como del bienestar fetal y materno en la nueva situación. Este Despacho estima que las decisiones adoptadas bajo tales condiciones, se ajustan a los términos de ta Lex Artis, habiendo sido en su momento atinadas y oportunas.*• Como es fácil analizar, se anota que lo realizado por mi prohijado el Dr. CARLOS RAUL MELO estuvo ajustado a la *lex artis,* pues LAS CONDICIONES DE LA PACIENTE SE HABÍAN MODIFICADO cuando la vio en su turno de trabajo!!!!!!, es decir, no había la indicación de una cesárea al momento en que mi prohijado pudo atender a la señora ANA CAROLINA RIVERA FLORES.Todo lo anterior está demostrado aún más con el dictamen pericial allegado al presente proceso mediante la contestación que en mérito debe estudiarse en cada uno de sus apartes. |
| *CAUSA EXTRAÑA AL ACTO MÉDICO* | *La Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[[5]](#footnote-5), ha enseñado recientemente en su jurisprudencia una serie de causas extrañas a la actividad médica, con la suficiente entidad para exonerar[[6]](#footnote-6) de Responsabilidad eventos protagonizados por facultativos y que han sido objeto de censura a través de una acción judicial.**En materia de responsabilidad médica recientemente se ha dado camino una nuevas tesis exonerativas que se centra en exclusivo en el nexo causal, y que no permite la atribución jurídica contra el extremo pasivo, siempre y cuando se configure los elementos que a continuación pasan a resaltarse: Elementos clásicos, que se aunan, hoy en día, a una visión científica propia de la medicina y a la lex artis del momento.**Veamos a continuación una serie de eventos que ha destacado la jurisprudencia mencionada en líneas precedentes:**Alea Terapéutica: Por supuesto que una ciencia tan compleja como la médica tiene limitaciones, pues aún existen por doquier interrogantes sin resolver, a la vez que desconoce todavía la explicación de múltiples fenómenos fisiológicos, químicos o farmacológicos, amén que en muchas circunstancias parte de premisas hipotéticas que no han podido ser comprobadas con el rigor científico requerido, a la vez que tratamientos aceptados e instituidos habitualmente, están condicionados, en no pocos casos, por factores imprevisibles o inevitables. Dicha realidad se ve traducida en situaciones que escapan a la previsión y prudencia más rigorosas, motivo por el cual si el daño tiene génesis en ellas será menester calificar esas contingencias como eximentes de responsabilidad.**Reacciones Orgánicas Impredecibles: El estado del paciente y sus reacciones orgánicas también pueden generar situaciones francamente imprevisibles que debe evaluar el juzgador al momento de determinar la responsabilidad médica; así, un marcado deterioro del estado de la salud puede incrementar el riesgo anestésico y quirúrgico, o el suministro de ciertos fármacos puede ocasionar en el enfermo reacciones inesperadas -alérgicas, tóxicas, idiosincrásicas, etc.-, que en la actualidad no es posible evitar con los recursos que la ciencia y la técnica médica ofrecen, como tampoco paliar algunos de sus efectos.**RIESGO INHERENTE: En fin, el riesgo puede estimarse "'como la posibilidad de ocurrencia de determinados accidentes médico-quirúrgicos que, por su etiología, frecuencia y características, resultan imprevisibles e inevitables'". Desde esa perspectiva, en línea de principio, tanto el riesgo quirúrgico como el anestésico no son reprochables al galeno, por su imprevisibilidad e inevitabilidad y, por ende, no suelen generar obligación reparatoria a cargo de éste.**latroqenia Inculpable. Incluso, no puede soslayarse que el quehacer médico, pese a estar ajustado a los métodos científicos, ocasione un daño en el cuerpo o en la salud del enfermo, el cual no podría atribuirse al profesional de la medicina, en la medida en que no hubiere concurrido culposamente en su producción o agravamiento. De ahí que la doctrina suela concluir que la llamada "iatrogenia inculpable", noción que también involucra los métodos terapéuticos y los diagnósticos ceñidos a la ciencia médica, no comprometa su responsabilidad.**En el caso concreto, no hay que olvidar que dentro de la historia clínica motivo de análisis se encontró:**• Oct 31/01 a las 4:55 el Dr. Forero inició cesárea de emergencia y a las 5:05 horas nació feto masculino muerto, impregnado de meconio, de 39 semanas por examen físico, pesó 3300 gr, talló 52 cm, tenía una circular del cordón apretada en el cuello. Las circulares del cordón umbilical en el cuello fetal son un RIESGO INHERENTE AL PARTO, que es imprevisible e inevitable. Si la circular está asociada a un cordón muy corto, o existen varias circulares, éstas pueden apretarse en el momento del descenso fetal a través del canal del parto, ocasionando compresión de los vasos sanguíneos del cordón, dificultando el intercambio de gases materno-fetales, con la consiguiente posibilidad de asfixia fetal, que de prolongarse puede ser causa de muerte fetal intraparto. En el caso de la señora RIVERA, la circular de cordón al cuello pudo haber sido la causa de la muerte fetal.**Como podemos resumir de los hechos descritos en la demanda, no muestran ninguna falla de atención o inaplicación de la lex artis, así como ninguna culpa, falta de pericia, técnica o negligencia en el desarrollo de los procedimientos médicos realizados por mi poderdante, por lo cual es improcedente una sentencia condenatoria a favor de la parte demandante, al encontrarnos en un esquema de responsabilidad de culpa probada[[7]](#footnote-7) como lo es la responsabilidad médica.**Es necesario recordar que los criterios actuales en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable en los casos de ginecobstetrícia, son los de falla probada[[8]](#footnote-8), tal y como se aduce por medio del fallo origen de la acción de repetición que nos compete, y que no basta con probar el daño y el nexo sino también debe probarse la falla o culpa[[9]](#footnote-9) en nuestro caso.* |
| *LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO* | *En definitiva a un médico no se le puede comprometer sino hasta cuando las variables que resulten lo permitan, en otras palabras existe obligación de hacer o de no hacer, pero solo lo que este a su alcance y que pretenda en definitiva la consecución del juramento hipocrático que no es otro sino la garantía del mejoramiento de las condiciones médicas del paciente.**La obligación del médico tratante que pone todos sus conocimientos y experiencia para en un criterio de oportunidad y pertinencia lograr el resultado de la consecución de la mejora de un paciente, no puede catalogarse como la razón de indemnizar un riesgo inherente al tratamiento médico realizado como lo es nuestro caso.**No es posible establecer la perfección de la recuperación en definitiva y el estatus quo de un paciente con patologías como las presentadas por la paciente, pues es lógico y puramente natural que en los debidos tratamientos que fueron necesarios para tratar de llevar a feliz término el trabajo de parto que aconteció, fueron considerados y realizados por mi prohijado cuando tuvo oportunidad intervenirla dentro de su turno de trabajo, sin que se le pueda hacer ningún juicio de reproche sobre su proceder.**La paciente necesito unos procedimientos que le fueron realizados con el fin de intentar un parto natural, pues no había indicación de cesárea cuando mi prohijado el Dr. CARLOS RAUL MELO la valoro, procedimientos que se le realizaron según los protocolos médicos y la lex artis, habiéndole avisado de todas las formas que podrían generarse riesgos inherentes a dichos procedimientos, situación que en nuestro caso no le es atribuible a mi prohijado en cuanto a su actuar, ya que su intervención fue oportuna y diligente logrando lo posible dentro de las expectativas científicas esperables.**La obligación de medios es definida por JOSSERAND como aquella "en la que el deudor se obliga a poner en obra su industria, su actividad, su talento, a prestar esfuerzos, suministrar cuidados, en vista de un resultado sin duda, pero sin garantizar efectividad " prometiendo al deudor solamente conducirse con prudencia y diligencia en una dirección determinada, siendo esta diligencia el objeto de obligación, ya que normalmente el resultado deseado por el acreedor es demasiado aleatorio y depende poco de la exclusiva diligencia del deudor, por lo que la no obtención del resultado no permite presumir culpa de éste último en cuyo caso se debe probar la culpa .**Así las cosas, y como lo han reiterado las altas cortes, la obligación del médico es de medios y no de resultado , pues estamos frente a una de las llamadas profesiones liberales, donde el deudor únicamente asume la obligación de mera actividad, pues a dichos profesionales solo se les puede exigir una conducta solícita y diligente, en virtud de la cual han de procurar la obtención de la curación sin que el resultado (mejoría del paciente), haga parte del alcance debito prestacional.**Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, desde 1940:**...el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o la no curación de éste ... (negrilla fuera de texto)**En el mismo sentido en sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera, de fecha 18 de abril de 1994, se sostuvo:**...La responsabilidad médica sigue siendo tratada, en la jurisprudencia de la Corporación como de MEDIOS, o sea de PRUDENCIA Y DILIGENCIA, lo que obliga al profesional de la medicina y a los centros de atención a proporcionar al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos científicos, y a la práctica del arte de curar, son conducentes para tratar de logra el FIN deseado, siendo igualmente cierto que no se puede ni debe asegurar la obtención del mismo. (Negrilla fuera de texto)**Por lo anterior, respecto a la obligación que tienen los médicos en la atención de un paciente se trata de una obligación de medios y no de resultado, por lo cual ningún procedimiento, conducta quirúrgica, o manejos sistémico se deben dar garantías de la obtención de un resultado específico, pues los profesionales de la salud manejan enfermos y no enfermedades y la respuesta es particular en cada caso.**Ahora bien, el artículo 104 de la Ley 1438 del año 2011 prescribe lo siguiente:**"Artículo 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional. (...)(Negrílla fuera de texto)* |
| *AUSENCIA TOTAL DE DOLO O CULPA POR PARTE DE MI PROHIJADO.* | *Para poder analizar la conducta de mi prohijado trascribimos los artículos de la Ley 678 de 2001, que hablan sobre la culpabilidad en la acción de repetición así:**"ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.**Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:**Obrar con desviación de poder.**Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.**Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.**Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.**Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.**ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la lev o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.**Se presume gue la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:**1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.**2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.**3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.**4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar manifiesta o inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."**• Con respecto al Dolo:**1. Mi prohijado no obro con deviación de poder y de todas formas no se ha proferido decisión de ninguna autoridad que así lo determine.**2. No se expidió ningún acto administrativo viciado de nulidad por falsa motivación o aun cuando menos no hay decisión judicial que así lo respalde.**3. No se expidió ningún acto administrativo que ocultara hechos a la administración.**4. No existe ningún pronunciamiento de ninguna autoridad disciplinaria sobre los hechos expuestos en el presente proceso.**5. No se expidió ninguna decisión con desconocimiento arbitrario de norma alguna, es decir, no pude atribuirse actos contra derecho cuando no obraba prueba que permitiera haber podido tomar o sustentar alguna acción diferente.**• Con respecto a la Culpa Grave:**1. No existió violación de las normas de derecho, pues no puede haber culpa sin el elemento cognitivo necesario.**2. No existió abuso de las competencias o funciones del cargo desempeñado por mi prohijado.**3. No existió omisión alguna por parte de mi prohijado, pues siempre actuó de acuerdo a sus limitaciones, (lex artis), tanto funcionales como de conocimiento factico sobre las decisiones tomadas.**4. No existió violación alguna sobre el debido proceso.**Como puede verse no existe mérito alguno que nos permita concluir que existió dolo o culpa grave por parte de mi prohijado el Señor CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, pues todos sus actos se enmarcaron dentro de los criterios legales y dentro de la oportunidad debida, habiendo realizado sus deberes con la suficiente idoneidad, pericia y experiencia necesaria.**Por otra parte existe cosa juzgada inclusive en cuanto a este aspecto reconocido por el Propio Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia motivo de la acción de repetición, teniendo claro que se examinó la buena aplicación de la lex artis de los galenos que participaron en los hechos, entre ello mi prohijado, en donde no existió mérito para endilgar cargos, es decir, no existió ninguna razón para establecer que obraron con negligencia por acción u omisión, con dolo o culpa grave en el caso que nos ocupa.**Para señalar donde el tribunal Administrativo de Cundinamarca señala que existe cosa juzgada en este aspecto podemos ver la página 29 de la sentencia veamos:**Sobre este punió, precisa la Sala que si bien cuenta el plenario con ía acmaf&óft\*\* ética disciplinaria adelantada ante el Tribunal de Ética Médica dentro de la cual halla la decisión de fondo que absuelve a los médicos Ernesto Forero y Carlos Meló allegada al plenario en copia auténtica para que fuera valorada corno medio de prueba en el presente trámite, las conclusiones adoptadas por esa instancia médica son eficaces dentro.del marco de su competencia7 y especialidad por cuanto evalúan ía conducta médica observada por los profesionales de la salud.**Como es de fácil lectura, se concluye, que en la misma sentencia allegada como prueba y motivo de la acción de repetición, se da credibilidad sobre los aspectos de la conducta ya analizada del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, por lo cual, no existe entonces duda sobre la inexistencia del aspecto subjetivo que nos compete analizar, es decir, no existe dolo o culpa grave por parte de mi prohijado en el presente medio de control de repetición incoado.* |
| *CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA ENTIDAD:* | *Como se ha venido explicando, las razones de la sentencia en que se funda la presente acción no fueron las que verdaderamente debían prosperar para encontrar la falla en el servicio, pues a todas luces se insiste que la defensa alego de forma muy prolija la adecuada practica médica y por demás confeso o declaro que lo que pasaba es que TAN SOLO CONTABAN CON UN SOLO MÉDICO ESPECIALISTA EN GINECOBSTETRICIA para el turno correspondiente, por lo cual, este hecho sin lugar a dudas es el que tiene mayor relevancia a la hora de determinar las responsabilidades del buen servicio de salud que se debía prestar.**La misma defensa del Hospital San Blas en la demanda y acción de reparación directa, reconoce y confiesa que lo que paso fue producto del escaso personal que había en el Hospital, para el Parto de la Paciente ANA CAROLINA, veamos lo que se dice y concluye, trascribiendo lo que se extrajo en la sentencia por la cual se pretende repetir:**"... En este punto es procedente tener en cuenta que EL HOSPITAL SOLO CUENTA CON UN MÉDICO qinecobstetra en cada turno, teniendo este que atender todos los casos de parto que se presente en su respectivo turno, situación que vivió el Dr. Ernesto Forero en la noche del 30 de Octubre y madrugada del 31 del mismo mes. De ello hay constancia en el folio 32 de la Historia Clínica de la Paciente, en donde se indica que el Dr. Forero se encuentra en cirugía.**"Cosa diferente es que a la fecha LA ENTIDAD SOLO CONTABA CON UN MÉDICO GINECOSTETRA POR TURNO, el cual no podía estar presente en todos los procedimientos que tuvieran que llevarse a cabo en un mismo momento. Por otro lado, todos los tratamientos y procedimientos son llevados a cabo según una decisión médica, al cual es propia de la órbita de conocimientos criterios de cada uno. "(Resaltado nuestro)* *La falla en la prestación del servicio, en el caso que nos ocupa está centrado en la falta de médicos gineco-obstetras en lugar de la mala práctica o culpa de los galenos que atendieron el parto.**• No está de más trascribir las conclusiones plasmadas en el Fallo del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, trascritas a la mima Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca allegado como prueba en su página 25:**"Ciertamente la circunstancia de ser del doctor ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR el único ginecobstetra de turno y de haberse presentado el desencadenamiento de sufrimiento fetal agudo que afectara al fruto de la gestación de la paciente cuando se encontraba en quirófano realizando cesárea de urgencia, impidió la rápida inteivención necesaria en el momento que hubiera podido preservar la vida de la gestación de la señora RIVERA FLOREZ,**La defensa de la entidad, además de haber realizado una superflua gestión probatoria en cuanto a lo que tiene que ver con la demostración de la buena aplicación de la lex artis, tampoco pudo oponerse a la decisión del Tribunal en debida forma, pues se analizaron aspectos que no fueron debatidos en primera instancia como el testimonio del Dr. ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR, del cual por una sola de sus respuestas, resultan atribuyendo la existencia de todos los elementos de la responsabilidad, sin explicar en debida forma donde fue la falla, como ocurrió, si existió culpa o no de los galenos, si existió nexo de causalidad del comportamiento de los galenos con el resultado, en fin todos y cada uno de los factores que podrían servir de fundamento para que de verdad se hubiera identificado la supuesta falla del servicio.**La entidad fue descuidada en la defensa de sus intereses en la contestación de la acción de reparación directa pues omitió por completo haber alegado el riesgo inherente de la cordon circular alcuello que fue muy probablemente la causa efectiva de la muerte del feto, pues sin lugar a dudas dicha situación nunca fue debatida en franca lid y durante las etapas del proceso, pues en el fallo motivo de la presente acción no hacen mención alguna.**En el caso concreto, no hay que olvidar que dentro de la historia clínica motivo de análisis se encontró:**Oct 31/01 a las 4:55 el Dr. Forero inicio cesarea de emergencia y a las 5:05 hors nació feto masculino muerto, impregnado de meconio, de 39 semanas por examen físico, pesó 3300 gr, talló 52 cm, tenía una circular del cordon apretada en el cuello. Las criculares del cordon umbilical en el cuello fetal son un RIESGO INHERENTE AL PARTO, que es imprevisible e inevitable. Si la circular está asociada a un cordon muy corto, o existen varias circulares, estas pueden apretarse en el momento del descenso fetal a través del canal del parto, ocasionando compresión de los vasos sanguíneos del cordon, dificultando el intercambio de gases materno-fetales, con la consiguiente posibilidad de asfixia fetal, que de prolongarse puede ser causa de muerte fetal intraparto. En el caso de la señora RIVERA, la circular de cordon al cuello pudo hbaer sido la causa de la muerte fetal.**Por otra parte también obra con negligencia y culpa la entidad accionante en repetición cuando puedo haber hecho uso del recurso extraordinario de revisión, habiendo suficientes razones para que fuera conocido por el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, El Honorable Consejo de Estado, pues se desconoció sin mayor rubor una prueba determinante de la buena práctica médica y de la lex artis que hubiera exonerado de responsabilidad, que es sin lugar a dudas el fallo del Tribunal de ética Médica de Bogotá.* |
| *INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.* | *Para abundar en el tema y sea comprensible esta excepción, retomamos los presupuestos primarios del Daño en general así:**DEFINICIÓN DE DAÑO:**Es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad. Artículo 90 de la Constitución Política**Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación táctica y jurídica del mismo a la administración pública.**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90**DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Definición. Concepto I DAÑO ANTIJURIDICO - Estructuración**El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente - que no se limite a una mera conjetura -, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. La antijurícidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho o interés contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo.**DAÑO ANTIJURIDICO - Requisitos para su configuración:**No constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación legítima o moralmente aceptada; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima. (...) el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento táctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica, dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa táctica o material respecto de un derecho, bien o interés legitimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.[[10]](#footnote-10)**EN CUANTO A LO EXPRESADO POR EL ARTICULO 90 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, QUE EL DAÑO SEA INJUSTO**"ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.**En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."**El daño en materia de responsabilidad debe ser antijurídico, por lo cual ha sido definido por la jurisprudencia y los doctrinantes que es aquel que es injusto o no se está en la obligación de soportar.**Finalmente podemos decir que tampoco se ha calificado por parte de ninguna entidad el supuesto daño como antijurídico, pues debe decirse entonces que la entidad en justa decisión pago un dinero a manera de reparación de un daño pero por falla de la parte administrativa al no dar los suficientes elementos o el suficiente personal en ginecobstetricia, con el fin de atender los partos que pueden ser muchos en un solo turno, haciendo imposible atenderlos con toda la eficacia que debería realizarse, viéndose los médicos expuestos a innumerables eventualidades de las que humanamente es imposible escapar, llevándonos a concluir que se debe desestimar la misma acción de repetición según lo establecido en el mismo inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Nacional.* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
		1. El apoderado de la **PARTE ACTORA** manifestó que *“(…) De la historia clínica de la paciente se puede evidenciar que existió sufrimiento fetal en el hijo por nacer de la Señora ANA CAROLINA RIVERA, por lo que el actuar de los médicos se enmarca dentro los elementos del dolo o la culpa grave preceptuados en el artículo 5 y 6 de la ley 678 de2001, por las siguientes razones fácticas:*

***De la conducta del médico Carlos Raúl Meló***

*Según se evidencia en la historia clínica de la paciente ANA CAROLINA RIVERA, los médicos en el turno de la mañana ordenar la realización del procedimiento quirúrgico cesárea, por lo que se evidencia culpa grave del galeno en comento, al no realizar la cirugía que estaba programada para el día 30 de octubre de 2001, a las 3:00pm.*

*Así mismo, se advierte negligencia en el proceder el médico al no valorar a la paciente a las 3:00pm, hora en que se cumplía el ayuno, y no realizarse la cesárea programada para ese momento.*

*El médico valoro a la paciente a las 01:45 pm, del 30 de octubre de 2001, donde decidió continuar con el goteo de oxitocina. Sin embargo, no se evidencia nueva valoración en el turno de la tarde.*

*En ese orden de ideas, la actuación del médico del enmarca dentro de la culpa grave, al no realizar de manera oportuna la cesárea a la paciente en mención, lo que ocasiono sufrimiento fetal al nascituro, o más bien, al no realizar el procedimiento adecuado y oportuno, que garantizase la vida de la paciente y del que esta por nacer.*

***De la conducta del médico Ernesto Javier Forero Villamizar***

*El médico incurrió en culpa grave al no realizarle a la paciente la cirugía de cesárea que estaba programada desde horas de la mañana, una vez ingresó al turno de la noche.*

*En la valoración que realiza el médico a las 7:30 pm, debió tener en cuenta que su colega en el tuno de la mañana había ordenado cesárea, y que en la nota médica de las 6:00pm de la tarde la paciente había dilatado en un centímetro.*

*Por lo anterior, el médico incurre en culpa grave al permitir el sufrimiento fetal del nascituro y no realizar la cesárea de manera oportuna.*

*Por lo anterior, es claro, que existió una omisión en el cumplimiento de los deberes por parte de los galenos, lo que condujo a una falla en el servicio que trajo como consecuencia no solo la muerte del nascituro, sino la reparación por daño moral a su familia por la suma de de 425 SMLMV ($227.630.000), lo que ocasiono un detrimento en el erario público de la Empresa Social del Estado.*

*En ese orden de ideas, los médicos omitieron el cumplimiento de sus deberes, por lo que deberán responder por la condena que le fue impuesta al fusionado Hospital San Blas, en atención a sus conductas culposas, tal cual se ha solicitado desde la presentación de la demanda (…)”*

* + 1. La demandada **ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR** a través de su apoderado alegó: *“(…) En el acápite "Conducta del médico Ernesto Javier Forero Villamizar" del escrito de la demanda de acción de repetición presentada por e! HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II ESE, solo se indicó que mi representado supuestamente había incurrido en culpa grave a! no realizarle a la paciente Ana Carolina RIVERA la cesárea una vez ingresó al turno de la noche del día 30 de Octubre de 2001.*

*No obstante lo anterior, en la contestación de la demanda que presentara el HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II ESE dentro de la acción de reparación directa instaurada por la Sra. Ana Carolina RIVERA No. 2003-02262, cuyo expediente se tuvo como prueba en la presente acción de repetición, sostuvo la hoy demandante:"... .En el turno de la noche nuevamente el Dr. Ernesto Forero recibe el turno, y observa que no se llevó a cabo la cesárea, razón por la cual ordena bajar a la paciente a salas de cirugía. En este punto es procedente tener en cuenta que el Hospital solo cuenta con un médico ginecobstetra en cada turno, teniendo este que atender todos los casos de parto que se presente en su respetivo turno, situación que vivió el doctor Ernesto Forero en la noche del 30 de octubre y madrugada del 31 del mismo mes. De ello hay constancia en el folio 32 de la Historia Clínica de la paciente, en donde se indica que el Dr. Forero se encuentra en cirugía", evidenciando así la inexistencia de culpa grave en la conducta de mi representado y por lo mismo, la imposibilidad de que su actuar hubiere sido la causante del daño antijurídico que se le atribuyó al HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II ESE en la acción de reparación directa antes reseñada.*

*Así pues, es inaceptable que la hoy demandante pretenda beneficiarse de su propia culpa endilgándole responsabilidad a mi representado, más aun, cuando fue el HOSPITAL SAN BLAS NIVEL II ESE en el curso de la acción de reparación directa instaurada por ia Sra. Ana Carolina RIVERA No. 2003-02262, cuyo expediente se tuvo como prueba en la presente acción de repetición, quien aceptara la imposibilidad de mi representado para realizar la cesárea de la paciente recién ingresó al turno de la noche, derivada de la deficiencia administrativa de la entidad por no contar con el equipo médico suficiente en ese momento.*

*Al respecto, valga recordar el concepto que emitiera la Procuraduría 136 II Judicial Administrativa dentro de la acción de reparación directa instaurada por la Sra. Ana Carolina RIVERA No. 2003-02262, cuyo expediente se tuvo como prueba en la presente acción de repetición, quien indicó: "aquí quedó demostrado que el equipo médico del Hospital San Blas era insuficiente para ia época en que se presentó la señora Ana Carolina RIVERA para ser atendida para trabajo de parto y consecuencia de ello es que el monitoreo fetal, que debió realizarse de manera permanente, se realizó de manera intermitente y en periodos previos al acto quirúrgico. Además, la falta de salas de quirófano impidió que la cesárea se realizara de forma inmediata como debió ser, episodios todos ellos constitutivos de deficiencia administrativa que el proceso revela como situaciones irregulares que desencadenaron la muerte del neonato", todo lo cual resulta ajeno a mi representado e imputable únicamente a la hoy demandante.*

*En similar sentido se pronunció el Tribunal de Ética Médica, máxima colegiatura para evaluar la Lex Artís de los profesionales de la salud, quien en la parte considerativa de la decisión de fecha 9 de Marzo de 2005 que se aportó como prueba tanto en la acción de reparación directa, como en la presente Acción de repetición, indicó; "No puede este Despacho dejar de resaltar los riesgos inherentes a la condición de disponibilidad de tan solo un especialista en una institución que como el Hospital San Blas desempeña una densa actividad de asistencia obstétrica que por supuesto cuenta con permanente posibilidad de situaciones de actividades médicas que coloque en condición de riesgo clínico a la paciente cuya resolución de necesidades se ve diferida en virtud de tal situación"*

*Por su parte el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, indicó en el fallo condenatorio de fecha 5 de Mayo de 2011 proferido en la acción de reparación directa instaurada por la Sra. Ana Carolina RIVERA No. 2003-02262, cuyo expediente se tuvo como prueba en la presente acción de repetición, lo siguiente:*

*"De lo descrito, la Sala evidencia la configuración de dos indicios que sirven de soporte para hallar fundada la culpa del ente prestador del servicio médico.*

*El primero de ellos, basado en las condiciones de normalidad del embarazo de Ana Carolina RIVERA Flórez hasta la semana 41 de gestación. Lo anterior permite inferir que el resultado esperado en el momento de dar a luz era igualmente normal y no debía presentar dificultad"*

*"El segundo indicio, se estructura a partir de ¡a practica tardía de la cesárea si se tiene en cuenta que la misma, ordenada a las 8:00 a.m del 30 de Octubre de 2001 debía realizarse a las 3:00 p.m del mismo día al vencer el periodo de ayuno. No obstante, la intervención indicada no se llevó a cabo sino hasta las 4:00 a.m del día siguiente cuando se presentó sufrimiento fetal'.*

*Más adelante indicó el Tribunal respecto a la conducta del Dr. Forero que "Cosa diferente es que no haya sido posible intervenirla de forma inmediata porque al tiempo acudieron dos urgencias vitales de obstetricia que demandaban su atención. Además, en ese momento, aparentemente las condiciones de bienestar de la paciente le permitían atender a otras usuarias que estaban más urgidas (…)”*

* + 1. La demandada **CARLOS RAUL MELO RAMIREZ** a través de su apoderado alegó: “(…) *Es por lo anterior entonces que queda completamente acreditado que:*

*1. La paciente ANA CAROLINA RIVERA al momento de la atención por parte del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, no estaba indicada la realización de una cesárea por los criterios médicos mencionados y explicados ampliamente por la Dra. LILIANA ARANGO RODRIGUEZ.*

*2. El Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ tomo sus decisiones amparado en la lex artis, así como también que era factible que las condiciones de la paciente cambiaran y que en virtud de ello se decidiera cambiar el plan de tratamiento, aspecto que efectivamente es completamente aceptable.*

*3. El trabajo de parto se adelantó de forma adecuado, pues la paciente llego inclusive a una dilatación de 9-10 cm. Así mismo, las monitorias fetales fueron interpretadas en debida forma, pues se encontraba presente el bienestar fetal.*

*4. La segunda inducción del trabajo de parto estaba completamente indicado, de hecho la paciente a las pocas horas inició con trabajo de parto, adelantándose en debida forma, con una prueba de bienestar fetal adecuada.*

*5. Es claro que la Dra. LILIANA ARANGO RODRIGUEZ manifestó que según los registros de HISTORIA CLINICA, es claro que la decisión de la cesárea únicamente fue necesaria hasta el momento en que se presentó el sufrimiento fetal, momento para el cual el Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ no se encontraba de turno. Así mismo la perito manifestó que para eí momento del sufrimiento fetal no se pudo realizar la cesárea, toda vez que el médico que estaba de turno se encontraba realizando otra cesárea y dos cesáreas no se pueden hacer al tiempo.*

*6. Al no encontrarse indicada la cesárea para el momento de atención de la paciente por parte de mi Mandante, no hay relación causal alguna con la falta de oportunidad de la realización de la cesárea por la cual fue condenada la entidad estatal, toda vez que al no haber existido motivos médicos para realizar la misma, no es factible entonces pretender alegar en ia acción de repetición, que hubo una presunta conducta gravemente culposa o dolosa por parte de mi Mandante y mucho menos que dicha conducta sea la causa adecuada de la producción del daño, que en este caso sería la condena impuesta a la ESE.*

*7. Otra de las posibles causas de muerte que se pudo haber materializado en el presente asunto es un riesgo inherente imprevisible e irresistible como lo es el cordón apretado al cuello, tal y como lo sostuvo la experta en su respuesta numero*

 *6J Indique si el cordón apretado al cuello constituye un riesgo inherente al momento mismo del parto y sí esto pudo ser la causa del resultado final*

*Las circulares del cordón umbilical en el cuello fetal son un riesgo inherente al parto, que es imprevisible e inevitable. Si la circular está asociada a un cordón muy corto, o existen vanas circulares, éstas pueden apretarse en el momento del descenso fetal a través del canal del parto, ocasionando compresión de los vasos sanguíneos del cordón, dificultando el intercambio de gases materno-fetales, con la consiguiente posibilidad de asfixia fetal que de prolongarse puede ser causa de muerte fetal ¡ntraparto. En el caso de la señora RIVERA, ¡a circular apretada del cordón al cuello se podría considerar como una posible causa de la muerte fetal*

*Corolario de todo lo anterior, es claro que en el presente caso NO EXISTE RELACIÓN CAUSALIDAD ALGUNA entre la adecuada conducta desplegada por mi Mandante y la presunta falla del servicio, pues tal y como se acredito en el marco del presente proceso la actuación de mi Mandante fue ajustada a la lex artis y las buenas prácticas médicas, pues dentro del turno del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ hubo un adecuado curso del trabajo de parto, no encontrándose indicación alguna de cesárea.*

*Ahora bien es claro indicar que al no existir causalidad alguna entre la atención del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ en su turno del 30 de octubre de 2001 a la paciente y la materialización de una falla en el servicio por la cual fue condenada la entidad demandante dentro del medio de control de reparación directa, resulta evidente que las pretensiones de la acción de repetición que hoy nos ocupa están llamadas al fracaso, ya que como me permití manifestar al inició del presente documento la parte demandante NO CUMPLIO CON LA CARGA PROCESAL QUE A ELLA LE ASISTIA DE PROBAR que efectivamente la actuación del Dr. MELO RAMIREZ dentro del proceso de atención a la paciente tuvo incidencia en la falla del servicio por la cual habría sido condenada en el proceso de reparación directa.*

*Por el contrario y como reiteradamente se ha venido exponiendo lo que si logro acreditar esta defensa en el marco del presente asunto, con una prueba técnico-cientifica como lo es el dictamen pericial, es que para el momento de la atención a la paciente por parte del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ no había indicación alguna para efectuar una cesárea y por el contrario se logró comprobar que la re inducción al trabajo de parto que ordenó mi Mandante estaba completamente indicada, tanto así que la misma evoluciono satisfactoriamente, logrando la paciente una dilatación de 10cm, tal y como lo expuso de manera adecuada la Dra. LILIANA ARANGO RODRIGUEZ, motivo por el cual no cabe duda alguna que no es imputable de manera alguna a la actuación de mi Mandante la presunta falta de oportunidad en la realización de la cesárea, pues como ya se manifestó para ese momento no había indicación para la realización de la misma.*

*Por último, no debemos olvidar que el TRIBUNAL DE ETICA MEDICA dentro del proceso ético adelantado en contra del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ, concluyó que todas y cada una de las actuaciones realizadas por mi Mandante se encontraran ajustada a la lex artis y que no hubo ninguna irregularidad dentro de la atención brindada por el Dr. CARLOS RAUL MELO dentro de su turno es decir (desde la 1 de la tarde hasta las 7 de la noche), lo cual nos lleva a una UNICA RESPUESTA y es que la cesárea para el momento de la atención del Dr. CARLOS RAUL MELO RAMIREZ no estaba indicada, motivo por el cual es claro que la actuación de mi Mandante no indició de manera alguna en la producción de la falla del servicio por la cual había sido condenado el HOSPITAL SAN BLASS II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.*

*Así las cosas su señoría de conformidad con las pruebas recaudadas y practicadas dentro del proceso y al quedar probado la inexistencia de nexo de causalidad, comedidamente solicito a su Despacho se nieguen las pretensiones de la acción de repetición. (…)”*

* + 1. El **MINISTERIO PUBLICO** no rindió concepto.
	1. **CONSIDERACIONES**
	2. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES**
		1. Las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA propuestas por el apoderado del señor CARLOS MELO, CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPETICIÓN presentadas por el apoderado del señor ERNESTO FORERO el despacho se remite a lo decidido en la audiencia inicial en el acápite respectivo.
		2. En cuanto a las excepciones deFALTA DE LOS REQUISITOS PREVISTOS POR LA LEY PARA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN **,** FALTA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTUAR DEL DEMANDADO Y EL SUPUESTO DAÑO, ADECUADA PRÁCTICA MÉDICA - CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS - AUSENCIA DE CULPA, CAUSA EXTRAÑA AL ACTO MÉDICO, LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO, AUSENCIA TOTAL DE DOLO O CULPA POR PARTE DE MI PROHIJADO, INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO propuestas por el apoderado del señor CARLOS MELO, **INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL, AUSENCIA DE CULPA GRAVE O DOLO Y BUENA PRAXIS MEDICA y INTERVENCION DE UN ELEMENTO EXTRAÑO O RIESGO INHERENTE AL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO** presentadas por el apoderado del señor ERNESTO FORERO, 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 la misma, no la conforman, limitándose 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.

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 (Artículo 164 CCA), como el Código General Del Proceso, aplicable a la materia.

* + 1. Respecto de la excepción de CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA ENTIDADpropuestas por el apoderado del señor CARLOS MELO, CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA presentadas por el apoderado del señor ERNESTO FORERO,por tratarse de eximentes de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure.
		2. La excepción **GENÉRICA o LA INNOMINADA** planteada tanto por el apoderado del señor CARLOS MELO como por el apoderado del señor ERNESTO FORERO sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
	1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, su causa busca establecer si existió responsabilidad e los demandados ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAÚL MELÓ RAMÍREZ por perjuicios originados a las señora Ana Carolina RIVERA Flores a no realizarle oportunamente al cesárea

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Existió culpa grave o dolo por parte de las demandadas ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAÚL MELÓ RAMÍREZ en la atención médica prestada a la señora Ana Carolina RIVERA Flores?***

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos:

Las condiciones objetivas para que proceda la acción de repetición previstas en el artículo 90 de la Constitución Política, deben ser acreditadas en el plenario por la entidad pública demandante en el proceso, mediante el aporte de copia de la sentencia ejecutoriada o del acta de la conciliación junto con el auto aprobatorio de la misma o del documento en donde conste cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley, según el evento, y copia de los actos administrativos y demás documentos que demuestren la cancelación de la indemnización del daño; de lo contrario, esto es, si no se cumplen esas dos condiciones y no se acreditan en forma legal dentro del proceso, el Estado no puede ni tiene la posibilidad de sacar avante la acción contra el agente estatal y menos aún la jurisdicción declarar su responsabilidad y condenarlo a resarcir.

Así mismo, es indispensable el aporte de las pruebas que demuestren la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, y que por dicha conducta cumplida en ejercicio de sus funciones, se causó un daño por el cual la entidad pública debió reconocer una indemnización impuesta en una sentencia judicial condenatoria o en una conciliación, según el caso, dado que este aspecto subjetivo constituye la columna vertebral de la acción de repetición.

Esa carga de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló a las víctimas dentro de un proceso indemnizatorio, la tiene la parte actora no sólo al presentar la demanda, sino durante todo el desarrollo del proceso. No basta entonces la simple afirmación, y ni siquiera el solo aporte de la sentencia de condena a cargo del Estado, pues se trata de un proceso contencioso y declarativo de la responsabilidad del demandado que por culpa grave o dolo en su acción u omisión habría ocasionado un daño que resarció el Estado y no de un proceso ejecutivo.

El Consejo de Estado ha expuesto sobre este punto que *“(…) el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción debe desplegar una actividad probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo, por tanto, indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición, (…). Sobre este aspecto, bien señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que “…incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen” y, en acatamiento del mismo, es menester reiterar la observancia de la carga procesal que le incumbe a la entidad demandante, de probar en las acciones repetición los requisitos configurativos de la acción, como noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable (…)”* [[11]](#footnote-11)

De lo anotado podemos concluir que la parte demandante debe acreditar los siguientes elementos para determinar la responsabilidad del agente estatal:

* + - * La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, determinante de la condena.
			* La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación.
			* El pago realizado por parte de ésta.
			* La calificación de dolosa o gravemente culposa del agente estatal.

Para determinar la culpa grave o dolo se debe acudir a las disposiciones del Código Civil, que además de definir los calificativos de dolo y de culpa grave*,* clasifica las especies de culpa que existen, entre ellas la grave:

*“(…) ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.*

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone al a diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

*El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.*

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (…)”*

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos[[12]](#footnote-12).

Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política[[13]](#footnote-13) y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo, contratos, bienes y familia.

El artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que en todo caso, el demandante *“deberá aportar todas las documentales que se encuentran en su poder”* (subrayado fuera de texto). Así mismo, el artículo 166 de esa normatividad, indica que a la demanda deberá acompañarse los documentos que pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante.

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
		1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* En la versión libre y espontánea del Ginecoobstetra ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá se indicó:

*“(…) explicó que no se operó a la paciente, no porque no quisiera operarla, sino que para el acto anestésico se requiere un ayuno de 8 horas, y la paciente había desayunado. Así mismo en ese momento el cuadro clínico no era una emergencia, si fuese una emergencia obstétrica que comprometiera en ese instante el bienestar fetal o el materno se realizaría el acto anestésico para realizar el procedimiento obstétrico. Manifestó que se sorprendió al encontrar la paciente en sala de partos, sin que se le hubiera practicado la cesárea cuando ya se había decidido dicha conducta, valoró la paciente nuevamente y encontró una paciente en trabajo de parto en fase activa con bienestar fetal y materno, con un examen físico cervical favorable para continuar su trabajo de parto. Se continuó la conducción de trabajo de parto con monitorización fetal permanente: personal en entrenamiento vigilando el trabajo de parto. La paciente en mención se encontraba en una fase de parto activa, fase expulsiva y fue trasladada a sala de partos, presentó bradicardia fetal durante el expulsivo y ordenó de inmediato que bajaran la paciente a salas de cirugía para ser valorada mientras terminaba otro acto quirúrgico. Al terminar la cesárea inmediatamente valoré la paciente y efectivamente encontró bradicardia fetal y realizo tacto vaginal encontrando una dilatación completa con una estación en cero, por lo cual decidió hacerle cesárea, decisión tomada en salas de cirugía no en la de partos. Se practicó la cesárea obteniendo un mortinato. Finalizó señalando que "Como médico especialista de esta institución siempre había deseado no tener la oportunidad de que en un turno llegase a suceder lo que acabo de declarar : que por el hecho de ser el único médico especialista en un Hospital de II Nivel, mientras yo estuviese realizando un acto quirúrgico en salas de cirugía y en sala de partos estuviese prácticamente en manos de personal en formación fuese a suceder alguna falla materna o fetal, entendiéndose que dicho turno laboral el responsable de todo lo que sucediere es el médico especialista de turno y en varias oportunidades con los otros compañeros de trabajo hemos solicitado la disponibilidad de 2 especialistas en los turnos nocturnos, para evitar estos actos. (…)”[[14]](#footnote-14)*

* En la versión libre y espontánea del DR. CARLOS RAUL MELO RAMÍREZ Especialista en Ginecología y Obstetricia ante el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá se señaló:

*“(…) que encontró una paciente que llevaba 36 horas en inducción de trabajo de parto por un embarazo de 41 semanas, que tenía una monitoria sin estrés antes de iniciar la inducción que era reactiva, le hizo un tacto vaginal y encontró una pelvis ginecoide adecuada, encontró que la paciente no había iniciado el trabajo de parto, tenía una monitoria no reactiva de unos 30-40 minutos antes, que interpreto como secundaria al ayuno que tenía por la inducción del trabajo de parto y considero que de acuerdo con los protocolos de manejo si se confirmaba bienestar fetal era candidata para parto vaginal teniendo en cuenta que la pelvis era adecuada, que la paciente tenía una actividad muy irregular y la inducción con oxitocina no había sido lo suficientemente estricta y se le repetiría la monitoria y de acuerdo con esto se tomaría la conducta. Por protocolos en el servicio esta descrito 48 horas de inducción antes de considerarla como una inducción fallida y con base en todo lo anterior decidió darle prueba de trabajo de parto una vez estableciera el bienestar fetal (…)”[[15]](#footnote-15)*

* El Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá mediante providencia del 9 de marzo de 2005 resolvió declarar que no existen méritos para formular cargos a los médicos ERNESTO FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAUL MELORAMIREZ toda vez que *“(…) Este Instructor estima que* ***de haber sido posible la realización de cesárea a la señora ANA CAROLINA RIVERA FLOREZ apenas detectado el sufrimiento fetal de su fruto en el expulsivo, hubiera podido preservarse su vida****, finalmente* ***malograda en virtud de la colisión de actividades surgida por la simultánea presentación de la emergencia fetal*** *en el caso que nos ocupa, sin ser posible su resolución oportuna* ***por razón de las dos emergencias ya mencionadas****, en curso de resolución quirúrgica por el único especialista ginecoobstetra de turno, el DR. FORERO VILLAMIZAR.*

*Por todo ello y en virtud del antedicho análisis y previa investigación formal de los hechos, aprecia esta Corporación que en su orden* ***la conducta de los doctores vinculados en el presente caso****, cuyas intervenciones en cada momento y en el conjunto de todos ellos,* ***estuvieron ajustadas a los términos de la Lex Artis****, fue atinada, oportuna y pertinente, y por ello coherente con los términos consagrados en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentarios. (…)”*[[16]](#footnote-16).

* En el dictamen realizado por el médico especialista en Ginecología y Obstetricia Jaime Luis Silva señaló: *“(…) Dentro del análisis del caso se pueden realizar las siguientes consideraciones que en mi opinión tienen relevancia y será de las partes correspondientes aceptar o rechazarlas.*
1. ***Un embarazo de 41 semanas tiene un mayor riesgo de realizar una insuficiencia placentaria****, por tanto una paciente con un embarazo de 41.3/7 semanas,* ***al realizarle una inducción debería tener una monitorización electrónica continua o en su defecto una monitorización continua combinando la monitorización clínica con la monitorización electrónica****.*

*Sin embargo en lo consignado en la historia clínica* ***no se evidencia un seguimiento de monitorización continua durante el trabajo de parto en la fase de trabajo de parto en fase activa*** *y la monitoria fetal consignada se encuadra en la paciente en periodos previos al fatal desenlace.*

1. ***En un embarazo prolongado la posibilidad de intentar inducir en dos ocasiones****, se debe exclusivamente a una pauta del servicio del Hospital San Blas, que se asumen* ***deben estar consignadas como protocolos en sus pacientes****, si esto es así, estaría plenamente respaldado su utilización* ***y dentro de las pautas se deben referenciar el soporte científico que apoya esa decisión por tanto el número de inducciones en este caso no contribuyo al fatal desenlace****.*
2. ***El parto es un proceso dinámico y por tanto las condiciones pueden cambiar en horas, lo que respalda el hecho de decidir no realizar cesárea a pesar de haberla decidido previamente****.*

*Es bueno aclarar que esta decisión se toma, no porque la paciente haya cambiado las condiciones del cuello sino el poder realizar una vigilancia más estrecha de la paciente, que da como resultado un progreso de la paciente.*

1. *Las condiciones de conducción del parto no son aclaradas en la historia clínica y a la limitación de la monitoria continua no se consigna el manejo analgésico en donde la analgesia peridural contribuye a un mejor control del proceso del parto.*
2. ***La paciente presenta cambios de sufrimiento fetal agudo que son detectados oportunamente, por el personal médico y paramédico, lo que los lleva a trasladar a la paciente a un manejo en salas de cirugía, por tanto si existe el oportuno diagnóstico en este caso pero no se cuenta con la posibilidad de resolver el problema por una limitación de recurso humano y salas en el momento para poder realizar una Cesárea en forma más rápida****.*
3. ***Los resultados fetales, como la presencia de la circular, no puede ser considerada en placentaria como un factor coadyuvante****.*
4. ***El realizar actividades Gineco-Obstétricas en hospitales de tercer nivel donde se manejan patologías complejas, obliga contar con un equipo médico y paramédico que en este caso era competente pero al parecer no suficiente****.*
5. *Sería ideal contar con las guías de manejo del Hospital en donde las decisiones son tomadas basadas en un consenso previo y no a criterio individual.*
6. *En conclusión,* ***a pesar de un mal resultado perinatal, el proceder médico fue ajustado a las pautas y guías del hospital, se utilizaron las herramientas diagnósticas con las que se contaban en el momento, se diagnosticaron en forma oportuna las alteraciones fetales****. (…)” [[17]](#footnote-17).*
* En el testimonio del Ginecoobstetra ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR en el proceso de reparación directa señaló: *“(…) PREGUNTADO: INFORME AL DESPACHO SI USTED RECUERDA A LA SEÑORA ANA CAROLINA RIVERA EN CASO AFIRMATIVO PORQUE RAZON. CONTESTO: Es una paciente de 22 años de edad quien llegó el día 29 de octubre de 201 a la sala de partos del hospital, se hospitalizó para una inducción de trabajo de parto. Este dato lo sé por información de Historia Clínica, yo conocí a la paciente el día 30 de octubre en horas de la mañana,* ***una paciente en buen estado general cursando un embarazo prolongado de 41 semanas 2 días y quien se encontraba en inducción de aproximadamente 20 horas****, al examinarse la paciente se encontraba en el momento de bienestar fetal, llamaba la atención que a pesar de llevar inducción de parto no existieran cambios cervicales motivo por el cual decidí realizar una monitoria fetal como prueba de bienestar fetal encontrando una monitoria no reactiva que en términos médicos es sugestiva de vigilia fetal o hipomotilidad lo que significa una disminución de la actividad fetal normal* ***analizando el caso encontré 3 indicaciones para realizar una cesárea, 1. Bishop desfavorable*** *(esto significa que a pesar de tener goteo de droga para maduración del canal del parto, el cuello del útero no había presentado cambio alguno) (No dilataba).* ***2. Monitoria ferial no reactiva, 3.- Inducción fallida*** *(Goteo mayor de 12 a 20 horas sin cambios).* ***En el momento de la decisión de cesárea cabe anotar que la paciente acababa de desayunar motivo por el cual no se llevó a cabo dicho procedimiento y se esperó que completara el ayuno pertinente (8 horas) independiente de ello la paciente quedó monitorizada permanentemente así como el feto con el monitor fetal hasta el procedimiento quirúrgico****. Para resumir quedó expuesta en la historia clínica una decisión obstétrica clara.*

***Ese mismo día ingresé a las 7:00 pm a tumo obstétrico y encontré*** *a la señora Ana RIVERA en trabajo de parto es decir* ***no le habían practicado la cesárea, la valoré y efectivamente se encontraba en trabajo de parto en fase activa eso quiere decir en una dilatación de 4 centímetros en adelante). Independientemente de ello decidí llevarla a cesárea****. La paciente es consciente de dicha decisión lamentablemente en esos momentos de trabajo obstétrico ingresó al Hospital dos urgencias vitales en obstetricia que, pueden ser corroboradas por fecha y hora en las historias clínicas de dichas pacientes que impidieron realizar la cesárea de la señora RIVERA, aclarando que en ese instante el bebé y al señora se encontraban en perfecto estado de salud y cursando un trabajo de parto normal siempre monitorizados, por tal motivo realicé los actos ya descritos para luego continuar el de ella. Durante el segundo procedimiento de urgencia vital me encontraba en sala de cirugía y me han comentado que trabajo de parto de la señora de la señora RIVERA estaba presentando sufrimiento fetal demostrado por bradicardia fetal ( el corazón del feto latía menos de 110 latidos por minuto), y lo único que decidí fue que ia trasladaran inmediatamente al lugar donde yo me encontraba es decir sala de cirugía para valoración inmediata ya que yo me encontraba en mitad de una cesárea al mismo tiempo (se puede corroborar con historia clínica). Eso desde el punto de vista del acto médico obstétrico mientras realizó cesárea de urgencia se presentó la urgencia en el trabajo de parto. Al terminar la cesárea que estaba realizando valoré a la señora RIVERA y efectivamente el bebe se encontraba en sufrimiento fetal y se llevó a cesárea con urgencia ( Cesárea ya decidida a las 8:00 am del mismo día es decir 30 de octubre de 2001), y yo la estaba practicando 3a 4 am del 31 de octubre. El resultado de dicho procedimiento de urgencia fue un mortinato que quiere decir eso: que el feto murió durante el el acto obstétrico, es decir, mientras se estaba operando en el momento de sacarlo del útero salió sin vida. Esto se puede corroborar con la valoración del pediatra. Posterior a ello la paciente tuvo una evolución pos operatoria completamente normal sin ningún tipo de complicaciones de infección o sangrado, pero si con la tristeza de la pérdida del feto. ...*

*PREGUNTADO: PARA USTED LA ATENCIÓN FUE BUENA O REGULAR. CONTESTO: La paciente desde su ingreso siempre estuvo manejada y cuidada por médicos y enfermeras del servicio, es difícil entender la razón por la cual no se le practicó la cesárea antes ya que no hay nada escrito en la historia clínica respecto a eso, por lo demás estuvo bien atendida. ...PREGUNTADO: A SU JUICIO EL PROCEDIMIENTO CORRECTO ERA LA PRACTICA DE LA CESAREA CUANDO USTED LA ORDENÓ. CONTESTÓ. Si en mi concepto. PREGUNTADO: LA MUERTE DEL FETO ERA POSIBLE DE EVITAR CON LA CESAREA A TIEMPO. CONTESTO: Claro. PREGUNTADO. EN LA HISTORIA CLINICA APARECE QUE EL FETOE STABA IMPREGNADO DE MECONIO. ESTO QUE QUIERE DECIR. CONTESTÓ: meconio es la materia fecal del feto dentro del líquido amniótico que lo rodea esto no es sugestivo de que exista sufrimiento fetal pero hay que estar pendiente de que dicho meconio no se vuelva de consistencia viscoso porque existe el riesgo de que sea aspirado por el feto e ingrese a ia vía respiratoria dei mismo causándole problemas para respiran Cuando se habla de impregnado quiere decir que ei feto se encontraba completamente envuelto de meconio de viscosidad gruesa y ello implica sufrimiento fetal y como se explicó ese se diagnosticó por asculiarse frecuencia cardiaca fetal baja (…)”[[18]](#footnote-18).*

* En sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A, Magistrado Ponente: Alfonso Sarmiento Castro del 5 de mayo de 2011 se indicó lo siguiente: *“(…)*

*Conforme a lo expuesto, para la Sala se encuentra acreditado que el día 29 de octubre de 2001 Ana Carolina Ribera Flórez, de 22 años de edad, ingresó a la Sala de Partos del Hospital San Blas por cuanto fue citada para iniciar inducción al parto, pues presentaba un embarazo prolongado de 41 semanas y hasta esa fecha no había dilatado. Durante el día 29 de octubre fue sometida a tratamiento mediante suministro de oxitocina de para inducir el trabajo natural del parto. No obstante, siendo las 7:00 am del día siguiente, 30 de octubre el ginecobstetra de turno Dr. Ernesto Forero la valoró y encontró tres indicaciones para realizar una cesárea: 1.- Bishop desfavorable, que en los términos del testimonio rendido por el referido profesional de la salud significa que a pesar de recibir droga para maduración del canal de parto, el cuello uterino no dilataba. 2.- Monitoria fetal no reactiva, es decir una disminución en la actividad fetal normal y, 3.- Inducción fallida. Por lo anterior decidió ordenar la práctica de la cesárea la cual quedó programa para las 3:00 p.m en razón a que la paciente acababa de desayunar y debían esperar que transcurrieran 8 horas para cumplir el tiempo reglamentario del ayuno, y así poder suministrar anestesia.*

*No obstante, al parecer en horas de la tarde la paciente RIVERA Flórez empezó proceso de dilatación, por lo que el médico de tumo decidió prescindir de la cesárea ordenada y en su lugar aumentar las dosis de oxitoxina para lograr la dilatación total del cuello y lograr el parto natural. Cuando el galeno Forero quien había ordenado la cesárea en la mañana, regresó a tomar el turno de la noche encontró que la parturienta, efectivamente, había iniciado trabajo de parto, pero pese a ello consideró que era necesario practicarle la cesárea. Sin embargo no le fue posible realizarla de inmediato habida cuenta que llegaron dos urgencias obstétricas vitales y él era el unido gínecoobstetra de turno razón por la cual debía atenderlas.*

*Para ese momento, siendo aproximadamente las 8:00 p.m la paciente presentaba buen estado de salud y estaba cursando un trabajo de parto normal. Aproximadamente a las 3:00 a.m dei 31 de octubre de 2001, encontrándose el médico tratante en la segunda intervención quirúrgica de urgencia, las auxiliares de enfermería le avisaron que e! trabajo de parto de Ana Carolina RIVERA estaba presentando sufrimiento fetal, lo que lo llevó a ordenar su traslado inmediato a la Sala de cirugía donde él estaba. Al valorarla verificó el estado de sufrimiento fetal y siendo las 4:00 a.m procedió a intervenirla. El resultado de dicha intervención fue un mortinato, es decir que el feto murió durante el acto obstétrico y fue extraído del útero sin vida.*

***De lo descrito, la Sala evidencia la configuración de dos indicios que sirven de soporte para hallar fundada la culpa del ente prestador del servicio médico****.* ***El primero de ellos, basado en las condiciones de normalidad del embarazo de Ana Carolina RIVERA Flórez hasta la semana 41 de gestación****, pues como se extrajo de la historia clínica obrante en el plenario, principalmente de los controles prenatales practicados a lo largo de la gestación, se evidenció que ia paciente no presentó ningún tipo de anomalía o complicación durante ese periodo. Además era una mujer joven, sin algún tipo de patología.* ***Lo anterior permite inferir que el resultado esperado en el momento de dar a luz era igualmente normal y no debía presentar dificultad.*** *Por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia antes analizada, obtener uno adverso al previsto constituye un serio indicio de la concurrencia de una deficiente praxis médica en el momento previo al parto.*

***El segundo indicio, se estructura a partir de la práctica tardía de la cesárea si se tiene en cuenta que la misma, ordenada a las 8:00 a.m. del 30 de octubre de 2001 debía realizarle a las 3:00 p.m. del mismo día al vencer el periodo de ayuno. No obstante, la intervención indicada no se llevó a cabo sino hasta las 4:00 a.m. del día siguiente cuando se presentó sufrimiento fetal****.*

*AI respecto, el Tribunal de Ética Médica consideró que la cesárea ordenada en la mañana no se llevó a cabo porque las condiciones clínicas de la gestante se habían modificado en la medida en que se inició trabajo de parto, es decir que se habían superado las circunstancias indicativas de cesárea, y que dicha situación fue avalada por el medico ginecobstetra Forero quien compartió la decisión de continuar el trabajo de parto natura! y cambió la relativa a la práctica de la cesárea.*

*Sobre este punto, precisa la Sala que si bien cuenta el plenario con la actuación ética disciplinaria adelantada ante el Tribunal de Ética Médica dentro de la cual se halla la decisión de fondo que absuelve a los médicos Ernesto Forero y Carlos Meló allegada al plenario en copia auténtica para que fuera valorada como medio de prueba en el presente trámite, las conclusiones adoptadas por esa instancia médica son eficaces dentro del marco de su competencia y especialidad por cuanto evalúan la conducta médica observada por los profesionales de ía salud. Sin embargo, no constituyen una camisa de fuerza vinculante para que la decisión del juez administrativo que ponga fin al caso bajo estudio se adopte con base en lo concluido en el citado proceso ético disciplinario, máxime cuando de las pruebas recepcionadas en el curso del presente trámite se evidenciaron circunstancias fácticas diferentes a las acreditadas ante el Tribunal de Ética Médica.*

*Como muestra de lo anterior, anota la Sala que el testimonio rendido ante esta Corporación por el medico Forero Villamizar en el curso de esta acción, diferente a lo concluido por el Tribunal de Ética Médica, permite inferir que* ***si bien al regresar al turno de la noche el referido profesional de la salud encontró a la paciente RIVERA en trabajo de parto, es decir con varios centímetros de dilatación, sin que le hubieran practicado la intervención ordenada en la mañana, aun así ratificar la necesidad de practicar la cesárea****: "Para resumir quedó expuesta en la historia clínica una decisión obstétrica clara. Ese mismo día ingresé a las 7:00 pm a turno obstétrico y encontré a la señora Ana RIVERA en trabajo de parto es decir no le habían practicado la cesárea, la valoré y efectivamente se encontraba en trabajo de parto en fase activa eso quiere decir en una dilatación de 4 centímetros en adelante). Independientemente de ello decidí llevarla a cesárea.* ***Es decir, no compartió la decisión de prescindir de la cesárea en horas de la tarde. Cosa diferente es que no haya sido posible intervenirla de forma inmediata porque al tiempo acudieron dos urgencias vitales de obstetricia que demandaban su atención. Además en ese momento, aparentemente las condiciones de bienestar fetal de la paciente le permitían atender a otras usuarias que estaban más urgidas****.*

***En esa medida, encuentra la Sala que de haberse superado las condiciones indicativas de cesárea, el médico Forero no habría insistido en su realización cuando retomó el turno****. Además de la declaración referida confrontado con lo consignado en la historia clínica, infiere la Sala que el doctor Forero no modificó la decisión de la cesárea, pues señaló: "Al terminar la cesárea que estaba realizando valoré a la señora RIVERA y efectivamente él bebe se encontraba en sufrimiento fetal y se llevó a cesárea con urgencia (Cesárea ya decidida a las 8:00 am del mismo día es decir 30 de octubre de 2001) y yo la estaba practicando de 3 a 4 am del 31 de octubre. El resultado de dicho procedimiento de urgencia fue un mortinato"... "es difícil entender las razón por la cual no le practicó la cesárea antes ya que no hay nada escrito en la historia clínica". Lo anterior deja entrever que la orden de cesárea nunca fue modificada, al contrario fue desatendida.*

***De allí que a pesar de existir dilatación, en criterio del gínecoobstetra tratante, aun así debía realizarse la cesárea en horas de la tarde del 30 de octubre de 2001, seguramente por tratarse de un embarazo prolongado que por esa circunstancia requería especial cuidado y en aras de evitar el sufrimiento fetal que en efecto se presentó y desencadenó el deceso del nasciturus****. Las anteriores circunstancias, constituyen para la Sala un serio indicio de que la entidad accionada incurrió en una falla del servicio al no practicar la cesárea ordenada cuando se venciera el tiempo del ayuno, pues a pesar de existir una evolución en el trabajo de parto, tal aspecto a juicio del médico especialista no era suficiente para que en horas de la tarde del 30 de octubre de 2001, se prescindiera de la práctica de la intervención quirúrgica ordenada desde la mañana.*

*Las circunstancias antes analizadas por la Sala se erigen como indicios a partir de los cuales es dado concluir que en la atención médica obstétrica brindada a Ana Carolina RIVERA Flórez fue tardía (…)”[[19]](#footnote-19)*

* En el control de dictamen en el presente proceso la perito LILIANA ARANGO RODRIGUEZ manifestó: *“(…) Básicamente analice el actuar del doctor MELO me pareció un actuar ajustado a la lex artis en el momento en que recibió turno valoro el paciente y considero que podía ser sometida a inducción de trabajo de parto, anoto el plan y la realización de la monitoria fetal cuando tuviera adecuadas contracciones. Efectivamente en la historia clínica en el transcurso de la tarde se evidencia que la paciente estuvo en una inducción cuidadosa del trabajo de parto, los esquemas de dosis del medicamento fueron adecuados, las notas están hechos con una frecuencia adecuada para proceso de parto y una vez se anotó que la paciente tenia contracciones de adecuada calidad en cuanto a intensidad y frecuencia, entonces se dio la orden para tomar la monitoria fetal, se realizó al final de la tarde y esa monitoria fue interpretada como normal y por lo tanto el plan que se dejó instaurado fue continuar con el control del trabajo de parto. La monitoria con contracciones una monitoria que se hace para verificar si el feto está tolerando bien las contracciones uterinas, pues son un factor de estrés apara el feto, por eso se llama con stress porque se hace con presencia de contracciones y una monitoria que sale normal significa que él bebe tiene buena reserva de oxígeno y por lo menos hasta ese momento esta con adecuada respuesta a las contracciones y se puede considerar que la paciente puede continuar con su trabajo de parto… (…)”[[20]](#footnote-20)*
	+ 1. Procedemos entonces a resolver el primer interrogante **¿*Existió culpa grave o dolo por parte de las demandadas ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAÚL MELÓ RAMÍREZ en la atención médica prestada a la señora Ana Carolina RIVERA Flores?***

Aduce la parte demandante dentro de sus alegatos de conclusión que de la historia clínica se puede evidenciar que existió sufrimiento fetal en el hijo por nacer de la señora ANA CAROLINA RIVERA y que el actuar de los médicos se enmarca dentro de los elementos del dolo o la culpa grave por parte del médico CARLOS RAULO MELO al no realizar la cirugía programada para el 30 de octubre de y el doctor Ernesto Forero Villamizar al no realizar la cesárea una vez ingresó al turno de la noche, por lo que el actuar de los médicos se enmarca en el artículo 5 y 6 de la ley 678 de 2001.

Revisado el expediente observa el despacho que si bien no se practicó la cesárea ordenada por el doctor FORERO cuando se venciera el tiempo del ayuno, fue porque en el turno del doctor MELO se encontró que tenía una monitoria sin estrés, una inducción que era reactiva, un tacto vaginal, además del caso de la señora RIVERA, donde encontró una pelvis ginecoide adecuada por lo que era posible que el primer intento de parto inducido no se hubiera aplicado como se debiera, por lo que decidió realizar un segundo intento de inducción de parto natural, el cual según lo indicado en el dictamen médico realizado no está prohibido, a pesar de hacer la anotación de que hay que realizar un seguimiento rigurosa.

Ahora, en cuanto a la conducta del doctor FORERO encuentra el despacho dos momentos: el primero, que es cuando ve a la paciente el día 30 de enero en su turno de 7 a 2 de la tarde, donde después de un tiempo en la inducción al trabajo de parto se encuentra 3 indicaciones que daban en ese momento para realizar una cesárea, esto es, un Bishop desfavorable (esto significa que a pesar de tener goteo de droga para maduración del canal del parto, el cuello del útero no había presentado cambio alguno) (No dilataba), una Monitoria ferial no reactiva, lo que significa una disminución de la actividad fetal normal y una Inducción fallida (Goteo mayor de 12 a 20 horas sin cambios). No obstante, como quiera que la paciente no tenía el tiempo necesario de ayuno y no presentaba una urgencia vital, le programa cesárea para las tres de la tarde.

Un segundo momento, que es cuando recibe nuevamente a la paciente en el turno de la noche a partir de las 7 de la noche y la encuentra en la sala de partos sin que se le hubiera practicado la cesárea, valoró la paciente nuevamente y encontró una paciente en trabajo de parto en fase activa, es decir con 4 centímetros de dilatación, con bienestar fetal y materno, con un examen físico cervical favorable para continuar su trabajo de parto, sin embargo, decide realizar la cesárea. Con todo, no fue posible realizar la intervención pues para ese momento llegaron dos urgencias vitales que impidieron realizar la cesárea inmediatamente y como quiera para ese momento tanto el bebé como la señora RIVERA se encontraban en perfecto estado de salud y cursando un trabajo de parto normal, decidió atender las urgencias vitales para luego continuar con ella.

Durante el segundo procedimiento de urgencia vital le informaron al doctor FORERO que la señora RIVERA estaba presentando sufrimiento fetal demostrado por bradicardia fetal (el corazón del feto latía menos de 110 latidos por minuto), por lo que ante la falta de más personal especializado que atendiera la otra urgencia, el doctor FORERO decidió que trasladearan a la paciente a cirugía para una valoración inmediata ya que se encontraba en medio de una cesárea, es decir, que mientras realizaba una cesárea de urgencia se presentó la urgencia en el trabajo de parto.

Al terminar la cesárea que estaba realizando, el doctor FORERO valoró a la señora RIVERA, encontrando efectivamente el sufrimiento fetal, practicó la cesárea entre las 3 y 4 de la mañana del día 31 de octubre resultando un mortinato, esto es, que el feto murió durante el acto obstétrico.

Luego, es evidente que el doctor FORERO actuó conforme a la lex artis y que fueron las circunstancias, específicamente, el hecho de que se encontrara solo, lo que impidió que se pudiera realizar la cesárea a tiempo, tan pronto se presentó el sufrimiento fetal, arrojando como resultado la muerte del nasciturus.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que fue una serie de desafortunados hechos, entre ellos, el que la entidad demandante solo tuviera a un especialista para atender las urgencias en el turno de la noche lo que produjo el desenlace fatal con los resultados ya conocidos.

Esta circunstancia se encuentra ratificada por el Tribunal Seccional de Ética Médica de Bogotá quien indicó: *“(…) Este Instructor estima que* ***de haber sido posible la realización de cesárea a la señora ANA CAROLINA RIVERA FLOREZ apenas detectado el sufrimiento fetal de su fruto en el expulsivo, hubiera podido preservarse su vida****, finalmente* ***malograda en virtud de la colisión de actividades surgida por la simultánea presentación de la emergencia fetal*** *en el caso que nos ocupa, sin ser posible su resolución oportuna* ***por razón de las dos emergencias ya mencionadas****, en curso de resolución quirúrgica por el único especialista ginecoobstetra de turno, el DR. FORERO VILLAMIZAR.*

*Por todo ello y en virtud del antedicho análisis y previa investigación formal de los hechos, aprecia esta Corporación que en su orden* ***la conducta de los doctores vinculados en el presente caso****, cuyas intervenciones en cada momento y en el conjunto de todos ellos,* ***estuvieron ajustadas a los términos de la Lex Artis****, fue atinada, oportuna y pertinente, y por ello coherente con los términos consagrados en la Ley 23 de 1981 y su Decreto Reglamentarios. (…)”*

De igual forma, el dictamen practicado en el proceso de reparación directa donde se estableció la responsabilidad de la aquí demandante así: “(…) ***La paciente presenta cambios de sufrimiento fetal agudo que son detectados oportunamente, por el personal médico y paramédico, lo que los lleva a trasladar a la paciente a un manejo en salas de cirugía, por tanto si existe el oportuno diagnóstico en este caso pero no se cuenta con la posibilidad de resolver el problema por una limitación de recurso humano y salas en el momento para poder realizar una Cesárea en forma más rápida****. (…)* ***El realizar actividades Gineco-Obstétricas en hospitales de tercer nivel donde se manejan patologías complejas, obliga contar con un equipo médico y paramédico que en este caso era competente pero al parecer no suficiente*** *(…)*

*En conclusión,* ***a pesar de un mal resultado perinatal, el proceder médico fue ajustado a las pautas y guías del hospital, se utilizaron las herramientas diagnósticas con las que se contaban en el momento, se diagnosticaron en forma oportuna las alteraciones fetales****. (…)”*

Por último, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia anotó: “ (…) *Ese mismo día ingresé a las 7:00 pm a turno obstétrico y encontré a la señora Ana RIVERA en trabajo de parto es decir no le habían practicado la cesárea, la valoré y efectivamente se encontraba en trabajo de parto en fase activa eso quiere decir en una dilatación de 4 centímetros en adelante). Independientemente de ello decidí llevarla a cesárea.* ***Es decir, no compartió la decisión de prescindir de la cesárea en horas de la tarde. Cosa diferente es que no haya sido posible intervenirla de forma inmediata porque al tiempo acudieron dos urgencias vitales de obstetricia que demandaban su atención. Además en ese momento, aparentemente las condiciones de bienestar fetal de la paciente le permitían atender a otras usuarias que estaban más urgidas****. (…)”*

Inclusive, el mismo doctor FORERO lo manifiesta en sus versión libre rendida ante el Tribunal de Ética Médica “(…) *Finalizó señalando que "Como médico especialista de esta institución siempre había deseado no tener la oportunidad de que en un turno llegase a suceder lo que acabo de declarar :* ***que por el hecho de ser el único médico especialista en un Hospital de II Nivel, mientras yo estuviese realizando un acto quirúrgico en salas de cirugía y en sala de partos estuviese prácticamente en manos de personal en formación fuese a suceder alguna falla materna o fetal,*** *entendiéndose que dicho turno laboral el responsable de todo lo que sucediere es el médico especialista de turno* ***y en varias oportunidades con los otros compañeros de trabajo hemos solicitado la disponibilidad de 2 especialistas en los turnos nocturnos****, para evitar estos actos. (…)”*.

Así las cosas, si bien está demostrada la existencia de una obligación pecuniaria derivada de una condena impuesta mediante sentencia ejecutoriada, el pago de dicha obligación, la calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, **lo cierto es que no se logró demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa de los médicos ERNESTO JAVIER FORERO VILLAMIZAR y CARLOS RAÚL MELÓ RAMÍREZ**, motivo por el cual la decisión que se dicte será adversa a las pretensiones de la entidad pública demandante.

* 1. No habrá **CONDENA EN COSTAS** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[21]](#footnote-21)

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

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declárense no probadas las excepciones propuestas por los demandados de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia..

**SEGUNDO:** Niéguense las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. Ver Sentencia del Tribunal de Cundinamarca con la cual se promueve la acción de repetición en las páginas 4 y 5. [↑](#footnote-ref-1)
2. H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: JORGE SANTOS BALLESTEROS, Bogotá, D.C, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002).Ref.: Expediente No. 6878 [↑](#footnote-ref-2)
3. GOLDENBERG, Isidoro, "La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil", cit, p. 114; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", cit, T. I, p. 614. "Se denomina prognosis postuma (pronóstico objetivo-retrospectivo) —mejor sería llamarlo "juicio de adecuación causal"— al procedimiento consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.

El "criterio del pronóstico-objetivo-retrospectivo" —prognosis postuma o juicio de adecuación causal-, que determina "ex post facto" la posibilidad de un resultado en función a las condiciones precedentes— aquilata la adecuación de una causa conforme a la regularidad en el acontecer de los sucesos y a las reglas dictadas por la experiencia, prescindiendo de la concreta aptitud perceptiva del individuo —previsibilidad subjetiva— (43). [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sentencia del 3 de abril de 1997, Sección Tercera, M.P.: Carlos Betancurt Jaramillo [↑](#footnote-ref-4)
5. Sala de Casación Civil y Agraria, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 26 de Noviembre de 2.010, Exp: 5507. Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA [↑](#footnote-ref-5)
6. En los procesos de responsabilidad, una de las defensas que puede adoptar el profesional de la salud demandado es la de atacar la existencia de una relación de causalidad entre su conducta y la situación negativa finalmente presentada en el paciente. Esta posibilidad de defensa es conocida como la prueba de una causa extraña.

La argumentación de una de estas causales de exoneración en un proceso está encaminada a demostrar que la causa del daño no le es atribuible al profesional demandando sino que dicho daño proviene de una fuente diferente a su actuar, como lo puede ser la actuación de un tercero, la culpa de la propia víctima o la presentación de una situación súbita e imprevisible. [↑](#footnote-ref-6)
7. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA COMO ACTIVIDAD PELIGROSA: ANÁLISIS DE CASO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Alma Ariza Fortich, 126 Vniversitas, 15-37 (2013), SICI: 0041 -9060(201301 )62:126<15:RMAPAC>2.0.TX;2-T [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. Consejero Ponente. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15563 [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013). Consejero Ponente. HERNAN ANDRADE RINCON. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00791-01(23632) [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera- Bogotá D.C, veintiocho (28) de marzo de dos mil doce (2012).-Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163) [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO - Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006) - Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482) [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia que dictó la Sección Tercera el 31de agosto de 1999. Exp. 10.865. Actor: Emperatriz Zambrano y otros. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

 [↑](#footnote-ref-12)
13. El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 146 a 148 del c4 del expediente REP 14-00010 y Folios 146 a 148 del c3 del expediente RD 03-2262. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 152 a 154 del c4 del expediente REP 14-00010 y Folios 152 a 154 del c3 del expediente RD 03-2262. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 171 a 172 del c4 del expediente REP 14-00010 y folio 171 a 173 del c3 del expediente RD 03-2262. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 1 a 3 del c5 del expediente RD 2003-2262. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 170 A del cuaderno 2 del expediente RD 2003-2262. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 205 a 222 del cuaderno 1 del expediente RD 2003-2262. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 31 a 38 del c3 (dictamen pericial) y 215 a 218 del cuaderno 1 (control de dictamen). [↑](#footnote-ref-20)
21. *“(…). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”* [↑](#footnote-ref-21)