

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Cortés

Tunja, 27 OCT 2016

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá (fls. 694-702), contra la sentencia de primera instancia proferida el **19 de febrero de 2016** (fls. 659-691) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual, accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Germán Adolfo Gómez Luna y Dina Luz Orozco Escobar, en nombre propio y de su menor hijo Ángel¹, contra la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (fls. 1-153). En ejercicio de la acción de reparación directa, los señores Germán Adolfo Gómez Luna y Dina Luz Orozco Escobar, en nombre propio y de su menor hijo Ángel, a través de apoderado judicial, pidieron declarar administrativa y contractualmente responsable a la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez por los perjuicios patrimoniales y morales causados con ocasión de la falla médica en el pre-parto parto y post-parto del menor Ángel.

A título de condena, pretendieron que se condene a la demandada al pago de 645.870.000 por concepto de perjuicios de origen material y moral, suma que deberá ser actualizada conforme a lo previsto en el artículo 178 del CCA, y se reconozcan intereses conforme al IPC, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso,

¹ Se omite el nombre de los menores para proteger su identidad. Artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 18 de la Ley 136-03 Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes

*Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa*

así como el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA y la condena en costas y gastos procesales.

Señalaron, como hechos relevantes:

- La señora Dina Luz Orozco Escobar se hallaba afiliada a la EPS Saludcoop, la cual contrataba para la fecha de los hechos servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios con la Empresa Social del Estado Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, para los cuidados y atención pre-parto, parto y post-parto de las madres que van a dar a luz.*
- En relación con la atención previa al parto señaló que en los controles que le fueron practicados a la demandante el resultado siempre fue positivo, el bebé evolucionaba normal, en la última ecografía tenía 38 semanas de embarazo se evidenció pérdida de líquido amniótico. A raíz de lo anterior, la Dra. Rosa Piedad Bonilla quien practicó la ecografía, sugirió que fuera al Hospital José Cayetano Vásquez y consultara por urgencias.*
- La médica que recibió a la gestante en urgencias le manifestó que no era muy grave la pérdida de líquido amniótico y que todavía no estaba para trabajo de parto.*
- Pasaron unos días y empezó a sufrir dolores, motivo por el cual se acercó nuevamente al Hospital José Cayetano Vásquez, en donde le dijeron que estaba en "UNO" que debía estar en "TRES" para iniciar trabajo de parto que se fuera a la casa y volviera en 24 horas.*
- Luego regresó al Hospital donde nuevamente le dijeron que estaba en "UNO" que regresara al día siguiente.*
- Al presentarse nuevamente en el Hospital la llevaron a trabajo de parto pues ya estaba en "TRES", la dejaron en una camilla con suero en urgencias, le inyectaron pitosina para acelerar las contracciones, pues no dilataba para llegar a "CUATRO"*
- Como presentaba muchos dolores, le solicitó la presencia de la ginecóloga para que realizara una cesárea, pero la Doctora Inés Hoyos, le respondió que tocaba esperar hasta "OCHO".*
- Cuando rompió fuente empezaron a tratarla haciéndole cesárea.*
- Según el Registro Civil de Nacimiento indicativo serial 50181235 el menor Samuel David Gómez Orozco nació el 21 de octubre de 2010, es hijo de Germán Adolfo Gómez Luna y Dina Luz Orozco Escobar.*

752

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

- El Centro de Alta Tecnología CEDICAF S.A., el 30 de enero de 2012 después de realizar secuencias de reconocimiento magnético en el cerebro del menor Ángel en el que se concluyó "1. Dolicefalia, 2. Encefalomamacia cortical parieto occipital bilateral a considerar por hipoxia neonatal severa con probable compromiso de la vía visual a correlacionar con clínica. 3. Severo retardo en la mielización. 4. Probable otomastoiditis. 5. Ocupación mucosa de la mastoides. 6. Hipertrofia de las arenoides igualmente SC central especialistas IBAGUE Recomendaciones HCL con relación al menor Ángel, se hace las siguientes recomendaciones "...lactante con secuelas severas por asfixia prenatal presenta microcefalia (PC para cuatro meses) más ROSH (dos meses) más parálisis cerebral espástica, más epilepsia focal que generaliza en TTO, como plan recomendaciones HPN explica la madre los diagnósticos y mal pronóstico." (fl. 5)
- La evolución y retardo físico que presenta el menor Ángel es evidente, pues a los dieciocho meses –para la época de la demanda- de su nacimiento, casi ya para cumplir dos años, no se sienta, no gatea, no sostiene su cabeza, lo cual de acuerdo con el diagnóstico de la Central de Especialistas, deja entrever que se tratará de un niño que no podrá estudiar normalmente, practicar su deporte favorito, jugar con sus amigos, todo lo cual deben brindárselo sus padres de por vida, quienes reclaman el pago de un salario mínimo mensual por toda la vida del menor.
- El padre del menor Ángel se desempeña ocasionalmente en trabajos de vigilancia de turnos de 28 días que otorgan las empresas petroleras, labora 2 a 3 meses al año, debe cuidar permanentemente al menor junto con la demandante Dina Luz Orozco Escobar.
- La negligencia médica les causó perjuicios morales tanto al menor como a sus padres.
- Hechos como estos son reiterativos en la ESE demandada, lo cual ha producido en Puerto Boyacá indignación y repudio; sociedad que no acude al centro asistencial previendo las consecuencias para su salud, pues se han presentado casos de muerte de mujeres en el parto.
- El menor Ángel, no podrá trabajar y difícilmente recuperará sus facultades normales, será una persona con impedimentos físicos, teniendo en cuenta la calificación de invalidez que haga la Junta respectiva.
- El menor presenta retardos en su crecimiento, conforme lo diagnosticó el Centro de Alta Tecnología Diagnostica del Eje Cafetero "CEDACAF S.A." realizado el 30 de enero de 2012.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

- Existe una relación causal entre la prestación del servicio médico de la ESE demandada y la situación del menor Ángel.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 573-609)

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja puso fin a la primera instancia en sentencia de **19 de febrero de 2016**, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El a-quo contrajo el problema jurídico a establecer si en el presente caso se configura la responsabilidad administrativa y extracontractual de la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con ocasión de falla médica en la atención del parto a Dina Luz Orozco Escobar, que generó como consecuencia parálisis cerebral con secuelas severas al recién nacido Ángel, en hechos ocurridos el 21 de octubre de 2010, cuando acudió al servicio de urgencias al Hospital demandado.

Luego de hacer referencia a la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y los requisitos para que se configure la misma, y del régimen de responsabilidad por daños derivados de fallas en el servicio médico, resaltó que tratándose de eventos obstétricos, el régimen probatorio se edifica en la prueba indiciaria, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al descender al caso concreto, en primer lugar, procedió a resolver una objeción frente a un informe pericial que fuera rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, decretado de oficio.

Al respecto el a-quo resaltó que una vez rendida la pericial decretada de oficio por auto de 6 de febrero de 2014 (fls. 443-447) ordenó que todos los puntos del dictamen fueran aclarados, una vez presentada la aclaración por parte del perito, la parte demandante objetó el dictamen por error grave, motivo por el cual previo al traslado se decidió practicar unas pruebas para efectos de la objeción como se observa en auto de 23 de abril de 2015 (fl. 612), en esa medida, el Juzgado al dictar la sentencia centró su atención en la objeción formulada y para resolverla siguió los parámetros del artículo 238 del CPC².

² -norma aplicable al asunto pues cuando se decretó la prueba no había entrado en vigencia el CGP en la jurisdicción contencioso administrativa-

153

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Sobre la objeción a los puntos 4 y 5 del dictamen que versan sobre la incapacidad física, cognitiva o de carácter y su pronóstico sobre la incidencia en la vida del menor Ángel, dijo que dichos aspectos que fueron objetados por la parte actora, por cuanto no se tuvo en cuenta la pérdida funcional de los miembros, del órgano de locomoción o marcha y del órgano de prensión, sin determinar si la incapacidad era o no permanente y que la misma debió calificarse con un periodo vitalicio, ante lo cual el Juzgado decretó en auto de 23 de abril de 2014 (fl. 612) como prueba enviar al menor ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez en la ciudad de Bogotá, valoración que fue practicada y obra en el expediente a folios 625 y siguientes. Prueba ésta que entonces tuvo en cuenta frente a la primera, por cuanto, el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez realizó un examen más exhaustivo de las condiciones del niño, siendo más ajustada y detalla la valoración que la efectuada por Medicina Legal.

Ahora en lo relativo a la objeción de los puntos 6 y 7 del interrogatorio relacionados con la causa y los efectos de la patología, en relación con las respuestas g y h de la pregunta 7 del cuestionario consideró que no se trata de un error grave sino de una carencia de concepto por cuanto Medicina Legal señaló que la respuesta debía ser emitida por un neonatólogo, en esas condiciones ha de tenerse como concepto lo manifestado por el especialista en neonatología y médico pediatra en virtud de la prueba ordenada en el trámite de objeción; en cuanto a las respuestas del cuestionario numeral 6º y los literales a) al f) del numeral 7º, dijo que debía dársele valor a lo manifestado por el profesional forense y la gineco-obstetra del Instituto de Medicina Legal –Seccional Quindío obrante a folios 470 y siguientes.

A continuación el a-quo se ocupó de analizar las pruebas allegadas al proceso, luego de transcribir apartes de la Historia Clínica de la señora Dina Luz Orozco Escobar, en la etapa del embarazo (fl. 670), concluyó que los días 22 de junio, 10 de agosto y 16 de septiembre de 2010, la paciente asistió a controles prenatales en la ESE Hospital San Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, en donde no se advirtió ninguna situación de riesgo para la salud del feto.

Lo cual se mantuvo hasta el día 16 de octubre de 2010, fecha en la cual se registró en la evolución de la Historia Clínica a las 16:02:37 número de admisión 880674 que se trataba de una ecografía con disminución de ILA –Índice de Líquido Amniótico y bradicardia fetal por lo que se solicitaba valoración por ginecología, la que se realizó en esa fecha, siendo devuelta la gestante a su casa por no estar aun

*Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa*

en trabajo de parto, con indicaciones de regresar al día siguiente para monitoreo fetal y cita con Ginecología.

Que al día siguiente, 17 de octubre de 2010, a las 5 de la tarde, se realizó en la ESE demandada nuevo monitoreo, sin variación en las condiciones de parto, en esa medida se decidió la salida con recomendaciones de parto e indicaciones de asistir en caso de sangrado vaginal y aumento de contracciones.

El a-quo concluyó que el embarazo transcurrió con normalidad y que la señora Dina Luz Orozco Escobar se practicó controles prenatales, algunos de los cuales fueron realizados en la ESE demandada, como se revela en la Historia Clínica (fls. 25 y ss y 234 y ss), resaltando la anotación de 20 de octubre de 2010, en la que se señala que ingresó la paciente con disminución de movimientos fetales y cefalea, y con el antecedente de la ecografía de 16 de octubre de 2010, en la que se evidenció disminución de líquido amniótico y bradicardias fetales sostenidas.

Al pasar a la etapa peri natal o de parto, el Juez de primera instancia reseñó que no existe hora de ingreso al servicio de urgencias, pero que debió ser al menos a las 01:18:38 del 20 de octubre de 2010, pues a folio 27 del expediente se registra que en ese momento la Md. Gissela Tinoco Vega ordenó exámenes y suministro de medicamentos a la gestante, que a las 10:46 del 20 de octubre de 2010, se anotó como diagnóstico "falso trabajo de parto antes de ILA" y se ordenó salida con hospitalización; que a las 22:10:37 de ese mismo día se ordenó el retiro de la oxitocina por una hora, debido a la evidencia de signos de sufrimiento fetal.

Además que el 21 de octubre de 2010 a las 08:22:57 se evidenció taquicardia fetal y salida de líquido amniótico, en virtud de lo cual se decidió preparar a la paciente para cesárea, informándole de los riesgos de la misma a la familia quienes firmaron el consentimiento informado, lo que aconteció 45 minutos después de la salida de líquido amniótico meconiado; fue llevada a cirugía para desembrazo por cesárea y que acuerdo con la descripción quirúrgica No. 2166 de 21/10/10 a las 12:38 nació el hijo de la paciente Dina Luz Orozco Escobar, es decir 1 hora y 11 minutos después de la salida del líquido amniótico meconiado; resaltó que en el registro de nota operatoria se señaló que el parto fue atendido por Cirujano, Ayudante de Cirugía, Anestesiólogo, Instrumentador y Auxiliar, es decir sin presencia de un pediatra, y

ASA

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

que pese a presentar el recién nacido un APGAR³ bajo se dejó en alojamiento conjunto con su progenitora, y que fue anotada la solicitud de valoración por pediatría, por esa situación y por asfixia perinatal ver 673.

Sobre la etapa postparto, luego de estudiar la Historia Clínica del menor el Juzgado evidenció lo siguiente: (i) la atención pediátrica tardó por lo menos 1 hora y 18 minutos desde el nacimiento del niño; (ii) no hay registro en la Historia Clínica del manejo dado en ese lapso al recién nacido; (iii) el niño fue recibido sin signos vitales por el pediatra, y en la anotación operatoria se anotó que éste había nacido vivo, de lo cual se infiere que no hubo una atención inmediata por parte del profesional especializado y que el cese de signos vitales se dio en transcurso de la remisión a pediatría; (iv) En el nacimiento se registró un grado 2 de meconio en el líquido amniótico sin embargo el pediatra lo valora en 3, sin que exista explicación de esta variación en la Historia Clínica; (v) el pediatra registró hipoxia cerebral, la cual se originó en un evento perinatal.

Además manifestó que el menor fue remitido a la UCI neonatal A las 14:15:14 de ese día, que al recibirlo la Clínica Saludcoop en la ciudad de Ibagué se dejó constancia que el menor presentaba signos de sufrimiento fetal, APGAR bajo al momento de nacer, y que debía descartarse por la IPS una Hipoxia Cerebral por reanimación prolongada, enviando al paciente a manejo en UCI; que en el traslado del menor desde Puerto Boyacá a Ibagué se presentaron 2 episodios de apneas que se indica fueron controlados con masaje cardíaco y que el transporte era inadecuado como se observa en la Historia Clínica del niño en esa IPS.

Luego de hacer un estudio sobre el control médico de desarrollo y crecimiento de Ángel (fls. 675-676), el Juzgado concluyó que "El desarrollo del niño Ángel ha sido retrasado, de conformidad con las observaciones médicas y especializadas referidas, lo cual ha implicado limitaciones evidentes para su calidad de vida, que lógicamente exceden la esfera personal y trascienden a la de sus padres, por lo menos. Pero más allá de estas consideraciones que deberán desarrollarse más adelante, las valoraciones médicas coinciden al señalar que la hipoxia neonatal del infante estuvo ligada al trabajo de parto." (fl. 676).

³ Examen de adaptabilidad que se realiza al recién nacido. La prueba de Apgar es un examen rápido que se realiza al primer y quinto minuto después del nacimiento del bebé. El puntaje en el minuto 1 determina qué tan bien toleró el bebé el proceso de nacimiento. El puntaje al minuto 5 le indica al médico qué tan bien está evolucionando el bebé por fuera del vientre materno. <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003402.htm>

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Posteriormente hizo alusión a la prueba testimonial recaudada, en relación con los testimonios solicitados por la parte actora, dijo que de la declaración de Amparo Rubiano Bastos se destaca que ella como vecina de los demandantes vio el desarrollo de un embarazo normal, nunca vio a la madre –Dina Luz- enferma, ella iba a controles y venía feliz y que el estado del menor ha sido precario desde su nacimiento; en cuanto a lo declarado por Fabio León de Jesús Duque Ramírez – médico amigo de la familia- que el niño Ángel, fue llevado a su consultorio recién nacido a los 15 días de alumbramiento, y que evidenció un daño cerebral severo permanente.

Del testimonio de German Gómez Herrera, padre de Germán Adolfo y abuelo de Ángel-, reseñó que la madre del niño asistió a sus controles, que el médico pediatra que atendió el parto manifestó que si Dina Luz Orozco Escobar hubiera recibido atención médica oportuna no hubiera presentado esa situación; que Ángel presenta un estado “vegetativo” puesto que no reacciona a ningún movimiento físico, no habla, no ve, está ciego, constantemente le da convulsiones situación que implica que sea llevado a controles médicos con especialistas en Medellín e Ibagué, los padres del niño hacen rifas y solicitan ayudas económicas para sufragar los gastos médicos.

Entorno a los testigos de la parte demandada precisó que, la médica Diana Marcela Vergara, quien traslado a Ángel de Puerto Boyacá a Ibagué, indicó que ese traslado se hizo necesario en la medida que la ESE no contaba con UCI neonatal ni equipos paraclínicos para poder atender el diagnóstico de sepsis neonatal e hipoxia cerebral; que no le consta la atención durante el trabajo de parto; que la enfermedad que presenta el menor puede deberse a las denominadas grupo STROCH (tomoplasmosis, rubeola, citomegalovirus, herpes, sífilis, VIH o varicela); que el menor fue trasladado oportunamente y el desplazamiento suele tardar tres horas; que una vez llegó a Ibagué el paciente fue ingresado inmediatamente a la Unidad de neonatos.

En relación con el testimonio rendido por el galeno Carlos Caballero Ropian, médico general coordinador del área asistencial de la ESE José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, precisó que para la fecha de los hechos no laboraba en el Hospital, sin embargo por su cargo debe analizar casos meritorios como este. Dijo que el testigo manifestó que la paciente no se hizo controles prenatales en la ESE, que existieron dos conducciones del parto y durante esos procedimientos se presentaron signos que podían indicar sufrimiento fetal, razón por la cual, se decidió practicar la

557

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

cesárea; que el Comité Técnico Científico encontró que la atención materna dada en el Hospital fue oportuna, que las acciones medicas respondieron a los resultados del monitoreo en viabilidad fetal, que no fueron allegadas ecografías por parte de la materna; que el menor pudo sufrir de síndrome de fine Lubinsky el cual es muy difícil detectar en un Hospital de segundo nivel.

El Juzgado luego de estudiar la pruebas concluyó que en el proceso se acreditó que el desarrollo del embarazo fue normal, se llevaron los controles prenatales, algunos de los cuales se realizaron en la ESE demandada, en los cuales no se advirtió alguna condición de la madre o del feto que pudiera calificarse como un factor pre natal de Parálisis Cerebral Infantil (PCI), que se acreditó la configuración de un factor perinatal denominado Encefalopatía Hipóxico-isquémica, que como se evidenció en las valoraciones sobre el desarrollo del niño refieren ese evento como origen de su PCI.

Que en este caso no se acreditaron factores post parto que pudieran tenerse como causa de la patología que presenta el niño. Adicionalmente, dijo que otro indicador que la encefalopatía hubiera sido la causa de la PCI, es la afirmación aclaratoria de la perito según la cual las manifestaciones HIE – Hypoxic Ischemic Encephalopathy o en español Encefalopatía Hipóxico Isquémica- en la vida perinatal y postnatal temprana incluyen puntuación baja de APGAR, presencia de meconio fluido meconiado, circunstancias que se presentaron en el nacimiento de Ángel; entonces el Juez descartó con esos factores la presencia de otras causas diferentes.

Resaltó que del dictamen se puede inferir que existió un manejo inadecuado del parto, luego de evidenciada la presencia de bradicardia fetal, pues en la respuesta 6ª al cuestionario, se indicó que las causas de la Encefalopatía Hipóxico Isquémica que presenta Ángel, fueron la anemia materna, la falta de control prenatal, toxemia del embarazo y parto prolongado, situaciones que se conocían en este caso, y sin embargo no se prestó atención adecuada por especialista.

Entonces, el a-quo sostuvo que existieron dos momentos en que se presentó falla del servicio médico, el primero el relacionado con la falta de registro de la Historia Clínica durante el 21 de octubre de 2010 entre las 02:24 y las 08:23 horas y el 22 de octubre de 2010 entre las 06:23 y las 23:11 horas, lo cual conlleva un factor de ineficacia del servicio, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en este caso conlleva la imposibilidad de determinar si la iniciación del segundo ciclo de inducción del parto con cerviz uterino inmaduro no viable,

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

precedida de las condiciones de anemia materna y antecedentes de bradicardia fetal, además de la taquicardia fetal podía ser causa de la Encefalopatía Hipóxico Isquémica que presenta el menor Ángel, pues "...en palabras del peritazgo por no existir registro del monitoreo **"ni interpretación del mismo, no se puede establecer si estaba indicado o no continuar con el segundo ciclo de inducción con oxitocina"**. (fl. 686).

Que otra situación que denotó una atención insuficiente al neonato es que no hubiera un equipo capacitado para la adaptación del bebé en la sala de partos, pues tal como se indicó, en la historia clínica sólo se advierte la presencia de la cirujana, un anestesiólogo, un ayudante, un instrumentador y un auxiliar, lo cual llevó a que la atención pediátrica se brindará una hora después del nacimiento, conducta negligente de acuerdo al concepto rendido por el perito del Hospital San Rafael quien dijo que debían estar el pediatra y un auxiliar presente en la cirugía dedicados exclusivamente a la atención del recién nacido.

El Juzgado prosiguió con el estudio de la responsabilidad, en primera medida resaltó que se demostró el desarrollo normal del parto, que de acuerdo con la Historia Clínica de Dina Luz Orozco Escobar durante su embarazo acudió a múltiples controles dentro y fuera de la ESE hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, en los cuales no se advirtió situación de riesgo alguna, o al menos ninguna de las identificadas como factores prenatales de PCI –Parálisis Cerebral Infantil-, ni de enfermedades STORCH; resaltó que pese a que la Entidad demandada sostuvo que la gestante nunca se realizó controles en la misma, obra prueba que demuestra lo contrario como son los varios controles suscritos por la Ginecóloga que a la postre atendería su alumbramiento y que militan a folios 234, 235, 572 a 574 y 583 a 584 del expediente, adicionalmente dijo que la demandada no demostró que el menor padeciera del síndrome de Fine Lubinsky o alguna de sus causas.

En relación con el daño antijurídico consideró que de acuerdo con los diagnósticos obrantes en el expediente el niño Ángel presenta un cuadro de "Parálisis Cerebral Infantil (PCI) o Insuficiencia Motriz de Origen Central (IMOC), asociado a Epilepsia multifocal y severo retraso de neurodesarrollo, secuelas probables de encefalopatía Hipóxico Isquémica", cuyo efectos fueron evaluados por la Junta Calificación de Invalidez (fl. 625 y ss), entidad que determinó una pérdida de capacidad laboral del 85%.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

756

Entonces el a-quo concluyó "...el daño sufrido por el niño es antijurídico pues no puede decirse que un infante deba soportar vivir condicionado por una parálisis cerebral; así mismo las reglas de la experiencia indican que un sufrimiento de tal magnitud en un niño implica un alto grado de dolor y aflicción en su entorno familiar y para este caso, específicamente en sus padres. Bastando lo anterior para presumir el daño antijurídico..." (fl. 687).

En relación con la falla del servicio dijo que dicho elemento fue comprobado, en la medida que de la Historia Clínica de la madre e hijo, así como de los conceptos rendidos por los médicos vinculados al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y al Hospital San Rafael de Tunja, que permitieron comprobar que pese a ver indicadores de un parto de alto riesgo no fueron adoptadas las medidas idóneas para evitar el resultado final que culminó con parálisis cerebral infantil, pues el equipo que atendió el parto no contaba con especialista pediatra o neonato, ni con un auxiliar de éste, siendo necesario dadas las condiciones descritas previas al parto y su desarrollo.

Agregó que el servicio de reanimación fue tardío, se dejó de registrar en la historia clínica la evolución de la gestante el 20 de octubre de 2010 entre las 06:23 a las 23:11 horas y el 21 de octubre de ese año entre las 02:24 y las 08:23 horas, lo cual impidió efectuar un estudio frente a la idoneidad de realizar un segundo ciclo de inducción de parto con oxitocina, siendo un indicio adicional de la deficiencia del servicio médico.

Por último frente al nexo de causalidad, que el dictamen pericial es claro en señalar las causas de la Encefalopatía Hipóxico Isquémica, puede derivarse de eventos perinatales, como se demostró que la señora Dina Luz no tuvo complicaciones en su embarazo, y que en el periodo postparto no se presentaron eventos que pudieran relacionarse con dicha patología, se concluye que fue en el desarrollo del parto en donde se originó la Parálisis Cerebral Infantil que padece el menor ocasionada por asfixia perinatal, entonces con base en los indicios recopilados en el trámite procesal, concluyó que la causa más probable del daño infringido a los demandantes deriva de la falla en la prestación del servicio médico obstétrico, aunado a lo anterior, el Despacho resaltó la insuficiencia probatoria de la parte demandada en demostrar la adecuada atención obstétrica.

Como consecuencia de lo anterior condenó a la entidad demandada al pago de perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes a

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

cada uno de los demandantes, para ello utilizó la tabla de perjuicios que fuera elaborada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 (fl. 689); en relación con los perjuicios materiales consideró que era viable acceder al pago de lo que el menor devengaría a partir de los 18 años a través de su fuerza laboral, como base de liquidación se tomó el salario mínimo mensual incrementado en un 25% correspondiente a prestaciones sociales, multiplicado por el 85% que corresponde al porcentaje de incapacidad determinado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, lo cual arrojó un valor mensual de \$732.544,875, luego calculó el número de meses de vida productiva de Ángel, el cual se obtuvo de restar 18 años (216 meses) al tiempo de expectativa de vida según lo señalado por el DANE que corresponde a 61,9 años en el caso de los hombres (742,8 meses), operación que dio como resultado 526,8 meses, para una condena por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en cuantía de \$138.850.671,727.

Por último el Juzgado no condenó en costas debido a que la prosperidad de las pretensiones fue parcial, atendiendo la cuantía solicitada en la demanda como perjuicios y la condena efectivamente impuesta.

III. RECURSO DE APELACION. (fls. 694-702)

La ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá apeló la sentencia de **19 de febrero de 2016.**

Su desacuerdo se centró en la falta de demostración del nexo causal; se quejó de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad pues, en contrario, fue demostrado que se brindó atención a la gestante, pese a que ella no se realizó controles prenatales en esa Entidad sino en la IPS Saludcoop, es decir, la ESE no conocía las complicaciones del embarazo de la señora Dina Luz Orozco Escobar; que en casos como el presente se pueden presentar dificultades por circunstancias fisiológicas de la madre o del mismo bebé, las cuales constituyen caso fortuito o fuerza mayor que se evidenciaron al momento del parto.

Que la entidad hospitalaria realizó las actividades a su cargo pues practicó cirugía de cesárea; no existió una conducta subjetiva del personal médico que pueda tenerse como causa del retraso cerebral del menor Ángel; que la angustia y el estrés transmitidos por la gestante al bebé afectaron la salud del niño, lo cual escapa de la órbita de las personas que atendieron el parto.

157

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Que no hubo atención pediátrica tardía, pues la reanimación no se hizo necesaria al instante del nacimiento sino 1 hora y 18 minutos después cuando se evidenció la falta de signos vitales en el menor; que tales maniobras fueron oportunamente realizadas por el pediatra; que se realizó limpieza de vías respiratorias y digestivas por el obstetra que se encontraba en la Sala de Cirugía, y el niño quedó en observación por estar en condiciones estables.

Afirmó que "...al momento de nacer el bebé presentaba un PGAR -sic- de 3 que es normal y posteriormente media hora después dentro de la evolución del mismo y con la supervisión permanente del Obstetra y de los médicos tratantes incluidos el anesthesiólogo presentó un APGAR de 8, por lo que se iniciaron los procedimientos para la estabilización respiratoria con oxígeno por parte del pediatra (...) reiterando que se presentó un caso fortuito dentro de la evolución de la paciente que escapa de la órbita de los médicos tratantes (...) las cuales reitero fueron tratadas oportunamente y en la medida en que lo requirió se remitió el paciente por urgencia vital a la Clínica de SALUDCOOP de Ibagué, previa autorización de la EPS cumpliendo con los procedimientos para el traslado en Ambulancia medicalizada perteneciente al Hospital con acompañamiento médico y con medidas que este tipo de vehículo tiene para preservar la vida del paciente como en efecto ocurrió, situación a la que no refiere de manera laguna -sic- el Despacho" (fl. 697)

Sostuvo que no puede concluirse, de manera contundente, que la hipoxia que sufrió el bebé no se produjo durante el embarazo, pues este evento puede presentarse de manera previa al parto, en cualquier momento de la gestación, y por diversas causas aún exógenas o externas y hasta genéticas, cuya determinación solo es posible con posterioridad al nacimiento; que no está probado en el expediente que la hipoxia se presentó en la etapa perinatal y, por el contrario, puede originarse en estrés del feto, aspiración del meconio y hasta enredo del condón umbilical, que solo pueden evidenciarse en el expulsivo o en la cesárea.

Que el Juzgado arribó a esa conclusión con fundamento en exámenes muy posteriores al nacimiento, sin que los mismos sean exactos en establecer que la hipoxia se presentó al momento del parto.

Resaltó que conforme a lo señalado en el peritaje la hipoxia puede presentarse en cualquier momento de vida desde la etapa fetal hasta los 5 años y por múltiples causas, incluso habitar en una zona de influencia de mosquitos tales como el zica, dengue o malaria; que en este caso no pudo determinarse por el legista el momento de la hipoxia, en consecuencia, el Despacho no podía endilgarla a falla en el

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

servicio médico en el Hospital José Cayetano Vásquez, institución que brindó tanto a la gestante como al menor los procedimientos y maniobras necesarias para conservar su vida y su salud.

Que aun aceptando que la falta de oxigenación se presentó en el momento del parto, ello escapa de la órbita de los médicos por imprevisible y ante ello, la única acción posible era el lavado de vías respiratorias y digestivas como en efecto se hizo y, ante la agravación del caso, maniobras de reanimación y la posterior remisión del recién nacido a la UCI en Ibagué.

Resaltó que el perito de Medicina Legal precisó "(...) Aunque existe un antecedente de sufrimiento fetal agudo durante el parto, no es posible atribuir de manera inequívoca a la atención del parto, o a la cesárea el origen de la encefalopatía hipóxica, ya que no se puede descartar otras causas. //el sufrimiento Fetal Agudo con posterior Encefalopatía Hipóxica pueden ser originados de múltiples causas ante-parto, posparto y/o tener un origen en la madre, en la placenta –cordón umbilical o en el feto. Por lo tanto no es posible atribuir de manera inequívoca a la atención del parto la Encefalopatía Hipóxica Isquémica sufrida por este recién nacido aunque podría ser una de las múltiples causas que lo generan..." (fl. 699), conclusión que el Juez descartó con fundamento en que se probó un embarazo normal y sin signos prenatales de hipoxia isquémica neonatal, lo cual desconoce la multiplicidad de causas de la patología antes, durante y después del parto sin que en el caso se haya podido establecer cuál fue la desencadenante; es decir, no se encuentra demostrado el vínculo entre la atención médica y la enfermedad del niño, más aun cuando en el alumbramiento se presentó una situación de fuerza mayor.

Adicionalmente manifestó que no se probó compromiso del estado fetal insatisfactorio de más de 4 días por tratarse de una madre primeriza, de hecho monitoreo que se realizó en el Hospital previo al parto no aparecieron signos que así permitieran advertir; que no se tuvo en cuenta la atención realizada por personal capacitado, la atención en el parto y al neonato.

Sostuvo que no hubo deficiencia en la atención médica en los días 20 y 21 de octubre, pues el periodo de inducción puede durar alrededor de 12 horas, en esa medida el procedimiento efectuado fue normal, de acuerdo a lo establecido en la literatura médica; que establecido que no era viable el parto normal se tomó oportunamente la decisión de desembarazar por cesárea, sin que se hubiera

758

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

advertido algún signo de alarma. Concluyó que el procedimiento se adelantó de acuerdo a los protocolos médicos.

Resaltó que no era exigible la presencia del pediatra en el parto, pues tanto el obstetra como el anestesiólogo cuentan con las capacidades y experiencia en la brindar la atención que se requería en la cesárea; como tampoco la presencia de dos personas para la atención del neonato, un pediatra y un auxiliar, pues, reitera, el anestesiólogo tiene formación para realizar reanimación de los pacientes; que el dictamen pericial en esa materia guarda silencio, de manera que el juzgador no podía concluir en contrario.

Con fundamento en lo anterior solicitó revocar la sentencia.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de **05 de julio de 2016** (fl. 727), se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión con base en el artículo 247 del CCA.

Parte Demandada (fls. 733-743). Reiteró los argumentos expuestos en el recurso, especial en lo relacionado con la atención médica prestada, las causas de la patología que presenta el menor, los controles y monitoreo de la situación clínica de la gestante y el bebé, y la falta de controles prenatales. Agregó que los conceptos médicos brindados por el Centro CEDICAF no pueden ser tenidos en cuenta como diagnóstico de la patología del niño Ángel, que las secuelas alegadas no pueden vincularse con la atención en el parto, que los exámenes y diagnósticos fueron practicados al menor un año y medio luego de su nacimiento, razón por la cual la condición de salud no puede vincularse con un evento perinatal. Que el Hospital actuó con total diligencia para atender el caso bajo estudio, sin que exista falla en el servicio médico, la cual no fue debidamente demostrada por la parte actora; que no hay relación causal entre el presunto daño y el servicio médico obstétrico.

Parte demandante (fls. 744-749) Alegó un titular de periódico sobre el error médico, en donde se indica que en EEUU fallecen más personas a causa de esos eventos que por accidentes o las mismas patologías, resaltó que la ESE demandada no cuenta con la infraestructura para atender casos como el de Ángel; que en los 35 años de residencia en Puerto Boyacá el apoderado de la parte ha presenciado muchos casos de negligencia y falla médica en el Hospital José

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Cayetano Vásquez de esa localidad. Allegó fotografías del menor Ángel que al cumplir 6 años es cuadripléjico y no tiene movilidad en sus miembros superiores e inferiores, no tiene visión ni habla, no escucha y que permanece inerte en la posición que sea dispuesta por sus padres, situación clínica que obedece a las fallas médicas que fueron endilgadas a la ESE en la sentencia de primera instancia luego del estudio de las Historias Clínicas de la señora Dina Luz Orozco Escobar y su menor hijo Ángel, el concepto de la Junta de Calificación de Invalidez de Tunja, los peritajes realizados y los testimonios recaudados en el plenario.

Resaltó que el retardo en el diagnóstico puede tener injerencia en el estado de salud, que una vez evidenciada la demora en la atención del parto, la decisión de practicar una cesárea tardía, la falta de cuidado al neonato en los primeros instantes de vida, pese a haberse detectado taquicardia y sufrimiento fetal meconiado grado 3, permiten evidenciar la existencia de una falla en la prestación del servicio médico; que la parte demandada no probó que en este caso concurrieran ninguna de las enfermedades denominadas STORCH (tomoplasmosis, rubiola, citomegalovirus, herpes, sífilis, VIH, varicela) que hayan incidido en el estado de salud del menor.

Que contrario a lo sostenido por la demandada se demostró con los peritajes del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y de la Junta de calificación de Invalidez los perjuicios morales causados a los demandantes, pues la señora Dina Luz presentaba un embarazo normal y la intervención médica desencadenó en la afectación de salud del menor Ángel, pues de manera indiciaria así fue corroborado en este proceso.

Que como lo concluyó el Juez de primera instancia en este caso se demostraron los tres elementos para configurar la responsabilidad de la ESE demandada, a saber, el daño consistente en la afección de salud, la acción y omisión, conforme a las pruebas la falta de atención y cuidado de un evento alto riesgo, y el nexo entre ellas, en esa medida solicitó que sea confirmado el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad de Tunja, que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

707

5.1. Cuestión previa – valor probatorio de las fotografías y recorte artículo periodístico allegas al plenario.

Al expediente la parte demandante allegó, con los alegatos de conclusión de segunda instancia, fotografías (folios 365 A y 748) y recorte del artículo periodístico (folio 749), documental a la cual no se dará valor probatorio, fundamentalmente, porque las alegaciones no son oportunidad probatoria y, además, acceder a su valoración, vulneraría el derecho de defensa de la parte contraria quien no pudo controvertirlas en el proceso.

5.2. Tema de Apelación.

La Sala observa que el recurrente funda su inconformidad con la sentencia en los aspectos que a continuación se sintetizan así: (i) la falta de demostración del nexo causal entre el daño y las presuntas fallas en el servicio médico obstétrico endilgadas a la ESE demandada; (ii) la inexistencia de una conducta negligente por parte del personal médico y paramédico quienes respondieron a las complicaciones clínicas del caso tanto en el momento del parto como en los eventos posteriores al alumbramiento hasta la remisión del menor a la UCI correspondiente; (iii) no se encuentra demostrado que la causa de la HIE que sufre el menor hijo de los demandantes está ligada a un evento perinatal, pues la misma tiene múltiples factores externos, exógenos y aun genéticos que fueron descartados por el Juez pese a que el peritaje de Medicina Legal así lo indicó; (iv) que existió control y monitoreo normal en la atención médica brindada antes del parto entre el 20 y 21 de octubre de 2010, pues la inducción del mismo es un proceso que puede durar hasta 12 horas y la decisión de practicar la cesárea fue oportuna; (v) No era necesaria la presencia de un pediatra y un auxiliar adicional al personal que atendió el parto, pues estaban presentes un anesthesiólogo y un obstetra que cuentan con los conocimientos y capacidades necesarias para la reanimación de pacientes y atención de cualquier complicación en la cesárea y (vi) se presentó un evento de caso fortuito en el desarrollo de la atención médica.

Para desatar esos argumentos de impugnación la Sala abordará lo referente al régimen de responsabilidad médica obstétrica y su régimen probatorio según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con los elementos que sean obtenidos de ese estudio se procederá a analizar si en este caso se cumplió por parte de los demandantes de las cargas que imponga el mismo para poder endilgar responsabilidad a la Entidad demandada, atendiendo el material probatorio

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

obran en el proceso, luego de ello serán analizados cada uno de los cargos de apelación, para determinar si hay lugar a revocar la decisión objeto del recurso o si por el contrario, ha de mantenerse en los términos en que fuera proferida por el a quo.

5.3. Del régimen de responsabilidad médica obstétrica y de su régimen probatorio.

La jurisprudencia sobre el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de responsabilidad médica no ha sido pacífica. En reciente pronunciamiento del Consejo de Estado se hace el siguiente recuento alrededor de la evolución del tratamiento de ese tópico en las providencias de esa Alta Corporación:

“En el campo de la gineco-obstetricia, la jurisprudencia de esta Corporación ha presentado diversas tendencias. En efecto, inicialmente se dijo que, en los eventos en los que el embarazo había transcurrido normalmente durante el proceso de gestación, no obstante lo cual se causaba un daño durante el parto, la responsabilidad tendía a ser objetiva, por cuanto, en ese evento, surgía una obligación de resultado, bajo el entendido de que se trataba de “un proceso normal y natural y no de una patología”⁴.

Posteriormente, la Sala estimó que el régimen de responsabilidad aplicable a tales asuntos debía gobernarse con fundamento en la falla probada del servicio, en cuya demostración jugaría un papel determinante la prueba indiciaria, a la cual el juez podía acudir de ser necesario⁵. Últimamente, la Sala ha venido sosteniendo que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye un indicio de falla del servicio, siempre que dicho embarazo hubiera transcurrido en términos de normalidad y que el daño hubiera ocurrido una vez producida la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento; al respecto, la Sala⁶ ha sostenido:

“Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza - y eventualmente en otros -, la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad.

“Por consiguiente, a la parte actora -en estos supuestos-, le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.”. (Subraya fuera del texto)⁷.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente 12.123.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 15.276.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 2008, expediente 27.268.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

La máxima Corporación en materia de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en sentencia de 19 de agosto de 2009 dentro del expediente 18364⁸, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, sobre este sistema probatorio puntualizó:

*“(…) en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y **los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero**’⁹, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.*

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

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

*‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, **corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Éstas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito.**’¹⁰*

(...)

*“Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente **falla del servicio probada**, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA **exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse***

Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743). Actor: John Wilder Anturi Garcia. Demandado: Instituto de Seguros Sociales - Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁹ MELLONI. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

¹⁰ CARLOS ALBERTO GHERSI. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

“De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso”¹¹.

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla”¹².

En sentencia de 14 de julio de 2005¹³, dijo la Sala:

(...)

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste

¹¹ Sentencia de 17 de agosto de 2000, exp. No. 12.123.

¹² Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767.

¹³ Exp. No. 15.276.

761

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.¹⁴ (Se destaca).

En consecuencia, la Sala ha admitido la posibilidad de emplear los sistemas de aligeramiento probatorio de res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle), en aquellos eventos en los que el daño padecido es de tales proporciones y se produce en unas circunstancias particulares que se acorta el recorrido causal y la culpa se entiende probada. De otro lado, se ha avalado la existencia de un indicio de falla a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló en términos normales y que fue al momento del alumbramiento que se produjo el daño. (Subraya y negrilla fuera del texto).

En esa misma oportunidad, sobre los yerros que pueden presentarse en la asistencia médica en la especialidad gineco- obstétrica, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“En relación con los errores derivados de las actividades gineco-obstetras, la doctrina ha señalado:

“La ginecología - obstetricia debe ocupar el primer lugar como especialidad afecta al error médico, por causa del carácter de emergencia que prevalece, por las circunstancias siempre dramáticas que involucran el nacimiento del ser humano, impregnado de emociones fuertes, y todo eso bajo fuerte tensión psicológica; al fin sentimientos potencialmente generadores de júbilo o frustración, además de la actividad nocturna, inductora de cansancio o caracterizada por el relajamiento de los mecanismos naturales de atención y vigilancia. La ginecología/obstetricia, sobre todo la obstetricia, es una especialidad médica que trabaja con personas saludables, lo cual hace inaceptable cualquier forma de deterioro de la salud, por menor que sea.”¹⁵

Así mismo, en reciente pronunciamiento la Sala sostuvo:

“En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud”¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ MEIRELLES Gómez, Julio; DE FREITAS Drumond, José Geraldo y VELOSO, Genival “Error Médico”, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2002, pág. 47.

¹⁶ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

“En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima¹⁷ en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.”¹⁸

En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. (Subraya y negrilla fuera del texto)¹⁹.

En una sentencia posterior, el Consejo de Estado sintetizó la tesis actual sobre la el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos gineco-obstetra, de la siguiente manera:

“4.3.2.1. La tesis que actualmente orienta la posición de la Sala, frente a los daños sufridos como consecuencia de la atención médica obstétrica, se concreta en que “la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La

¹⁷ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno. **“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.”** LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121. (Se destaca).

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

762

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico (se destaca)²⁰. (Negrilla dentro del texto)²¹.

Ahora sobre la posibilidad que el Estado responda por las actuaciones de los galenos, el Consejo de Estado ha sostenido:

“7.7. Por lo anterior, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la lex artis o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra²². –Subraya y negrilla fuera del texto-²³

5.4. Del caso concreto.

Atendiendo los temas de apelación y la jurisprudencia en cita, así como las conclusiones por las cuales el Juez de primera instancia arribó a la responsabilidad en este caso, las cuales tuvieron en cuenta la inexistencia de complicaciones durante el embarazo, y que en el periodo post-parto tampoco se evidenció eventos que hubieran podido influir en la PCI que presente el niño Ángel, encuadrando así

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 19.801, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia de 26 de julio de 2012. Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00115-01(24727). Actor: Florencio Urrea. Demandado: Instituto Departamental de Salud del Caquetá. Referencia: Apelación Sentencia - Acción de Reparación Directa.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2013, exp. 30283, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En esta oportunidad, la Subsección señaló que “la ausencia demostrada de una falla del servicio atribuible a la entidad no conduce necesariamente a afirmar la ausencia de responsabilidad, pues pueden existir otras razones tanto jurídicas como fácticas, distintas al incumplimiento o inobservancia de un deber de conducta exigible al ISS en materia de atención y prevención de enfermedades infecciosas, que pueden servir como fundamento del deber de reparar”. Un criterio similar se utilizó en la sentencia de 28 de septiembre de 2012, rad. 22424, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en estos términos: “la menor (...) estando en satisfactorio estado de salud, tan pronto como le fue aplicado el plan de inmunización, previsto en las políticas de salud públicas, para la atención infantil falleció y aunque las pruebas técnico científicas y testimoniales no permiten relacionar la muerte de la pequeña de ocho meses con la aplicación de la vacuna, se conoce que el componente “pertusis” de la DPT (difteria, tos ferina y tétanos), en un porcentaje bajo, pero cierto, implica riesgo para quien lo reciba”.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 13 de noviembre de 2014. Expediente: 31182. Radicación: 050012331000199903218-01. Actor: Carlos Andrés Rojas Londoño y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales y otro. Naturaleza: Acción de reparación directa.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

las posibles causas de la patología en eventos perinatales o relacionados con el momento del nacimiento, en este en la cirugía de cesárea, al demostrarse la existencia de factores que denotaban un evento ARO –Alto Riesgo Obstétrico-, y que de acuerdo con los informes médico científicos en el sub lite la causa más probable de la misma se derivan de la falla del servicio médico.

Ahora para establecer en este caso si en efecto existen las suficientes pruebas para arribar a esa conclusión, resulta indispensable que se analice el material probatorio, dando énfasis en los indicios que se pueden deducir del mismo, lo cual procede a realizar de la siguiente manera:

1. El primer indicio que refiere el Juzgado de primera instancia para endilgar la responsabilidad a la ESE, corresponde al desarrollo del embarazo sin complicaciones.

Al respecto esta Corporación una vez estudiado detenidamente las pruebas obrantes en el proceso comparte parcialmente la conclusión del a-quo, pues en efecto no se refiere algún evento previo al 16 de octubre de 2010, que pueda calificarse como una complicación en el desarrollo del embarazo, sin embargo si existen pruebas que demuestran síntomas de alarma que debieron tenerse en cuenta al momento de la atención médica, para mayor ilustración se hará referencia a aquellas que refieren que el desarrollo del embarazo fue adecuado y sin complicaciones y luego se resaltarán cuáles son los signos de alerta que debieron ser advertidos pues eran factores que influían en las decisiones médicas al momento de atender el parto.

- La Ecografía de 16 de marzo de 2010, en la que se indicó: “**CONCLUSIÓN:** Embarazo de 7 semanas + 3 días Embrión con viabilidad” (fl. 568).
- Ecografía de 10 de julio de 2010, oportunidad en que se señaló: “**Conclusión:** Embarazo de 23 semanas + 3 días por biometría de hoy, con feto único con vitalidad creciendo dentro de los parámetros normales.” (fl. 575)
- Ecografía de 28 de agosto de 2010, en la que se lee: “**Conclusión:** Embarazo de 30 semanas + 6 días por biometría de hoy, con feto único con vitalidad creciendo dentro de parámetros normales.” (fl. 580).
- Anotación de evolución de 16 de octubre de 2010 de las 18:38, en que se indicó: “SE REVISÓ ECO DE INGRESO CON ILA 6.9 (NORMAL) EN MONITOREO FCF-Frecuencia Cardíaca Fetal- NORMAL, SE DA SALIDA CON

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

INDICACIONES Y ALARMAS, ORDEN DE MONITOREO FETAL MAÑANA CON GO –Ginecobotetra- AMBULATORIA” (fl. 233).

- Anotación de 17 de octubre de 2010: “PACIENTE DE 17 AÑOS EMBARAZO DE 38 SEMANAS ACTUALMENTE EN BUENAS CONDICIONES DE SALUD ADB GRAVIDO AU 33CM FCF ENTRE 140 Y 120LPM ACTIVIDAD UTERINA 3 EN 10 MIN DE +, MOVIMIENTO FETAL POSITIVO GU CUELLO BLANDO POSTERIOR EXT SIN EDEMA. SE DECIDE SALIDA Y SE DA RECOMENDACIONES DE PREPARTO.” (fl. 229).

Las anteriores pruebas darían cuenta de un embarazo en normales condiciones y sin complicación aparente, conclusión que comparte el Despacho frente al desarrollo del feto, sin embargo se observaron otras pruebas que si bien no constituyen complicaciones del embarazo, son signos de alerta que debieron observarse en el tratamiento perinatal –etapa del parto-, a fin de preservar la vida y la salud de la gestante y su hijo, los cuales son:

- Anotación Historia Clínica de 22 de junio de 2010, en la que se dijo: “IMPRESION DIAGNOSTICA: EMBARAZO DE 19 + 1 SEM XA ARO –Alto Riesgo Obstetrico- POR ITU –Infección Tracto Urinario- PACIENTE BAJO PESO” (fl. 235)
- Anotación de 10 de agosto de 2010: “EMBARAZO DE 28 SEM XA/ARO POR ITU” (fl. 238)
- Anotación en la Historia Clínica de 16 de septiembre de 2010: “EMBARAZO DE 32+5 SEM.XA/VAGINOSIS/” (fl. 237)
- Nota de Urgencias de 20 de septiembre de 2010, en la que se dijo:

“EVOLUCIÓN: “...PACIENTE PRIMIGESTANTE QUIEN CURSA CON EMBARAZO DE 38.6 SEMANAS CONTROLADO. INGRESA POR DISMINUCIÓN DE MOVIMIENTOS FETALES, CEFALEA, SIN NINGUN OTRO SINTOMA CON ANTECEDENTES DE ECOGRAFIA DEL 16/10/10 QUE REPORTA DISMINUCIÓN DE LÍQUIDO AMNÍOTICO Y BRADICARDIAS SOSTENIDAS. AL EXAMEN FISICO SE EVIDENCIA SE ENCUENTRA EN LA FASE LATENTE DEL TRABAJO DE PARTO, POR LO CUAL SE ORDENA MONITOREO FETAL QUE DEMUESTRA QUE NO HAY ALTERACIONES. PACIENTE ANSIOSA, QUIEN ES SUGESTIONADA FACILMENTE POR SU PAREJA, SOLICITAN SE LE PRACTIQUE CESÁREA DE URGENCIAS, SE EL EXPLICA QUE DE SER ESTE N PROCEDIMIENTO QUE SE REALIZA EN CASO DE EVIDENCIAR PELIGRO INMINENTE PARA EL BINOMIO Y ANTE LA INSISTENCIA DE HIPOACTIVIDAD GETAL, LA CUAL NO SE EVIDENCIA DENTRO DEL EXAMEN FÍSICO, SE DEJARA EN OBSERVACIÓN PARA REALIZAR ECOGRAFÍA DE CONTROL EN HORAS DE LA MAÑANA, PARA CORROBORAR BIENESTAR FETAL E ILA –Índice de Líquido Amniótico-” (fl. 218).

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

De lo anterior se concluye que desde el mes de junio de 2010, el embarazo de Dina Luz Orozco Escobar había sido catalogado como de Alto Riesgo Obstétrico –ARO– por personal médico de la Institución demandada, dado que las anotaciones antes citadas fueron consignadas en la Historia Clínica de la mencionada señora en el Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, se evidencia infecciones en la vía urinaria y vaginitis que podrían tener impacto en el momento del parto por vía natural, además del estrés evidente de la primigestante y su pareja quienes desde el 16 de octubre habían asistido al Hospital con inquietudes sobre el estado de salud de la gestante y su bebé, en razón a la ecografía de esa fecha que indicó disminución del ILA –Índice de Líquido Amniótico– y bradicardia fetal, siendo enviados a su casa al no evidenciar trabajo de parto.

Signos que si bien no demuestra complicaciones en el embarazo, si implicaban alerta para el personal médico frente a la atención que requería el desembarazo de la señora Dina Luz Orozco Escobar, pues la infección urinaria, la vaginitis, la disminución del ILA, la bradicardia fetal y el estrés de la primigestante, además de esa misma condición, llevan a la Sala a concordar con la impresión diagnóstica que se trataba de un evento ARO, que necesariamente debía tratarse con mayor cuidado por parte del personal médico, quien debió consultar la Historia Clínica de la Paciente obrante en esa Institución, para poder evidenciar las verdaderas condiciones clínicas del caso, pues conforme al principio de confianza legítima a que hizo referencia la jurisprudencia en cita, eso es lo que se espera de personas formadas para el manejo de la salud humana.

2. Decisión de realizar inducción de parto, pese a las condiciones anotadas en lugar de evitar el desarrollo de un evento traumático para una joven de 17 años que demuestra ansiedad y estrés desde el 16 de octubre cuando asistió a urgencias para atención por diagnóstico de disminución de ILA y bradicardia detectados en Ecografía, los médicos tratantes deciden inducir el parto con oxitocina, sin realizar los procedimientos requeridos para ello, tal como lo resalta el perito de Medicina Legal en los siguientes términos: “En folio No. 30 del 20 de octubre de 2010 siendo las 10:46:23²⁴ (dr. César Fabián Orozco) “Paciente quien es valorada en conjunto con ginecología. Quien decide pasar a hospitalización para conducción del trabajo de parto” **Sin registro de tacto vaginal ni índice de Bishop para la favorabilidad de la madurez del cérvix uterina**

²⁴ Ver anotación a folio 218: “PACIENTE VALORADA EN CONJUNTO CON GINECÓLOGIA. QUIEN DECIDE PASAR A HOSPITALIZACIÓN PARA CONDUCCIÓN DE PARTO.”

764

para inducción y conducción del trabajo de parto” –negrilla fuera del texto- (fl. 430).

3. Decidir continuar con el trabajo de inducción del parto pese a no contar con condiciones favorables para ello, al respecto se resalta lo siguiente:
 - Lo señalado por perito al absolver la pregunta 7 del cuestionario relativo a demás situaciones relevantes, oportunidad en la que el médico forense manifestó: “En folio No. 32 del 20 de octubre de 2010 siendo las 23:11²⁵ (CHC) “Evolución del trabajo de parto:; paciente primigestante adolescente, en trabajo de parto fase latente, con actividad uterina 6 contracciones en 10 minutos de 40 segundos de duración, fetocardia 152 **con goteo de oxitocina** 5 unidades en 500 cc de Hartman 60 cc por hora desde hace más de 6 horas. Tacto vaginal: dilatación 2 cm, borramiento 60% Estación: -3, membranas íntegras”. **Se reporta polisistolia, sin registro de monitoria fetal deciden suspender inducción de trabajo de parto sin embargo con datos de tacto vaginal se deduce Índice de Bishop de 3 que indica cérvix no favorable.” –negrilla y subraya fuera del texto- (fl. 430)**
 - A las 23:10:37 del 20 de octubre de 2010 se indicó en el plan: “EN EL MOMENTO EN FASE 1 DEL TRABAJO DE PARTO. SE ORDENA RETIRAR OXITOCINA POR 60 MINUTOS E HIDRATAR A LA PACIENTE CON HARTMAN BOLO DE 1000 CC. REVALORAR PACIENTE EN 1 HORA PARA DEFINIR INICIO DE OXITOCINA NUEVAMENTE. SEGUIR VIGILANCIA DE TRABAJO DE PARTO Y FETOCARDIA.” (fl.- 219); a las 02:24:48”, es decir 3 horas y 15 minutos después se anotó: “PACIENTE PRIMIGESTANTE EN SALA DE TRABAJO DE PARTO CON MONITORIA FETAL ACTIVO REACTIVO FCF 140 SIN DESACELERACIONES. SIN ACTIVIDAD UTERINA CTA SE INDICA NUEVA MONITORIA 7 AM” (fl. 219), es decir se continuó con la inducción del trabajo de parto por más tiempo luego que se podía evidenciar cérvix no favorable, decidiendo mantener en trabajo de parto a la paciente por lo menos 5 horas más y en total 8 desde el hallazgo que resalta el perito.
 - El 21 de octubre de 2010, a las 08:22:57 horas es decir transcurridas 22 horas desde el momento en que se decidió la inducción del parto se anotó: “PACIENTE PRIMIGESTANTE ADOLESCENTE EN TRABAJO DE PARTO. QUIEN PRESENTA TAQUICARDIA FETAL SE LE COMENTA A GINECOLOGA DE TURNO QUIEN ORDENA HIDRATAACION 1000 CC DE DEXTROSA AL 5% Y TOMAR MONITOREO FETAL PARA DEFINIR CONDUCTA. AL EXAMEN FÍSICO PACIENTE QUE **NO HA EVOLUCIONADO DILATACIÓN SE ENCUENTRA**

²⁵ Luego de transcurrido 12 horas desde la decisión de inducción de parto 10:45 a.m. a las 23:10 p.m.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

CON MEMBRANAS INTEGRAS...” (fl. 219), es decir que se decide continuar en el trabajo de parto inducido, pese a cérvix no favorable, taquicardia fetal y luego de transcurrido un lapso importante desde que se decidió inducir el parto.

- *El 21 de octubre de 2010 a las 10:03:13, se informó “SE INICIA REFUERZO//CON OXITOCINA IV AHORA//.” (fl. 220), de lo cual se concluye que se continuó con la inducción de parto luego de transcurridas casi 24 horas desde su inicio el 20 de octubre a las 10:46 a.m., y de todas las condiciones pre-annotadas.*
 - *El 21 de octubre a las 11:27:15, se señaló: “PACIENTE QUIEN PRESENTA SALIDA DE LÍQUIDO AMNIOTICO MECONIADO ADEMAS FCFR 136 X MINUTO POR LO QUE SE INFORMA A GINECOLOGA DE TURNO QUIEN ORDENA PREPARAR PARA CESÁREA. SE LE INFORMA A LOS FAMILIARES D ELOS RIESGOS Y COMPLICACIONES DEL PROCEDIMIENTO QUIENES FIRMAN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.” (fl. 220), es decir que solo transcurridas **24 horas y 20 minutos del inicio de la inducción**, pese a tratarse de una primigestante, con estrés, con infección urinaria, vaginitis, disminución de ILA, referente bradicardia fetal, sin cérvix favorable, con evento de taquicardia fetal, sin respuesta a la oxitocina por no dilatación, con un refuerzo en oxitocina y salida de líquido amniótico en la etapa de inducción se decide realizar el procedimiento quirúrgico que desde el 20 de octubre a las 04:34:35 horas solicitaron la gestante y su pareja.*
 - *Además de lo anterior, la cesárea no se practicó inmediatamente, sino que se esperó 45 minutos más, como se deriva de lo anotado en la evolución de parto, así: “2010.10.21 – 12:14:23 PACIENTE EN TRABAJO DE PARTO ESTACIONARIO EN EL MOMENTO CON RUPTURA DE MEMBRANAS PRESENTE + MECONIO G-II CON TAQUICARDIA PERSISTENTES QUE FLUCTUA Y MEJORA CON HIDRATACIÓN PERO PERSISTE CON OXITOCINA EN EL MOMENTO CON FCF +180X -170X (...) TRABAJO DE PARTO ESTACIONADO/*** SE DECIDE CESAREA/**AHORA/**” (fl. 220).*
4. De todo lo anterior se deduce sin dificultad **otro indicio consistente en la mora en la decisión de realizar la cesárea**, aumentando el riesgo del evento ARO, al tratar por más de 24 horas la inducción del parto y sin tener en cuenta las condiciones pre-existentes –ITU, Vaginitis, disminución ILA, bradicardia fetal- y los eventos que se desarrollaron en el trabajo de inducción –estrés de los padres, solicitud de cesárea, cérvix no favorable,

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E. S. E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

poca dilatación, necesidad de reforzar oxitocina, taquicardia fetal y pérdida de líquido amniótico-.

5. Otro indico relacionado con la etapa de inducción es el referente a la decisión de un **segundo ciclo de oxitocina**, al respecto el perito de Medicina Legal en su informe señaló: “...inician segundo ciclo de inducción del parto con *cérvix uterino inmaduro no viable* luego de haber registrado en monitoria previa taquicardia fetal sostenida y polisistolia asociada en ciclo de inducción anterior completando 24 horas de vigilancia e inducción de trabajo de parto.” (fls. 430-431).
6. Además resulta importante resaltar como lo hizo el a-quo, que los **registros de atención en esa etapa fueron insuficientes**, conclusión a la que también arribó el perito en los siguientes términos: “g) Folio No. 35 copia formato de registro de atención de parto carece de datos clínicos relevantes tales como la curva de alerta de parto diseñada por el CLAP, sin embargo según historia clínica paciente nunca se registró inicio de trabajo de parto en fase activa, en segundo lugar los registros de vigilancia de la inducción de trabajo de parto son insuficientes ya que en dos ciclos de inducción en un intervalo mayor de 24 horas solo se encuentra reporte de tres registros **desconociéndose periodos de polisistolia o contracción uterina sostenida que pudieran afectar en este lapso el flujo sanguíneo al feto y su bienestar fetal consecuente...**” (fl. 431), situación que no permite realizar un análisis en concreto sobre la evolución clínica en esa etapa, al respecto en la aclaración del dictamen, la ginecobstetra de Medicina Legal, dijo: “R/ Se desconoce evolución de la gestante durante 20/oct/2010 entre las 06:23 y las 23:11 horas y el 21/oct/2010 entre las 02:24 y 08:23 horas, pues no se cuenta con registro en la historia clínica.” (fl. 477).

Además es pertinente resaltar que en efecto al revisar la **evolución de la historia clínica** vista a folio 218 registró la acción médica de 20 de octubre de 2010 a las 10:46:23 y luego se encuentra registro de 20 de octubre de 2010 a las 23:10:37 (fl. 219) y, en relación con la atención dada el 21 de octubre de 2010, se registró un control a las 02:24:48 y nuevamente hasta las 08:22:57 (fl. 219), **corroborándose la omisión mencionada.**

Situación ésta que el Consejo de Estado ha contemplado como incumplimiento de las obligaciones asignadas por la Ley a las Entidades prestadoras del servicio de salud, lo que constituye otro indicio en contra de

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

la Entidad, sobre la importancia de este aspecto de la prestación del servicio de salud el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, “la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente” y tal y como lo ha advertido la Sala, “en la medicina moderna, el carácter completo y permanente de la historia clínica es condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa.”²⁶”²⁷. Esto implica que una de las manifestaciones de las obligaciones de los médicos y del acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto.

Conforme a lo anterior, esta Sala ha establecido la necesidad de

“(…) elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas, las cuales permitan garantizar el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico y en la atención de los pacientes, así como también el pertinente control posterior, tanto interno por parte del centro médico asistencial, como externo por parte de entidades de vigilancia o del propio juez, de suerte que se haga posible el conocimiento y la fiscalización efectiva del proceder de los galenos, tal como resulta necesario dentro de los procesos a los cuales da lugar el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de los ciudadanos que se sienten perjudicados por la acción o la omisión de las instituciones que prestan este tipo de servicios o del personal a su cargo (...)”²⁸.

Para el cumplimiento de la obligación de elaborar una historia clínica conforme al deber normativo, deben establecerse ciertos criterios: a) claridad en la información (relativa al ingreso, evolución, pruebas diagnósticas, intervenciones, curaciones o profilaxis, tratamientos, remisiones, etc.); b) fidelidad en la información que se refleje y que corresponda con la situación médica del paciente y, con el período en el que se presta la atención médica; c) que sea completa tanto en el iter prestacional, como en la existencia de todo el material que debe reposar en los archivos de la entidad de prestación de la salud; d) debe dejarse consignado dentro de la historia clínica de manera ordenada, cronológica y secuencial toda la información de diagnóstico, tratamientos, intervenciones quirúrgicas, medicamentos, remisiones y demás datos indispensables que reflejen el estado de salud del paciente; e) debe orientar y permitir la continuidad en la atención y proporcionar al médico la mejor información, posible, para adoptar decisiones sin improvisación para así ofrecer las mejores alternativas médicas, terapéuticas y/o quirúrgicas, siempre con el objetivo de resguardar la eficacia del derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta Política²⁹.

²⁶ RYCKMANS y MEERT-VAN DE PUT. *Le droits et les obligations des médecins*. Bruselas, 1971, p. 175. Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Op. cit.*, p.p. 224, 225.

²⁷ Sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente 11.878 y 28 de febrero de 2011 expediente 18.515.

²⁸ Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente: 15772. Posición reiterada en sentencia de 26 de mayo de 2011, expediente: 20097

²⁹ Posición reiterada en sentencia de 1º de febrero de 2012, expediente: 22199, sentencia de 25 de abril de 2012, expediente 19602.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Por lo anterior, no poseer una información completa de todos los procedimientos efectuados por el personal médico y de enfermería dentro de la historia clínica, se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981. (Subraya y negrilla fuera del texto)³⁰.

- 7. En la cesárea **no participó personal especializado en pediatría**, pese a todas las condiciones antes mencionadas, pues la nota quirúrgica así, lo indica, en efecto, se relaciona que el procedimiento fue adelantado por el siguiente personal médico: "CIRUJANO: DRA. DORA INÉS HOYOS. AYUDANTE QX: DR. CÉSAR CAMPO. ANESTESIOLOGO: DR. PATERNINA. INSTRUMENTADOR: JENNY MOGOLLÓN. AUXILIAR: MIRIAM RONDO (fl. 220) y además fue solicitada la valoración por pediatría, así: "SE SOLICITA VALORACIÓN DEL RECIEN NACIDO POR PEDIATRÍA POR APGAR BAJO Y ASFIXIA PERINATAL." (fl. 221).

En relación con la necesidad de contar con este profesional además de un auxiliar, el Coordinador de UCI Neonatal del Hospital San Rafael al rendir su concepto, manifestó: "...En estos casos, deben estar presentes al menos dos personas únicamente para tratar al bebé, 1 que posea destrezas de reanimación completa y 1 o más para ayudar. El objetivo es proporcionar un equipo de reanimación con un líder especificado y una función identificada para cada integrante. Independientemente de la causa que genere un estado fetal insatisfactorio, una reanimación inadecuada o realizada por personal sin entrenamiento puede conllevar a un intercambio gaseoso alterado que puede progresar a hipoxia y acidosis metabólica (asfixia). Según grado de asfixia y la afectación a órganos "blanco" como por ejemplo el cerebro (encefalopatía hipóxica Isquémica), se pueden esperar secuelas a nivel neurológico, estas pueden incluir retraso psicomotor y en su máxima expresión parálisis cerebral..." (fl. 631 vto.).

- 8. Se presentó demora en la atención por Pediatra, en efecto el menor Ángel nació el 21 de octubre de 2010 a las **12:38** como fue registrado en el certificado de nacido vivo suscrito por el médico César Hernán Campo Suárez (fl. 15) **y solo hasta 14:12:53** horas se registró actividad médica, así

³⁰ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 12 de febrero de 2014. Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00672-01(40802). Actor: Néstor de Jesús Zapata Ruiz y otros. Demandado: E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira y E.S.E. Hospital San Pedro y San Pablo de la Virginia. Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia).

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

“2010.10.21 – 14:26:51 RECIÉN NACIDO MASCULINO PRODUCTO DE CESÁREA POR SUFRIMIENTO FETAL. NACIÓ CON APGAR MENOS DE 3, SIN SIGNOS VITALES, ATÓNICO, ARREFLEXIVO, CIANOTICO, FLACIODO, MECONIADO GRADO TRES, DEPRIMIDO SEVERAMENTE SE REANIMO POR MEDIA HORA CON MANIOBRA DE REANIMACION Y OXIGENO, ASPIRACIÓN DE SECESIONES, LAVADO GASTRICO Y LUEGO RECUPERO APGAR A 8 PUNTO” (fl. 205). Resaltado fuera de texto.

9. Lo anterior permite identificar **otro indicio** que se relaciona con el APGAR³¹ bajo, en efecto luego de transcurrido un tiempo considerable entre el nacimiento y la atención pediátrica, por lo demás tardía, se anotó un APGAR de 3, y solo se estabilizó en 8 luego de la reanimación como indica la nota pediátrica antes referida. Situación que resulta relevante atendiendo lo manifestado por el perito neonato vinculado al proceso, cuando en su concepto sostuvo: *“...la probabilidad de parálisis cerebral se incrementa a mayor tiempo durante el cual el recién nacido mantenga un APGAR inferior a 4. Por ejemplo, si el APGAR permanece por debajo de 4 a los 20 minutos, la probabilidad de parálisis cerebral es mayor del 50%” (fl. 631 vto.) Resaltado fuera de texto.*

10. Un **segundo indicio** que se deriva de la anterior nota es que haya *“meconio grado tres”* pues conforme a los conceptos del perito forense y la ginecobstetra de Medicina Legal, ello pudo influir en la patología de Ángel, dado que la causa más probable de la PCI³² que presenta fue un Encefalopatía Hipóxica Isquémica (HIE), cuya sintomatología resaltó el perito forense de Medicina Legal así: *“...Las manifestaciones HIE en la vida perinatal y postnatal temprana incluyen (...) puntuación baja de Apgar, presencia de meconio fluido meconiado a la necesidad de asistencia respiratoria en los primeros minutos postnatal...” (fl. 429), por su parte la ginecobstetra dijo “...en el caso de la señora Orozco Escobar la asociación de meconio espeso y taquicardia fetal persistente pueden ser tomados como signos de asfixia...” (fl. 478)*

11. Conforme a lo anterior, el hecho de haberse requerido **reanimación** del recién nacido como lo señaló el pediatra en la mencionada nota post

³¹ <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003402.htm>

La prueba de **Apgar** es un examen rápido que se realiza al primer y quinto minuto después del nacimiento del bebé. El puntaje en el minuto 1 determina qué tan bien toleró el bebé el proceso de nacimiento. El puntaje al minuto 5 le indica al médico qué tan bien está evolucionando el bebé por fuera del vientre materno.

³² Parálisis Cerebro Infantil

767

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

quirúrgica, es otro **indicio de que se presentó Encefalopatía Hipóxica Isquémica en este caso clínico.**

12. La decisión de enviar al menor a la UCIN –Unidad de Cuidados Intensivos de Neonatos- **fue demorada**, en la medida que en la nota del 21 de octubre de 2010 a las 12:26:49 se indicó el traslado a UCIN (fl. 208) y sólo hasta las 15:15 horas se hace remisión, evento consignado en la nota a las 16:06:38 vista a folio 208.
13. Inadecuado transporte del Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá a la Clínica Saludcoop en Ibagué, tal como lo refiera al IPS en los siguientes términos: **“INGRESA EN INCUBADORA DE TRANSPORTE, VESTIDO, MONITORIZADO CON O2 POR HOOD AL 50% DE FIO2 SATURANDO 86-88% CON ACCESO VENOSO PERIFÉRICO EN MANO DERECHA NO FUNCIONAL, SEGÚN MEDICA DE REMISIÓN DURANTE EL TRANSPORTE PRESENTÓ 2 APNEAS QUE RESPONDIERON A MASAJE CARDIACO. SE CONSIDERA TRANSPORTE INADECUADO.”** (FL. 270).
14. De lo anterior también se evidencia otro indicio relacionado con apnea pues no se relaciona en la Historia Clínica de traslado como se presentaron los eventos y cuál fue el tratamiento dado, solo se indicó que se hizo masaje cardiaco.
15. La Historia Clínica de Ingreso refiere las anomalías de la atención brindada en la remite e indica como impresión diagnóstica de la siguiente manera:

“SE CONSIDERA PACIENTE A TÉRMINO CON MAMÁ ADOLESCENTE CON ADECUADOS CONTROLES PRENATALES. NO ES CLARA LA HISTORIA DE PORQUE LA SOSPECHA DE SUFRIMIENTO FETAL, NO DESCRIBEN BIEN LAS MANIOBRAS DE REANIMACIÓN PREVIA A IOT – Intubación Oro Traquial- MEDICACIÓN??) NI MANEJO POSTERIOR CON ACIDOSIS METABÓLICA SEVERA AL INGRESO SIN HIPOGLICEMIA, EN EL MOMENTO ESTABLE HEMODINAMICAMENTE Y SIN COMPROMISO ORGANO EVIDENTE.

IDx: 1. RNAT (RECIÉN Nacido a Término) – PAEG (Peso Adecuado para la Edad Gestacional) –ANI INDUCIDA. 2. ASFIXIA PERINATAL SEVERA. 3. ESTADO POST REANIMACIÓN. 4. SIND. ASPIRACIÓN LIQUIDO MECONIADO. 5. SDR (Síndrome de Dificultad Respiratoria) SECUNDARIO. 6. POTENCIALMENTE INFECTADO” (fl. 270)

Conforme a lo anterior en la IPS se recibió a Ángel con varios de los síntomas de HIE, como son la asfixia perinatal severa, reanimación a poco tiempo de nacido, síndrome de Líquido Meconiado, que permiten indicar que

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
 Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
 Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
 Medio de control: Reparación Directa

en este estado la demanda entregó al menor Ángel, para que fuera atendido por UCIN en la Clínica de Saludcoop de Ibagué.

16. Luego de permanecer hospitalizado por varios días en la Clínica Saludcoop y tras controles que se encuentran pormenorizados en la respectiva Historia Clínica de Ángel, se emitió la siguiente nota de evolución:

“Fecha Evolución: 2010/10/27 08:32

Subjetivo: RNAT CON ANTECEDENTES DE ASFIXIA INTRAPARTO Y REANIMACIÓN PROLONGADA EN ZONA RURAL.

Objetivo: RN REACTIVO CON RESPUESTA OCULAR Y MOTORA A ESTIMULO AUDITIVO-LUMINICO-TACTIL. AUSENTE TÓNICO CERVICAL (-) –SOPORTE (-) –GALANT (-) Y PRESIONES DEBILES. ECOGRAFIA TRANSFONTENELAR NORMAL.

Análisis: RN CON ENCEFALOPATÍA HIPÓXICO-ISQUÉMICA ACTUALMENTE SARNAT I...” (fl. 285).

Entonces no cabe duda que dado los eventos presentados en la atención médica en la ESE demandada derivó en la HIE que refiere como causa probable de la PCI que presenta Ángel, de acuerdo con la conclusión del dictamen médico legal de la ginecobstetra en los siguientes términos: “...por lo sustraído de la clínica de la señora Orozco Escobar y de su hijo se considera que la causa más probable de parálisis cerebral y sus secuelas es encefalopatía hipóxica-Isquémica. La HIE se trata de una encefalopatía neonatal, secundaria a asfixia durante el parto siendo una importante causa de muerte neonatal y de discapacidad permanente del desarrollo neurológico evidenciado por diferentes grados de parálisis cerebral y/o secuelas neurosensoriales.” (fl. 474).

17. Por último, en la calificación de invalidez se consignó lo siguiente:

“(...)”

Diagnostico	Diagnostico Específico	Fecha	Origen
P209 – Hipoxia intrauterina no especificada.	Hipoxia neonatal	21/10/2010	Enfermedad común
G800- Parálisis cerebral espástica	Parálisis Cerebral	21/10/2010	Accidente común
R620 Retardo en desarrollo	Retardo en Desarrollo Psicomotor severo	21/10/2010	Enfermedad común
G401 Epilepsia y síndrome epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones (focales) (parciales) y con ataques parciales simples	Epilepsia Focal	21/11/2010	Enfermedad común

(...)” (fl. 626 vto.)

268

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Es decir, que tres de las enfermedades por las cuales se estructuró la incapacidad de Ángel **tuvieron lugar el 21 de octubre de 2010, fecha de su nacimiento** conforme a lo certificado en el Registro Civil (fl. 14) y Certificado de nacido vivo (fl. 15) y por ende, ello constituye **otro indicio** que vincula indefectiblemente el daño alegado por los demandantes con la actividad médica desplegada por el personal médico.

En relación con las pruebas solicitadas y allegadas por la parte demandada, la Sala destaca que ninguna tuvo como finalidad demostrar que la PCI de Ángel, estuvo ligada a eventos o situaciones prenatales o genéticas, pues si bien desde la contestación de la demanda (fls. 180-196) se edificó la tesis de presencia de enfermedades STORCH y del Síndrome de Fine Lubinsky, no hay prueba científica, clínica o médica que soporte la pre-existencia de enfermedades o signos en el desarrollo y salud tanto de la gestante Dina Luz y su menor hijo, por el contrario, la juventud de la progenitora y los controles del embarazo dan cuenta de situaciones diversas a las que estructuran la presencia de dichas enfermedades y síndrome.

La actividad probatoria de la parte demandada se limitó al aporte de la Historia Clínica de la paciente Dina Luz Orozco Escobar y del menor Ángel y a una testimonial tomada al Dr. Carlos Caballero Ropian, quien no fue testigo presencial de los hechos sino que funge como Coordinador Médico de la ESE y tuvo conocimiento indirecto del caso, y de la Md. Diana Marcela Vergara, quien únicamente participó en el transporte del menor de la ESE de Puerto Boyacá a la UCI neonatal en la IPS Saludcoop en Ibagué; es decir esas pruebas solo permiten tener conocimiento de la evaluación del Comité Técnico Científico de la ESE frente al evento relevante que resulta este caso dadas sus particularidades y consecuencias y de la atención posterior al parto, lo que de ninguna manera aporta probatoriamente a la tesis de la defensa de la Entidad y tampoco sirve para dar cuenta de la atención médica integral y eficiente que presume se le brindó a la señora Dina Luz y su bebé desde el 16 de octubre de 2010.

Conforme al anterior espectro probatorio, la Sala procederá a analizar los argumentos de apelación.

5.5. De la resolución de los temas de apelación.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

El primer tema de apelación está referido a la falta de nexo causal entre el daño probado –PCI e incapacidad laboral correspondiente al 85% del niño Ángel- y la prestación del servicio médico obstétrico brindado a la señora Dina Luz Orozco Escobar y a su hijo, por parte de la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá. Sobre el particular esta Corporación contrario a lo manifestado en el recurso, encuentra que existen suficientes elementos para vincular la afección en la salud del menor con el servicio médico, como se expondrá a continuación:

Los indicios referidos en el acápite precedente dan cuenta que el personal médico desatendió los signos que evidenciaban un ARO y los signos expuestos en la ecografía realizada antes de asistir al centro hospitalario, demoró la atención médica desde el 16 de octubre al 20 de octubre de 2010, una vez ingresada por urgencias, se le decide inducir el parto natural pese a los antecedentes de conocimiento de la ESE por haberse realizado los controles y diagnósticos previos en esa Entidad, mantuvo un trabajo de parto de manera prolongada con aplicación de oxitocina pese a que no se encontraba las condiciones para ello y ante la evidencia de taquicardia fetal, realizaron un segundo ciclo de oxitocina, ante la pérdida de Líquido Amniótico en el desarrollo de la inducción se demoró la toma de la decisión de practicar la cesárea, situaciones prenatales que influyen en la cirugía de cesárea y en la salud del bienio tratados, la realización de la cirugía sin el personal idóneo y especializado que requería un evento como el que ocupa la atención de la Sala, la presencia de sufrimiento fetal agudo, la falta de atención inmediata al momento de nacer por parte de pediatría, la reanimación al nacidurus, el inadecuado traslado de la ciudad de Puerto Boyacá a Ibagué para la atención por UCIN y la falta de anotaciones en la historia clínica, llevan a concluir sin mayor dificultad que existió falla en la prestación del servicio médico.

*Ahora las conclusiones de los dictámenes dados por Medicina Legal, tanto del Perito Forense como de la Ginecobstetra, dan cuenta que **la causa más probable** de la parálisis cerebral infantil de Ángel, está ligada a una Encefalopatía Hipóxica Isquémica, evento que se relaciona con la presencia de meconio en el recién nacido, asfixia y maniobras de reanimación al poco tiempo del alumbramiento, signos que se evidenciaron en la Historia Clínica del menor, aunado al dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez que señala que la fecha de estructuración de las enfermedades que determinan la incapacidad del niño datan del 21 de octubre de 2010, fecha en que se presentaron las irregularidades médicas antedichas, además de los diagnósticos contenidos al momento de recepción y posterior atención por UCIN de Saludcoop, permiten ligar la falla del servicio al daño;*

769

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

además, si ello no fuera suficiente, habrá de resaltarse que la tesis de la demandada no tiene asidero probatorio, pues no se demostró ninguna enfermedad STORCH ni otro factor, que tuviera injerencia en la PCI de Ángel. Entonces el primer argumento de apelación se despacha desfavorablemente.

Bajo los lineamientos anteriores, se evidencia que existió negligencia en la atención antes, durante y después del parto por cesárea de la señora Dina Luz Orozco Escobar, por lo tanto, no puede señalarse como lo hace el recurrente en el segundo punto de apelación, que no hubo conductas negligentes por parte del personal médico, en efecto:

En relación con el parto y el parto:

- Se inobservaron los signos previos de alerta de un ARO, el diagnóstico de disminución de ILA y bradicardia contenido en una ecografía.
- Enviaron de vuelta en tres oportunidades entre el 16 y 20 de octubre de 2010 a la primigestante sin atender lo anterior.
- Decidieron inducir un parto, pese al estrés de la primigestante y su pareja y la solicitud de cesárea.
- Prolongaron inexplicablemente la inducción del parto, pese a no existir cérvix favorable, la presencia de taquicardia y pérdida de Líquido Amniótico.
- Se demoraron en decidir y realizar la cesárea, la que fue practicada sin presencia de pediatra.

En relación con el recién nacido:

- No se prestó atención inmediata al menor al momento de nacer por especialista idóneo.
- Se realizaron maniobras de reanimación sin especificaciones claras.
- No se atendió oportunamente la presencia de índice bajo de APGAR del menor.
- La decisión tardía de envío a UCI neonatal y el inadecuado traslado a la misma.

Adicionalmente las falencias en el diligenciamiento de las Historias Clínicas, no puede tenerse sino como evidencias de la negligencia del adecuado, oportuno y eficiente servicio que debió prestársele al menor y su progenitora, el cual por tratarse de un evento ARO catalogado previamente por la misma Entidad

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

demandada debió extremarse, por lo anterior el segundo cargo de apelación carece de vocación de prosperidad.

En cuanto al tercer punto de apelación refiere a que no se demostró fehacientemente la causa de la PCI de Ángel, a lo cual la Sala debe indicar que si bien no se señaló por parte de los peritos que en efecto la causa de la patología del niño se deriva del parto y la atención médica dada la multiplicidad de causas que pueden derivar en esa PCI, lo cierto es que al analizar la prueba en su conjunto siguiendo los derroteros del régimen probatorio en falla medica obstétrica y la sana crítica, así como el concepto de causa más probable, se concluye que se trató en este caso de una HIE, cuyo sintomatología se corresponde con las descripciones diagnosticas de la Historia Clínica del menor, tanto de la ESE como de la IPS receptora en UCI de neonatos, así como de la evaluación de la fecha de estructuración de las enfermedades que derivaron en la incapacidad determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por ello, el argumento de impugnación debe descartarse.

El cuarto tema de apelación, refiere a que la inducción del parto puede durar más de 12 horas y por ello no era necesario que se consignara la atención detallada en ese lapso, al respecto debe resaltarse que contrario a ello, los conceptos de los médicos peritos era indispensable que se realizara dicho seguimiento que debe evidenciarse en la Historia Clínica, omisión que en sí misma constituye una falla del servicio por incumplimiento de un deber legal, como lo resaltó la jurisprudencia que sobre el particular se citó líneas arriba, y que por el contrario es indicio en contra de la Entidad pues causa de esa inobservancia de la carga legal, no se pudo contar con elementos suficientes para establecer cuál fue la atención brindada a la gestante en el periodo de inducción en el parto y si está tuvo injerencia en el estado de salud del niño antes de su nacimiento; así dicho argumento igualmente debe rechazarse, además de resaltarse que el criterio del apelante es desacertado con *lex artis* conforme lo exponen los médicos legistas y el coordinador de UCI neonatal del Hospital San Rafael en sus conceptos.

El quinto tema de apelación referente a la necesidad de presencia de pediatra o neonatólogo al momento del nacimiento, la Sala únicamente dirá que ello obedeció a un concepto médico dado por profesional idóneo, que no fue refutado por la parte una vez se puso en su conocimiento y se incorporó al expediente, momento procesal oportuno en que debió refutar esa conclusión, siendo extemporánea su

770

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

interpelación en el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, en esa medida tampoco prospera dicho argumento.

Por último, no puede catalogarse el sub iudice, como un caso donde se estructuró un caso fortuito, pues contrario a lo que supone este tipo de eventos era totalmente previsible conforme al diagnóstico al ingreso a la ESE, los controles previos y el desarrollo de los eventos en la atención, las complicaciones que se evidenciaron en el parto por cesárea de la señora Dina Luz Orozco Escobar, siendo descartable por esta razón el argumento del apelante.

Así las cosas la Sala confirmará la decisión adoptada en la sentencia de 19 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja que declaró patrimonialmente responsable a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá por los perjuicios que sufrieron los demandantes por la falla en la prestación del servicio médico obstétrico.

5.6. De los Perjuicios.

*En relación con los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y morales debe decirse que la forma como fueron reconocidos en la sentencia no fue objeto del recurso de apelación, en esa medida decantada la responsabilidad de la Entidad demandada, debe mantenerse lo resuelto sobre ese tópico en el fallo de **19 de febrero de 2016**.*

*No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que en estos casos las medidas restaurativas, no son únicamente de orden patrimonial, sino que involucran otras decisiones de orden resarcitorio y de no repetición, que podrán ser ordenadas aún de oficio, superando la barrera del principio de la *non reformatio in peius*, por tratarse de medidas *pro homine*, que buscan el restablecimiento de los derechos de las víctimas, ante la negligencia de la atención del Sistema de Salud, en esa medida se procederá a estudiar la jurisprudencia que soporta esa posición y a establecer si en sub iudice hay lugar a ordenar alguna de estas medidas.*

Frente a la importancia de las medidas restaurativas y la posibilidad de ordenarlas en sede de segunda instancia cuando la demandada es apelante único el Consejo de Estado, sostuvo:

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la no reformatio in pejus, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales si está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado. (Subraya por fuera del texto)³³.

Existe una sentencia de unificación sobre las medidas restaurativas que deben adoptarse en los casos de falla médica obstétrica como el presente, a saber en ese precedente se señaló:

“3.2.3 Sobre el daño a otros bienes constitucionales protegidos y medidas de reparación integral

La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de “daño a la vida en relación” o “alteración grave de las condiciones de existencia” no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar

³³ **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

771

biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho.

En efecto, la Sala advierte que el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género. (...) Por otra parte, el análisis que permiten los Anales del Consejo de Estado, revela que el 28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013, corresponden a fallas en la atención en ginecología y obstetricia, ya sea por deficiencias en la atención en el embarazo y el parto o por la práctica de histerectomías innecesarias. Que un porcentaje tan significativo de las sentencias recientes en materia de responsabilidad médica corresponda a una sola especialidad, debe alertar sobre las deficiencias en la atención que se presta en la misma.

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

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

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

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

Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

Adicionalmente, el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia y minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.” (Subraya y negrilla fuera del teto)³⁴.

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda que se encuentra dentro de los eventos destacados en las jurisprudencias en cita, pues la negligencia médica fue evidente conforme a la prueba indiciaria, en cuanto se dio un diagnóstico impreciso y sin soportes de embarazo prolongado, con base en el cual los galenos decidieron inducir el pacto con medicamentos, luego de un largo período de trabajo de parto en la fase expulsiva se decide cesárea de manera tardía, no se brindó acompañamiento constante y monitoreo especializado, no se atendió de manera diligente al menor en los primeros minutos de vida, no se dispuso la remisión oportuna de la paciente a la UCIN, se realizó un inadecuado traslado a la UCIN, todo lo cual culminó con la lesión a la salud del recién nacido desencadenando en una parálisis cerebral infantil y una importante pérdida de capacidad laboral.

³⁴ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). **Actor:** Amparo de Jesús Ramírez Suárez. **Demandado:** Hospital San Vicente de Paul de Lorica y otro. Referencia: Apelación Sentencia - Acción de Reparación Directa.

972

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Circunstancias que implican la adopción de medidas restaurativas, como la publicación de esta sentencia en la página web de la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, la celebración de ceremonia privada donde le sea ofrecida excusas a los demandantes, la cual deberá tener lugar dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia bajo el consentimiento de las víctimas; así mismo se dispondrá el envío de esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

Como medida de no repetición se ordenará a la E.S.E. José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá la adopción de políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y al recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite, así mismo se dispondrá el envío de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica Seccional Boyacá o quien haga sus veces para que se realice la investigación disciplinaria pertinente a los médicos que intervinieron en la atención de la señora Dina Luz Orozco Escobar y su menor hijo Ángel, entre el 16 y el 21 de octubre de 2010, en la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.

Adicionalmente, al evidenciarse la vulneración de derechos fundamentales del menor, a la familia y al libre desarrollo de la personalidad y teniendo en cuenta las condiciones especiales del presente caso, la Sala dispondrá una condena adicional y autónoma, siguiendo el precedente contenido en la sentencia de 12 de febrero de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado –radicado interno 40.802-, en la que se resolvió en sede de segunda instancia un caso de falla médica obstétrica, en donde no se reclamaron perjuicios por dichos conceptos, bajo los siguientes argumentos:

“Adicionalmente, teniendo en cuenta que se desconoce a todas luces las razones por las cuales no se remitió a la menor a un centro de IV nivel de complejidad, no solo constituye una deficiente prestación del servicio médico sino que también atenta y vulnera los derechos del menor, reconocidos constitucionalmente como lo consagra la Carta Política en el artículo 44, al preceptuar que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo la necesidad de buscar en todo momento el mayor beneficio para el menor, para que no se vulneren derechos fundamentales

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, y como lo consagran las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como, la Convención Americana de Derechos Humanos³⁵ y la Convención de las Naciones Unidas³⁶, específicamente frente a los derechos del niño, enmarcándose la presente providencia en el ámbito del control de convencionalidad³⁷ que le corresponde aplicar a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana³⁸.

³⁵ **Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:**
1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 63: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

³⁶ **Convención de las Naciones Unidas Artículo 6:1.** Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 24: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

³⁷ "La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
 Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
 Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
 Medio de control: Reparación Directa

(...) se vulneró de manera directa el derecho a una familia consagrado no solo en el artículo 42³⁹ y 44⁴⁰ constitucional, sino también, protegido en el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, refiriéndose a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, como por ejemplo en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16⁴¹), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23⁴²), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10⁴³) y en la Convención Americana sobre Derechos

dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lasos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado”, BREWER CARIAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

³⁸ Reiteración de sentencia de 26 de septiembre de 2013, expediente: 38928.

³⁹ La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia (...) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil (...).

⁴⁰ Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

⁴¹ 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

⁴² 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

⁴³ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17⁴⁴); así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado no solo en el artículo 16⁴⁵ Superior sino también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 1^o⁴⁶), también los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano.

La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos⁴⁷.

(...)

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que **la vulneración a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos fue concebida por la Sala como una única tipología de perjuicio que abarca las diferentes lesiones que el hecho dañino haya generado en los derechos constitucionales de las víctimas**, sin que haya lugar a conceder multiplicidad de reconocimientos por cada uno de ellos.

Es así, que si bien en el caso de autos se vulneraron los derechos constitucionales a tener una familia y a desarrollar libremente su personalidad dentro de la misma, la afectación a estos derechos se concreta en una sola esfera de la naturaleza de la persona; entonces, la muerte de la madre – esposa y de la hija – hermana, afecta un solo núcleo familiar y el desarrollo de los perjudicados en las relaciones que de ella se derivan, sin que pueda hablarse de una doble afectación. (Subraya y negrilla fuera del texto).

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

⁴⁴ 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁴⁵ Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁴⁶ Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

⁴⁷ Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

774

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

En un pronunciamiento posterior, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia sobre los perjuicios ocasionados a bienes jurídicos convencional y constitucionalmente protegidos, de la siguiente manera:

15.1. Daños inmatrimales derivados de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

15.2. (...)

15.3. Al respecto la Sala reitera los criterios expuestos en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmatrimales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación⁴⁸.

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada⁴⁹.

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁹ Para efectos de apreciar la línea de evolución de los perjuicios inmatrimales, se destacan las siguientes providencias: la sentencia de julio 3 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, concedió por primera vez en la Jurisdicción Contencioso administrativa un perjuicio inmaterial, distinto del moral, identificado con el nombre de daño fisiológico, con el que se hace referencia a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. El Consejo de Estado -Sección Tercera- en sentencia del 1º de julio de 1993 -rad. 7772, M.P. Daniel Suárez Hernández-, respaldó la anterior tesis, la cual fue reiterada en el fallo del 6 de mayo de 1993 - rad. 7428, M.P. Julio Cesar Uribe-Acosta, en la que se precisó que esta categoría es una especie de resurrección del hombre “abatido por los males del cuerpo, y también por los daños que atacan el espíritu, [se] orienta [a] la indemnización del daño fisiológico o la vida de relación”. En sentencia del 25 de septiembre de 1997 - rad. 10421, M.P. Ricardo Hoyos Duque, la Sección Tercera cambió la expresión “perjuicio fisiológico” por el concepto de “perjuicio de placer”, asimilándolo al de “daño a la vida de relación”. Más tarde, en sentencia del 19 de julio de 2000 -rad. 11842, M.P. Alier Hernández Enríquez, precisó que este de daño de orden inmaterial debía denominarse “daño a la vida de relación”, por cuanto se trata de un concepto más adecuado que el “perjuicio fisiológico”: “el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”, afectación inmaterial que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de este por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica. Se debe

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

*i) **Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales.** Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.*

*ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.***

*iii) **Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.***

*iv) **La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.***

recordar que en pretérita ocasión, antes de la Constitución Política de 1991, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de acoger el término "daño a la persona", para señalar que consiste en un "(...) desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad", sentencia de abril 4 de 1968, M.P. Fernando Hinestrosa. Precisó la providencia que un daño puede dar origen a múltiples consecuencias, algunas de ellas de carácter patrimonial o de linaje diverso que pueden repercutir en el equilibrio sentimental o quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto. El primero, hace referencia al daño emergente y lucro cesante. El segundo, se identifica con el perjuicio de carácter moral, que incide o se proyecta en el fuero interno de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, en su "actividad social no patrimonial". Posteriormente, en decisiones de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007 -rad. 2002-00004-01(AG) y 2001-00029-01(AG)- la Sección Tercera cambió su denominación y lo denominó "alteración grave a las condiciones de existencia", la cual se acredita respecto de las condiciones de existencia previas, con las características de ser graves, drásticas y extraordinarias: "[E]n esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política (...) El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones".

Finalmente, las providencias de 14 de septiembre de 2011 – rad. 19.031 y 38.222, antes citadas, sistematizaron la tipología de los daños inmateriales, así: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), cuando se deriva de una lesión corporal y iii) daños a bienes constitucionales.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E. S. E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

775

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

15.4.3. En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
 Demandado: E. S. E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
 Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
 Medio de control: Reparación Directa

las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de medida	Modulación
En caso de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.	Medidas de reparación integral no pecuniarias	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenará medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias.	Hasta 100 SMLMV ⁵⁰	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamenta en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

(...)” (Subraya y negrilla fuera del texto)⁵⁰.

En este caso se evidencia que con la deficiencia en la prestación del servicio público al menor Ángel le fueron vulnerados sus derechos fundamentales, constitucional y convencionalmente reconocidos, en especial los previstos en el artículo 44 Constitucional a la vida –entendida no solamente en la dimensión biológica sino en la esfera de la dignidad humana-, **la integridad física**, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, **la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión** así mismo al derecho al **libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la locomoción y al trabajo** derechos que escapan a la dimensión de la salud y que no podrá ejercer el menor, limitaciones impuestas desde su nacimiento por culpa de la negligencia médica comprobada, la que llevó a que se presentara una parálisis cerebral severa que compromete el 85% de su

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988). Actor: Félix Antonio Zapata González y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa (Apelación Sentencia - Sentencia de Unificación).

776

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E. S. E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

capacidad. Daño que en este caso no fue reconocido como daño a la salud⁵¹, pues únicamente se accedió al pago de perjuicios morales y al lucro cesante. Afectación que como señaló el a-quo, impactan a sus padres como las personas más cercanas quien ven menguados sus derechos a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, por las implicaciones que tiene la enfermedad en su entorno, las cuales se deducen de acuerdo a las reglas de la experiencia, pues una persona en las condiciones de Ángel, requiere de un cuidado y atención extremos, dado que no puede valerse por sí solo.

En atención a la gravedad de la afectación de los derechos constitucionales antes referidos, siguiendo los derroteros de los precedentes jurisprudenciales antes mencionados, será reconocido además como condena autónoma y de oficio al menor Ángel y sus padres Dina Luz Orozco Escobar y Germán Adolfo Gómez Luna la suma de 100 s.m.m.l.v. a cada uno, por concepto de **perjuicios a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**.

Sin que ello implique una doble condena, pues se comprobó que en este caso se trata de una vulneración relevante de los derechos constitucionales del menor y sus progenitores, los cuales tienen relevancia y fueron afectados desde su nacimiento y de manera permanente, vulneración que resulta ser antijurídica, sin que la indemnización reconocida haya sido incluida en los conceptos de daño moral y perjuicios materiales por lucro cesante y que con la misma se busca una reparación correlativa, pertinente y adecuada al daño generado, pues lamentable que un ser humano desde su nacimiento esté condicionado a sufrir de por vida una parálisis cerebral, por la evidente y reiterada negligencia del servicio médico, privándolo de tener una vida en condiciones normales, al movimiento, al habla, a la vista y al razonamiento, condiciones mismas del ser humano, que no podrá disfrutar Ángel a plenitud y como hubiera sido posible si no se hubiera causado el daño.

Lo anterior dado el carácter excepcional y relevante en materia constitucional y convencional del caso bajo análisis.

6. Costas

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William

⁵¹ En la demanda no se solicitó el pago de perjuicios derivados a la afectación de la salud y por tanto, no se reconocieron en primera instancia.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-2333-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia, la sentencia será confirmada, en consecuencia, en virtud del numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., se condenará a pagar costas al demandante.

⁵² “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E. S. E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

277

En el sub-lite, atendiendo el criterio señalado por la jurisprudencia en cita para la condena en costas procesales, se tendrá en cuenta su comprobación, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, se fijará como agencias en derecho la suma de seiscientos cuarenta y cinco mil pesos (\$645.000) a su favor y a cargo del demandada; lo anterior en atención a que en el numeral 3.4.1. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura⁵³, vigente para la fecha de la presentación de la demanda, que fija en procesos ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia "Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia"⁵⁴.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Confirmar** la sentencia de **16 de diciembre de 2015** proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, dentro del medio de control de Reparación Directa promovido por Germán Adolfo Gómez Luna y Dina Luz Orozco Escobar, a nombre propio y de su menor hijo Ángel contra la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.
- 2. Condenar** a la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá al pago de los perjuicios por la **afectación de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos (derecho de los menores, a la familia libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la locomoción y al trabajo)** a favor del menor Ángel y sus padres Dina Luz Orozco y Germán Adolfo Gómez Luna en calidad de víctimas directas en cuantía de 100 s.m.m.l.v. **a cada uno de los demandantes**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia
- 3. Ordenar** a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá a ofrecer excusas a Dina Luz Orozco Escobar, Germán Adolfo Gómez Luna y al menor hijo Ángel, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro

⁵³ De conformidad con el numeral 4 del artículo 366 del CGP.

⁵⁴ A folio 12 C 1, el demandante fijó la cuantía en \$645.870.000, se le reconoce el 01% por agencias en derecho.

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan.

4. **Ordenar** a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.
5. **Ordenar** a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá que en el término de un (1) mes elabore y apruebe los documentos internos pertinentes para la adopción de políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y del recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.
6. **Hacer conocer** esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que se promueva ante las instancias gubernamentales políticas que optimicen la prestación de la atención gineco-obstétrica que minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para incluya la decisión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.
7. Por Secretaría **remitir** copia de esta sentencia al Tribunal Seccional de Ética Médica Seccional Boyacá o quien haga sus veces, para que sea adelantada la investigación disciplinaria en relación con los médicos que intervinieron en la atención médica de la señora Dina Luz Orozco Escobar y del menor Ángel entre los días 16 a 21 de octubre de 2010 en las Instalaciones de la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.
8. **Por la Relatoría** publicar esta sentencia en todos los medios de publicidad con los que cuenta el Tribunal Administrativo de Boyacá.
9. **Condenar en costas** a la parte demandada, liquidense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.
10. **Fijar como agencias en derecho** a cargo de la parte demandada la suma de seiscientos cuarenta y cinco mil pesos (\$645.000).

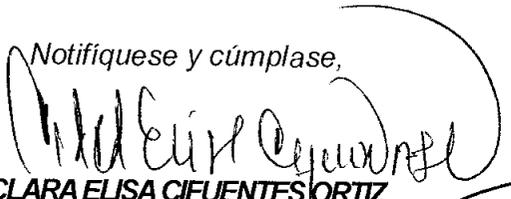
Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

778

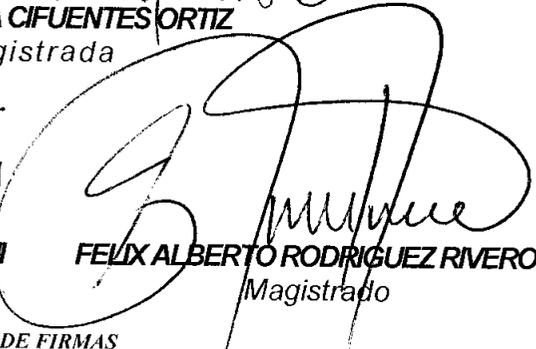
11. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JÁUREGUI
Magistrado


FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Demandante: Germán Adolfo Gómez Luna y otros
Demandado: E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá
Expediente: 15001-3333-005-2012-00117-01
Medio de control: Reparación Directa

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
FUNDACIÓN DE ESTADO

El cual, en virtud de la ley por estado

No. 189 de 2016, el día 28 OCT 2016

EL SECRETARIO