



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA.
DEMANDANTE: EDITH MANOSALVA PALLARES Y OTROS
DEMANDADOS: E.S.E. HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFañE
RADICADO N°: 20-001-23-33-006-2015-00295-00

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionante, contra la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 19 de febrero de 2018, en la cual se negaron las súplicas de la demanda:

"PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de ausencia de falla del servicio y ausencia de relación de causalidad entre el acto médico y el procedimiento practicado a la paciente, propuesto por la E.S.E Hospital Regional José David Padilla Villafañe de Aguachica (Cesar). En consecuencia:

Se NIEGAN las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN conde en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente." -Sic.-

I.- ANTECEDENTES.-

Sirven de antecedentes fácticos y jurídicos a la decisión adoptada en primera instancia, los siguientes:

1.1.- HECHOS.-¹

De acuerdo con lo expuesto en la demanda la accionante fue atendida en el HOSPITAL HELI MORENO BLANCO de Pailitas, el día 8 de agosto de 2011, por el área de ginecología para control de planificación mediante método quirúrgico, el cual le impediría concebir nuevos hijos.

Indica la parte actora, que el 1° de septiembre de 2011 la señora EDITH MANOSALVA PALLARES, fue atendida en el HOSPITAL REGIONAL DE AGUACHICA JOSE DAVID PADILLA VILLAFañE E.S.E, con el fin antes referenciado resultando como diagnostico paridad satisfecha, por lo que realiza el diligenciamiento de formulario para la realización del procedimiento quirúrgico solicitado.

Se afirma, que el día 8 de mayo de 2012 le fue realizado en el HOSPITAL REGIONAL DE AGUACHICA JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, el procedimiento quirúrgico denominado POMEROY, evidenciando posteriormente la señora EDITH MANOSALVA PALLARES que tenía síntomas de embarazo y para aproximadamente el 7 de junio de 2013 se practicó los exámenes de laboratorio respectivos que arrojaron resultados positivos para tal estado.

Manifiesta que el día 19 de diciembre de 2013 la señora EDITH MANOSALVA PALLARES dio a luz en el Hospital San José E.S.E de La Gloria - Cesar a su menor hija llamada MARIANA LUCÍA JACOME MANOSALVA.

Debido a lo anterior afirma que la E.S.E. demandada le practicó el POMEROY sin darle a conocer los riesgos y en qué consistía dicho método de planificación familiar, faltando a sus obligaciones legales como prestador de servicios de salud.

1.2.- PRETENSIONES.²

En el escrito de demanda, se solicita que en la sentencia que ponga fin al trámite del proceso, se produzcan las siguientes declaraciones y condenas:

"DECLARACIONES Y CONDENAS:

A) Declarar administrativamente responsable al HOSPITAL JOSE DAVID PADILLA VILLAFANE E.S.E, GOBERNACIÓN DEL CESAR-SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL-, LA NACION -MINISTERIO DE SALUD- por el daño antijurídico causado a EDITH MANOSALVA PALLARES, por los perjuicios ocasionados con la mala práctica de un procedimiento denominado "POMEROY" realizado el 8 de mayo de 2012, del cual se produjo como resultado o efecto un embarazo no deseado, causado por una falla en el servicio de prestación de salud y por consiguiente se reconozcan los PERJUICIO ocasionado realizando a consecuencia las siguientes condenas:

Por los perjuicios morales y materiales con motivo de los daños que produjo dicha falla de la siguiente manera

1.- POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL:

POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL DERVIDAOS DE LA PROFUNDA TRANSGRESION A LA DIGNIDAD, LA HONRA Y EL BUEN NOMBRE QUE LE PRODUJO UN EMBARAZO NO DESEADO A LA SEÑORA EDITH MANOSALVA PALLARES.

1.1.1.- Para la afectada de la decisión:

A favor de EDITH MANOSALVA PALLARES, se propone la suma de DOSCIENTOS (200) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.

2. POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE:

La suma de que corresponden a los 04 meses de utilidad dejada de percibir como consecuencia del periodo de gestación y en el que no pudo laborar por el parto y el cuidado necesario de su menor hija los cuales se tasan en la suma de (\$7.200.000.00) SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M.L a futuro por un ingreso mensual de UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.8000.000.00)

² Folio 62

3.- POR PERJUICIOS MATERIALES.

La suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M.L (15.000.000.00), correspondientes a los honorarios profesionales pagados al Doctor DAVID GUILLERMO RAMOS GARCIA por la señora EDITH MANOSALVA PALLARES, para atender el caso en concreto, además de los gastos en los que ha incurrido mi poderdante a fin de atender los emolumentos propios del presente proceso.

La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOCIENTOS PESOS M.L (\$46.393.200.00), por los gastos que se causaran por concepto de alimentos congruos y necesarios con el objeto de suplir la manutención Y subsistencia de la hoy niña MARIANA LUCIA JACOME MANOSALVA desde su nacimiento y hasta que cumpla la edad de 18 años, suma esta que deberá ser indexada y actualizada según la pérdida de capacidad del dinero y por la tabla que más adelante indicare. Y tomando como base el valor de diez días de salario mínimo diario legal vigente para el año 2015.

4. POR PERJUICIOS CAUSADOS A LA SALUD O DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.

Los perjuicios aquí tasados se estiman en la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTOSETENTA Y NUEVE MIL SEICIENTOS PESOS (\$ 139.179.600), tomando como base un salario mínimo mensual para el 2015 durante los 18 años de vida probable de la menor, los cuales se deberán actualizar e indexar de acuerdo a la fórmula que más adelante indicare.

Actualización de la renta:

En donde:

S=Valor de la indemnización debida

Ra=Renta actualizada

Vh=Renta al momento de los hechos

Indice Final=Mas reciente IPC publicado por el DANE

Indice Inicial=IPC vigente al momento de los hechos

I=Constante 0,004867

N=Numero de meses que conforman el periodo a indemnizar." - Sic para lo transcrito-

1.3.- ACTUACIÓN PROCESAL.-

La demanda de la referencia fue presentada el 10 de julio de 2015³, correspondiéndole por reparto al JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, el cual mediante auto del 16 de septiembre de 2015 inadmitió la demanda concediendo un plazo de diez días a la parte accionante para que realizara las respectivas correcciones a fin de subsanar la demanda, posteriormente vencido el termino concedido, en auto de fecha 13 de octubre de 2015 el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR admitió la demanda y ordenó notificar a las partes.

³ Folio 59

Mediante auto del 25 de enero de 2016 el titular del JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR se declaró impedido para conocer el presente asunto, el cual fue aceptado por la Jueza octava mediante providencia de fecha 13 de abril de 2016. Posteriormente vencido el traslado para contestar el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR fijó el día 6 de febrero de 2017 para llevar a cabo audiencia inicial y una vez llevada a cabo se realizó audiencia de pruebas en la que se practicaron las pruebas y se declaró cerrado el periodo probatorio y se procedió a correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro de la oportunidad legal, la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL⁴, presentó escrito de contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda y propuso como excepción dentro de ellas la de falta de legitimación por pasiva ya que dentro de sus competencias no se encuentra la prestación del servicio objeto de valoración en el presente proceso.

Por su parte el DEPARTAMENTO DEL CESAR en la contestación⁵ también alegó que no dio origen al presunto daño que reclama la accionante y por tanto solicitó la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el mismo sentido se pronunció mediante apoderada judicial la E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE AGUACHICA JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE⁶, quien alegó ausencia de falla en el servicio por haber llevado a cabo el pomey conforme a la lex artis y con diligencia por parte del personal médico, destacando que la accionante tenía conocimiento del procedimiento que le sería realizado, lo cual quedó en evidencia con el consentimiento informado que reposa en el expediente, por ello no es dable alegar la falta de información debida o adecuada sobre el procedimiento y su efectividad.

1.5. PRUEBAS: Con el objeto de establecer los hechos y la presunta responsabilidad que recae sobre la entidad demandada, al proceso fueron allegados los elementos probatorios que se describen a continuación.

- ✓ Certificación expedida por la Oficina de Recursos Humanos de la E.S.E HOSPITAL SAN JOSÉ de la Gloria Cesar, que da cuenta de la vinculación de la demandante con esa E.S.E. desde el 2 de enero hasta el 13 de diciembre de 2013, con ocasión del contrato de prestación de servicios No. 2013-001.⁷
- ✓ Copia simple de Historia Clínica de Urgencias expedida por la E.S.E HOSPITAL SAN JOSE DE LA GLORIA, donde consta la atención médica recibida por la señora EDITH MANOSAÑA PALLARES el día 19 de diciembre de 2013, quien ingresa con dolores de parto y derrame de líquido amniótico.⁸
- ✓ Copia simple de Registro civil de Nacimiento de MARIANA LUCÍA JÁCOME MANOSALVA del cual se extrae que nació el día 19 de diciembre de 2013.⁹

⁴ Folios 72-90
⁵ Folios 121-135
⁶ Folios 153-156
⁷ Folio 11
⁸ Folios 12-28
⁹ Folio 32

- ✓ Certificado de Nacido Vivo N° 11411645 – 7 de fecha 19 de diciembre de 2013, en el que se da cuenta del nacimiento de una niña el día 9 de diciembre de 2013, y se registra como madre a la señora EDITH MANOSALVA PALLARES.¹⁰
- ✓ Copia simple de resultados de laboratorio clínico del HOSPITAL SAN JOSÉ DE LA GLORIA CESAR de fecha 7 de junio de 2013, que reflejan el estado de embarazo de la demandante para esa fecha.¹¹
- ✓ Copia simple de Historia Clínica emitida por la E.S.E JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE de fecha 1° de septiembre de 2011, que da cuenta de la atención recibida por la señora EDITH MANOSALVA PALLARES a fin de estudiar la viabilidad de ser intervenida para la realización del Pomeroy.¹²
- ✓ Copia simple de formato de consentimiento informado de la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE, en el que se indica que la señora EDITH MANOSALVA PALLARES previo conocimiento de los métodos de planificación familiar brindados mediante consejería por parte del personal de la E.S.E., decidió en forma libre y conciente planificar su vida reproductiva con el método denominado Pomeroy, y autorizó la administración de agentes que sean asignados recibiendo explicación que la anestesia involucra riesgos y peligros inherentes al pomeroy y la posibilidad de complicaciones inmediatas o tardías, el cual fue firmado por la demandante y un testigo.¹³
- ✓ Copia simple de formato de remisión del HOSPITAL HELÍ MORENO BLANCO, de fecha 8 de agosto de 2011 en el que se remite a atención ginecológica y pomeroy para control de planificación quirúrgico.¹⁴
- ✓ Copia simple de transcripción de historia clínica de la señora EDITH MANOSALVA PALLARES, realizada por la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE.¹⁵
- ✓ Interrogatorio de parte de la señora EDITH MANOSALVA PALLARES.¹⁶
- ✓ Testimonio del Ginecólogo GUSTAVO ADOLFO INSIGNARES GUTIÉRREZ.¹⁷

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro de la oportunidad concedida en desarrollo de la audiencia de pruebas llevada a cabo el día 3 de agosto de 2017, allegaron escrito de alegaciones conclusivas la parte actora y accionada en los siguientes términos:

1.6.1.- E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE AGUACHICA JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE¹⁸: Destacó que en el proceso de la referencia no se encuentra acreditada la falla en el servicio de la entidad que representa, pues corresponde a

¹⁰ Folio 33
¹¹ Folio 34
¹² Folios 35-42
¹³ Folios 43-44
¹⁴ Folio 53
¹⁵ Folios 158-175
¹⁶ Folio 205
¹⁷ Folio 211
¹⁸ Folios 214-216

la parte actora cuando se trata de asuntos derivados de una presunta falla médica acreditar todos los elementos que la configuran sin que haya lugar a presumirlos, lo cual no ha ocurrido en este caso, toda vez que no es posible endilgar responsabilidad exclusivamente por el hecho de que la demandante quedara en estado de embarazo, pues el método de ligadura de trompas tiene una efectividad del 99% como método de control de natalidad, es decir, que pueden resultar embarazadas después de su realización un 1%, y de acuerdo con los estudios realizados de cada 2000 mujeres a las que se practica ese método, tienen la posibilidad de quedar embarazadas de un 0,5 a 5 de ellas.

De acuerdo con lo anterior, solicita sean desestimadas las pretensiones de la demanda.

1.6.2.- PARTE DEMANDANTE¹⁹: La parte demandante reafirmó lo expuesto en la demanda, resaltando que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, como el testimonio de la demandante, quedó en evidencia que el Pomeroy se realizó de manera incorrecta pues volvió a quedar embarazada, no cumpliendo este con su finalidad.

Aunado a lo anterior, destacó que el consentimiento informado fue suscrito como un trámite preparatorio a la cirugía lo que lleva a concluir que ese procedimiento se llevó a cabo sin que a la demandante se le informara por parte del personal médico sobre las implicaciones, riesgos, efectividad y complicaciones que podrían surgir con dicho procedimiento, pues en la historia clínica no se evidenciaron dichas notas de las cuales se debió dejar constancia como lo establece la normativa aplicable.

Destacó que de acuerdo con jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado se ha hecho reconocimiento del daño derivado de la anticoncepción fallida, pues se ha privilegiado el derecho a la libertad reproductiva considerado como un bien jurídicamente protegido, lo que la llevó a inferir que toda vulneración a dicha prerrogativa tiene la potencialidad de generar un daño antijurídico indemnizable, el cual en este caso es endilgable a la E.S.E. JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE de Aguachica, como quiera que generó una alteración en el proyecto familiar y personal de la demandante.

1.6.3.- MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto en esta instancia.

II. SENTENCIA APELADA.-

EL JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, en sentencia de fecha 19 de febrero de 2018, declaró probada la excepción de ausencia de falla en el servicio y ausencia de relación de causalidad entre el acto médico y el procedimiento realizado, negando las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:²⁰

"[...] No obstante lo anterior, del análisis del material probatorio obrante en el proceso no se logra evidenciar la inadecuada praxis médica alegada por la parte demandante, toda vez que de las historias clínicas allegadas al expediente, puede inferirse que el actuar del personal médico no fue erróneo ni descuidado, pues se probó que desplegó todas la actividad médica necesaria de manera adecuada, oportuna y de conformidad con la "lex artis" aplicable para la cirugía de esterilización de Pomeroy que se le debía practicar a la paciente, a más que desde

¹⁹ Folio 217-225

²⁰ Folios 289-309 C.2

el punto de vista científico ningún método anticonceptivo y/o de planificación familiar produce una efectividad absoluta.

En efecto, del testimonio del médico recepcionado así como del interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se logra evidenciar irregularidad alguna en el proceso quirúrgico POMEROY practicado a la señora EDITH MANOSALVA PALLARES, como quiera que el testigo manifestó no tener conocimiento de si este había atendido y/o practicado dicho procedimiento a la señora EDITH; entre tanto la demandante en su declaración manifestó estar conforme con la atención médica brindada por los galenos y personal médico de la E.S.E. Hospital regional José David Padilla Villafañe de Aguachica (Cesar), antes y después de la realización del mencionado método de planificación familiar y que no asistió a todos los controles a que debía asistir para la vigilancia del procedimiento quirúrgico que se le practicó, a fin de verificar el estado de dicha cirugía, por lo que no se cuenta con elementos de juicio para poder advertir los posibles errores que pudieron incurrir los galenos al momento de la realización de dicha cirugía...[...]

[...] Así las cosas del acervo probatorio relacionado anteriormente no se puede concluir que el personal médico de la E.S.E Regional José David Padilla Villafañe de Aguachica hubiese actuado de forma negligente o deficiente en la prestación de los servicios médicos que se le brindó en el procedimiento quirúrgico practicado a la señora EDITH MANOSALVA PALLARES, a contrario sensu de la historia clínica se desprende la diligencia con la que se realizó la intervención, así mismo, durante y después de realización de la cirugía, hubo constante supervisión de la evolución de su estado de salud y que las evoluciones posoperatorias fueron satisfactorias.

Es del caso recordar, que así como está reconocido en el ámbito nacional el derecho a planear el número de los hijos, es preciso concluir que son de aceptación generalizada los distintos métodos anticonceptivos que la ciencia ha puesto a disposición de las personas con el fin de regular su capacidad reproductiva, y si bien tienen en la actualidad elevados niveles de efectividad, no es menos posible afirmar que exista alguno totalmente eficaz o sin margen de error por lo que no puede desconocerse que el ejercicio libre de la sexualidad conlleva por razones biológicas una mayor o menos probabilidad de concepción, aun cuando se ha acudido a métodos de anticoncepción.[...]

[...]De acuerdo a lo anterior y atendándose a lo expresado por el marco normativo jurisprudencial expuesto respecto a la configuración del consentimiento informado, considera el Despacho que en el caso materia de análisis se otorgó el consentimiento por parte de la paciente EDITH MANOSALVA PALLARES, para la realización de la intervención quirúrgica de Pomeroy que se le practicó el día 8 de mayo de 2012, en la E.S.E Regional José David Padilla Villafañe de Aguachica (Cesar). En efecto, de conformidad con los documentos antes transcritos, se infiere que a la paciente tuvo conocimiento claro y preciso respecto a los diversos métodos de planificación familiar que se brindan y practican en dicha entidad hospitalaria, comprobándose así el consentimiento informado que de manera libre y voluntaria otorgó la señora, EDITH MANOSALVA para que le fuera practicada la técnica de Pomeroy.

En ese mismo sentido, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, ésta afirma haber suscrito el consentimiento informado para la realización de la cirugía de Pomeroy que posteriormente se le practicaría, constituyendo su decisión una expresión de voluntad autónoma que permitió la realización de dicho método de planificación familiar.

Se reitera que es casos como el presente, el daño surge de la consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que modifica un proyecto de vida o lesiona la libre decisión en la conformación de la familia. No obstante, este daño, como cualquier otro, debe ser cierto, determinado o determinable y aparecer demostrado, carga que le corresponde a quien lo padece y sin que para ello baste la afirmación a posteriori de sentirse lesionado por el hecho de la concepción, lo cual no fue acreditado dentro del presente asunto.

Así las cosas, por ausencia de imputación fáctica y jurídica que permitiera atribuir el daño antijurídico a la E.S.E. demandada, y por encontrarse estructurado el consentimiento informado de la paciente EDITH MANOSALVA PALLAREZ, resulta claro que no se configuró uno de los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración, razón por la cual el Despacho declarará probadas las excepciones de ausencia de falla en el servicio y ausencia de relación de causalidad entre el acto médico y el procedimiento practicado a la paciente, propuestas por las E.S.E. Hospital Regional José David Padilla Villafañe de Aguachica (Cesar), y en consecuencia, negará las pretensiones de la demanda. [...]” -Sic-

III. RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación (v.fls.241-251), solicitando que se revoque la sentencia recurrida, y en consecuencia se concedan las súplicas incoadas en la demanda, por cuanto estima que la valoración probatoria hecha por la falladora de primera instancia esta revestida de un falso juicio de raciocinio al considerar que el procedimiento - Pomeroy adelantado por la entidad demandada se realizó observando la “lex artis” y su personal no actuó de manera descuidada ni erróneamente, pues si el actuar fue diligente entonces ¿Por qué el método de anticoncepción falló?

Destaca que en la historia clínica de la demandante se advierte como diagnóstico pre quirúrgico el de paridad satisfecha, lo que indica que lo que ella perseguía era no tener más hijos y al haber quedado en embarazo no existe duda que el método de anticoncepción usado si registró fallas.

Considera que la falla médica alegada no solo se estructura con el método quirúrgico realizado a su prohijada, sino también desde el momento en que fue atendida en su cita ginecológica, toda vez que la información brindada le hizo concluir que no volvería a quedar embarazada, lo que la hizo tomar la decisión de optar por dicho método.

Destaca que si bien la accionante en su declaración indicó que había recibido una buena atención, de ello no podría concluirse como lo precisó la falladora de primera instancia, que la atención médica se hubiera dado de manera correcta, pues es distinto a que la atención se haya dado de manera cordial, amable y sin impases en el trato personal y otra que se afirme que no hubo deficiencias en la atención médica por no haberle explicado en detalle los aspectos favorables y desfavorables del método de planificación familiar.

Considera que en el presente caso la historia clínica no es la prueba idónea para acreditar la falla médica durante una intervención quirúrgica, pues en la misma no se consignan los errores cometidos, y mucho menos sirve de prueba en este caso, pues el error cometido en el caso de la demandante tiene su comprobación con su embarazo y nacimiento de su hija, lo que a su juicio traslada la carga de la prueba al ente accionado.

En lo que atañe al consentimiento informado que reposa en el expediente resalta que contrario a lo que afirmó por la A-quo en la sentencia, del mismo no es posible concluir que a su prohijada se le hubiera brindado toda la información respecto a la efectividad y los riesgos que presentan todos los métodos de planificación familiar ni qué clase de información le fue brindada, siendo solamente un protocolo de procedimiento, porque no contó con la información cierta, fidedigna y oportuna que le permitiera advertir cuales eran los factores de

riesgo y el margen de error del método practicado, de tal modo que se le privó de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada.

De acuerdo con lo anterior, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

IV.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, mediante auto de 12 de abril de 2018 (v.fl.257), admitió el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 26 de septiembre de 2018 y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público y por estado a las demás partes.

Por medio de auto de fecha 3 de mayo de 2018 (v.fl.s.268-269), se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para alegar de conclusión y por 10 días más al Ministerio Público. La parte demandada ratificó lo expuesto en los alegatos de primera instancia, mientras la parte actora guardó silencio en esta oportunidad procesal.

El AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO no emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES.-

Surtidas las etapas procesales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la instancia, procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 19 de febrero de 2018, en la cual se negaron las pretensiones incoadas en la demanda.

5.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.-

De acuerdo con lo decidido en la sentencia recurrida, en el escrito de apelación y las alegaciones presentadas en esta instancia, corresponde a esta Corporación establecer si la E.S.E. JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios reclamados por la señora EDITH MANOSALVA PALLARES presuntamente surgidos por el defectuoso procedimiento quirúrgico denominado pomey que le fue practicado como método de planificación familiar y la ausencia de información debida sobre los riesgos y probabilidad de ineficacia del mismo, la cual es atribuida a título de falla en el servicio.

5.3.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.-

El honorable Consejo de Estado ha establecido que para los casos en que se persigue el resarcimiento de perjuicios derivados del servicio médico el tipo de imputación aplicable corresponde al de la falla probada, sobre el particular en la en sentencia de fecha 27 de abril de 2011, con ponencia de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO, dentro del radicado No. 17001-23-31-000-1996-08017-01(20502), expuso lo siguiente:

“La sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable²¹”-Sic para lo transcrito-

Considera esta Sala de decisión, pertinente enfatizar acerca de los lineamientos fijados por el H. Consejo de Estado, en lo que concierne a la debida y suficiente acreditación de una responsabilidad médica por falla en el servicio, la cual establece:

“[...] Desde hace ya varios años la jurisprudencia del Consejo de Estado abandonó la teoría de la falla presunta para acoger la regla general que señala en materia de responsabilidad medica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria. Ahora bien, teniendo en cuenta que las obligaciones que se desprenden del acto médico propiamente dicho son de medio y no de resultado, al demandante no le es suficiente con demostrar que su estado de salud no mejoró o que empeoró luego de la intervención del profesional de la salud, puesto que es posible que, pese a todos los esfuerzos médicos, el paciente no reaccione favorablemente al tratamiento de su enfermedad. Por tal motivo, la jurisprudencia ha señalado de forma reiterada que en los casos en los que se discute la responsabilidad de la administración por daños derivados del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, la parte actora tiene la carga de demostrar la falla en el servicio atribuible a la entidad.²²”-Sic para lo transcrito-

De acuerdo con los parámetros fijados por la Honorable Corte de Cierre de esta Jurisdicción, corresponde a esta Corporación determinar con fundamento en los argumentos contenidos en el recurso de apelación, si en el proceso se encuentra estructurada la falla en el servicio médico alegada por la parte demandante, la cual generó una vulneración a su derecho a la libertad reproductiva informada y alteró su proyecto de vida.

5.4.- ANÁLISIS DEL ASUNTO BAJO EXAMEN.-

El daño antijurídico reclamado por la demandante tiene su origen en la afectación sufrida por ella como consecuencia de la ineficacia del método de planificación

²¹ CONSEJO DE ESTADO, sección tercera, sentencia de fecha 28 de 2013, Exp. No. 25075

²² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 3 de mayo de 2013, proferida por la Sección tercera del Consejo de estado, ponencia Consejero Doctor Danilo Rojas Betancourt.

familiar llamado pomeroy, el cual se le practicó como método definitivo por que no deseaba volver a ser madre.

Se alega en la demanda que este procedimiento le fue realizado en la E.S.E. demandada en el año 2012 y en el año 2013 se sorprendió al advertir síntomas de embarazo, pues consideró que dicho método era definitivo, por lo que estima configurada la responsabilidad de la entidad demandada por la falla registrada en dicho procedimiento.

La falladora de primera instancia consideró que no se cumplían los presupuestos para endilgar responsabilidad extracontractual en contra de la demandada, pues no se evidenció que actuara de manera negligente y con desconocimiento de los protocolos médicos establecidos para dicho procedimiento quirúrgico, amén de que los métodos de planificación familiar no tenían una efectividad del 100% y debido a la existencia de un consentimiento informado que indicó que dicho procedimiento implicaba riesgos y posibles complicaciones, los argumentos expuestos en la demanda fueron desestimados.

Por su parte el apoderado de la actora al estar en desacuerdo con esta decisión interpuso en su contra recurso de apelación de manera oportuna en contra de la misma, destacando que la buena práctica médica no se encontró acreditada en el proceso, pues resulta evidente que no produjo el resultado que se buscaba prevenir, es decir el embarazo, afectando con esto su proyecto de vida pues había decidido no tener más hijos, por eso la escogencia del referido método.

De las pruebas obrantes en el plenario se extrae que la demandante fue valorada en la E.S.E HOSPITAL SAN JOSE DE LA GLORIA y remitida a la E.S.E JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE a fin de que se estudiara la viabilidad de ser intervenida para la realización del Pomeroy, el cual fue autorizado y llevado a cabo por ese ente hospitalario el 8 de mayo de 2012.

El apoderado de la parte actora en su recurso se opone a la valoración hecha en la sentencia sobre el consentimiento informado, pues considera que si bien la decisión de la demandante para realizarse el procedimiento se hizo de manera voluntaria, ella desde el momento de la atención para la escogencia de dicho método careció de la información necesaria, pues no le fueron informados sus posibles riesgos en lo que se refiere a la efectividad del mismo, aspecto que no fue superado previo a la intervención, pues el consentimiento informado firmado por ella no detalló aspecto alguno sobre las probabilidades de fallas del método, toda vez que ese documento corresponde a un mero formalismo, comoquiera que corresponde a un formato establecido por la E.S.E.

Sobre el particular debe destacarse que a folio 43 del expediente reposa formato de consentimiento informado de la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ DAVID PADILLA VILLAFANE, en el que se indica que la señora EDITH MANOSALVA PALLARES previo conocimiento de los métodos de planificación familiar brindados mediante consejería por parte del personal de la E.S.E., decidió en forma libre y consciente planificar su vida reproductiva con el método denominado Pomeroy, el cual fue firmado por la accionante y un testigo llamado FREDY JÁCOME el día 2 de mayo de 2012.

A folio 44 también milita consentimiento para procedimientos médicos o quirúrgicos de ese mismo ente hospitalario, autorizando la realización del mismo y la administración de agentes que fueran asignados; en este documento se deja constancia que se le dio explicación sobre los riesgos y peligros inherentes al pomeroy y a la anestesia, y se le hizo claridad sobre las alternativas del

tratamiento y los riesgos y peligros inherentes, así como sobre posibilidad de complicaciones inmediatas o tardías.

Sobre la importancia de brindar la información debida a los pacientes en materia reproductiva, el honorable Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"[...]El derecho a obtener la debida información cobra máxima relevancia cuando se acude en procura de asistencia y asesoría para la planificación familiar, pues aunque el conocimiento específico en esta materia no suele llegar a un porcentaje significativo de la población, conforme a lo analizado, lo cual tiene la virtualidad de impedir a las personas el ejercicio pleno e informado de su libertad reproductiva, nada justifica que cuando se ha buscado atención médica sobre el particular, no le sean informados al paciente los pormenores del método ofrecido y administrado, para que la decisión de autorizarlo o no sea adoptada de manera consciente y libre, es decir que el paciente tenga elementos de juicio que le permitan discernir y ponderar los márgenes de eficacia y error, de cara al ejercicio de su libertad sexual con miras al propósito de no procrear (...) [L]as irregularidades que impiden el acceso a información adecuada, veraz y suficiente sobre planificación familiar pueden comprometer la responsabilidad del prestador del servicio en casos de anticoncepciones fallidas, cuando estas sean relevantes en la transgresión al ejercicio informado de la libertad reproductiva del paciente, esto es, cuando produzcan una lesión a dicha garantía jurídicamente protegida (...) En efecto, el alcance del derecho a la libertad sexual conlleva insita la garantía de ejercerlo con la capacidad de discernimiento suficiente, la que solo se alcanza en razón a determinados conocimiento sobre el tema y que puede verse claramente limitada por la ausencia de estos (...) La Sala no duda que el pleno ejercicio del derecho a la libertad reproductiva requiere de una adecuada información que permita superar las barreras de acceso a datos precisos sobre la planificación familiar y fundar la determinación personal, así como la decisión de los eventuales métodos a emplear, en un conocimiento con sustento científico sobre sus ventajas, desventajas, riesgos y efectividad. Por ende, se aprecia en el presente caso una transgresión a la referida garantía, en tanto se probó que aunque la demandante acudió en procura de asesoría en materia de planificación familiar, solo le fue administrado un medicamento sin entregarle información esencial sobre su adecuada utilización, circunstancia que le impidió ejercer su derecho en forma plena, lo que a juicio de la Sala le produjo un daño antijurídico resarcible, en cuanto generó cambios drásticos en el proyecto personal de familia que previamente había desarrollado al decidir limitar el número de sus hijos.[...]”²³

De las pruebas antes descritas, no es posible deducir la falta de información alegada por la demandante, pues como consta en el consentimiento informado la demandante fue sometida a una sesión de consejería en materia de planificación familiar y la misma libremente escogió el método que le fue practicado, sin que exista en el proceso otra prueba documental que sea capaz de controvertir el contenido de ese consentimiento, pues para desvirtuarla no es suficiente con su simple afirmación, ello debe ser objeto de acreditación fehaciente.

Amén de lo anterior la Sala estima que si bien el consentimiento informado está contenido a un formato, este no carece de claridad y especificidad, pues bien no se detalla el porcentaje de efectividad del método, si se prevé la posibilidad que el mismo implique riesgos, siendo uno de ellos la ausencia de efectividad del 100%, como ocurre con todos los métodos de planificación familiar.

Así las cosas, no podría alegarse que la demandante desconocía las implicaciones de ese procedimiento, pues ello se desvirtúa con la documentación que reposa en el expediente con ese fin, en el cual no se advierte ningún tipo de

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B” Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Expediente: 41262 Radicación: 81001233100020090005101 Actor: Helena1 Demandados: E.S.E. Moreno y Clavijo de Arauca y E.P.S. Comparta Acción: Reparación directa

observación hecha por la demandante ni su oposición por la falta de información necesaria para ella tomar la decisión de practicarse dicha intervención, y si bien el Honorable Consejo de Estado ha reconocido perjuicios en asuntos como el que se estudia brindando protección al derecho a la libertad reproductiva de manera informada, ello ha obedecido a la ausencia de información sobre métodos de anticoncepción, lo cual no ocurrió en este caso pues, la demandante y su testigo acreditaron haber recibido información suficiente para la realización de la cirugía.

Ahora bien, en lo que respecta la efectividad de los métodos de planificación familiar, debe indicarse que la organización mundial de la salud ha definido que la eficacia de los métodos anticoncepción nunca alcanza el 100% y si bien existen algunos que superan la efectividad del 99% esos nunca alcanzan el 100%, como es el caso del pomey, y esos valores fueron consignados en siguiente gráfico:²⁴

Método	Eficacia para prevenir el embarazo
Anticonceptivos orales en combinación (la «pastilla» o «píldora»)	>99% si se usa de manera correcta y sostenida 92% como se usa comúnmente
Pastillas de progestágeno solo «minipastilla» o «minipíldora»	99% si se usa de manera correcta y sostenida Entre 90% y 97% como se usa comúnmente
Implantes	>99%
Progestágeno en forma inyectable	>99% si se usa de manera correcta y sostenida 97% como se usa comúnmente
Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	>99% si se usan de manera correcta y sostenida 97% como se usan comúnmente
Parche anticonceptivo combinado y anillo vaginal anticonceptivo combinado	El parche y el anillo vaginal son métodos nuevos y los estudios sobre su eficacia son limitados.
Dispositivo intrauterino (DIU): de cobre	>99%
Dispositivo intrauterino (DIU): de levonorgestrel	>99%
Condón masculino	98% si se usa de manera correcta y sostenida 85% como se usa comúnmente
Condón femenino	90% si se usa de manera correcta y sostenida 79% como se usa comúnmente
Esterilización masculina (vasectomía)	>99% después de la evaluación del semen a los 3 meses Entre 97% y 98% si no se evalúa el semen
Esterilización femenina (ligadura de las trompas; salpingectomía)	>99%
Método de la amenorrea del amantamiento	99% si se aplica de manera correcta y sostenida 98% como se practica comúnmente
Anticoncepción de urgencia (levonorgestrel, 1,5 mg)	Reduce/eri un 60% a un 90% el riesgo de embarazo 95% si se usa de manera correcta y sostenida. 88% tal y como se usa comúnmente (Arévalo y colaboradores 2002).
Método de días fijos	99% si se usa de manera correcta y sostenida. 75% tal y como el FABM se usa comúnmente ++ (Trussell, 2009).
Método de la temperatura basal corporal	96% si se usa de manera correcta y constante. 86% con una práctica típica o común (Arévalo, 2004)
Método de los dos días	98% si se usa de manera correcta y sostenida. Se notificó un 98% tal y como se practica comúnmente (Manhart y colaboradores 2013).
Método sintotérmico	91% si se usa de un modo correcto y sostenido. 75% tal y como se aplica comúnmente.
Método del calendario o método del ritmo	96% si se usa de forma correcta y sostenida. 73% tal y como se practica comúnmente (Trussell, 2009).
Marcha atrás (coitus interruptus)	

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que la labor médica es una actividad de medios y no de resultados, por lo cual y teniendo en cuenta el margen de ineficacia del método, no era posible que la E.S.E. demandada pudiera garantizar a la demandante el 100% la efectividad del mismo, siendo el margen de error una posibilidad o un riesgo al que se encuentran sometidas todas aquellas mujeres que se practican este método de planificación familiar.

²⁴ <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/family-planning-contraception>

De otra parte debe destacarse que así como lo afirmó el recurrente, el Honorable Consejo de Estado ha reconocido la importancia del derecho a la libertad reproductiva en el país y ha accedido a reconocer como perjuicio la vulneración a la determinación de la mujer para suspender su vida reproductiva cuando se afecta su proyecto de vida, pero ello no procede en todos los casos pues, debe existir evidencia probatoria que dicha decisión se debió a circunstancias determinadas y susceptibles de demostración, pues la propia existencia de la vida del menor no es considerada como un hecho dañino, siendo necesario entonces acreditar en debida forma la afectación del proyecto de vida, frente al particular esa Alta Corporación precisó:

"[...]Al respecto, precisa la Sala que el daño surge como consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que modifica un proyecto de vida o lesiona la libre decisión en la conformación de la familia, situación fáctica que no es susceptible de ser juzgada desde la óptica moral de un tercero, normalmente ajeno a las consideraciones personales del afectado.

No obstante, ese daño, como cualquier otro, debe ser cierto, determinado o determinable y aparecer demostrado, carga que le corresponde a quien lo padece y sin que para ello baste la afirmación a posteriori de sentirse lesionado por el hecho de la concepción. Así, para la Sala no resulta suficiente la sola afirmación de quien se dice afectado en su decisión de no tener hijos o de limitarlos a un determinado número, toda vez que debe acreditar la certeza del daño y para ello se requiere demostrar la existencia de una decisión libre, personal y definitiva previa, como un proyecto de vida personal o familiar, según el caso, y como reflejo de una posición consciente e informada.

No basta, se insiste, con afirmar que se había adoptado una determinada decisión respecto del número de hijos, sino que se debe acreditar con cualquier medio probatorio que, en efecto, la concepción vulneró la libertad reproductiva y, por ende, el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida.

En esas condiciones, la Sala considera que la vulneración a la libertad reproductiva y sus consecuencias dañosas en el plano personal no pueden, en ningún caso, afectar la dignidad del hijo nacido o del que está por nacer, toda vez que poseen a nivel del derecho interno e internacional una protección jurídica reforzada.

La posición de la Sala difiere de la Trennungslehre alemana en la que se separa el nacimiento del menor de los gastos que ello conlleva; lo que se sostiene en esta oportunidad es que el verdadero daño susceptible de ser reparado tiene que ver con la vulneración del derecho a la decisión libre de procrear o no y sus consecuencias en el plano personal del titular de esa garantía, desligada de los derechos inherentes al nuevo ser, que siguen siendo protegidos. En suma, el daño no se erige por el hecho de la vida en gestación o por el nacimiento de un nuevo ser humano, sino por las consecuencias lesivas que puede producir la transgresión a la garantía de los padres de decidir en materia reproductiva y la repercusión de esos hechos en su proyecto de vida.

En síntesis, para la Sala la vulneración al derecho a la libertad reproductiva, puede generar un daño antijurídico bajo los estándares de cierto, concreto, determinado o determinable, susceptible de ser imputado al Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución.[...]"

Con fundamento en lo expuesto y en el recuento hecho en precedencia, para la Sala de decisión en el presente caso no se encuentran configurados los elementos que permiten estructurar la responsabilidad indemnizatoria de la entidad accionada, pues como se afirmó la misma fue debidamente informada de los riesgos propios del método y el daño alegado no se encuentra debidamente acreditado en el expediente conforme a especialidad del derecho alegado como

transgredido, por ello no hay lugar a la revocatoria de la decisión de primera instancia.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

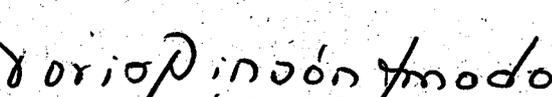
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 19 de febrero de 2018, en la que se negaron las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

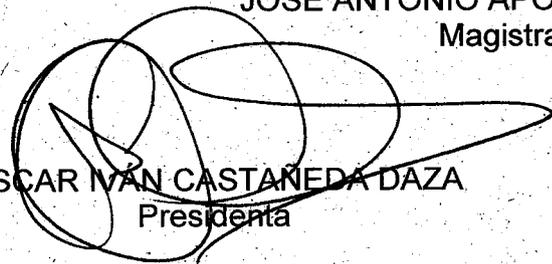
SEGUNDO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

ANÓTESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 142


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidenta