

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA

<b>Radicado:</b>	<b>11-001-33-31-033-2010-00241-01</b>
<b>Actor:</b>	<b>IVÁN LEON TOCORA ARAGÓN Y OTROS</b>
<b>Demandado:</b>	<b>HOSPITAL MARIO GAITÁN YANGUAS</b>
<b>Tema:</b>	<b>Acreditación del daño por pérdida de oportunidad</b>
<b>Sentencia N°:</b>	<b>SC3 – 12 – 20 – 2707</b>
<b>Sistema:</b>	<b>ESCRITURAL</b>

**Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

**I. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., contra la sentencia proferida por el Juzgado 61 Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Tercera, el 12 de junio de 2019, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1 Pretensiones<sup>1</sup>**

El señor Iván León Tocora Aragón, Mary Luz González Acosta, Jonathan David Tocora Ortiz y la menor Ivonnet Yanet Tocora Ortiz, a través de apoderado judicial promovieron demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa, contra el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., por los perjuicios que les fueron causados, con motivo de la muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón, ocurrida el 5 de junio de 2008, con ocasión de la presunta demora en la atención médica que le fue brindada a la señora Mary Luz González Acosta.

Como consecuencia de la anterior declaración sea condenada a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a los accionantes.

**2.2. Hechos<sup>2</sup>**

El apoderado judicial de la parte demandante reseñó los hechos de los cuales se destacan:

<sup>1</sup> Folio 3 cuaderno 1 principal.

<sup>2</sup> Folios 4 a 10 del cuaderno 1 principal

-. Aproximadamente a las 15:00 horas del lunes 2 de junio de 2008, el señor Iván León Tocora Aragón llevó al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a su esposa Mary Luz González Acosta, quien se encontraba embarazada. Informa que luego de diferentes discusiones con los vigilantes de la institución, lograron ingresar a las 19:00 horas donde fue atendida por el Dr. Segundo A. Motta, quien le realizó un tacto, monitoreo fetal y le informó que todavía no estaba lista para el parto. Le dio salida con manejo analgésico.

-. El día 4 de junio de 2008 a las 15:30 horas aproximadamente, acudieron nuevamente a la institución médica porque la señora Mary Luz González Acosta presentaba contracciones. Informan que luego de varias discusiones con los vigilantes, logró ingresar solo la paciente quien fue atendida a las 21:00 horas. En esta oportunidad, el médico de turno le informó que no estaba lista para el parto y ordenó que se le aplicara un medicamento para el dolor.

-. Sin mejoría alguna, la señora Mary Luz González Acosta regresó al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. el día 5 de junio de 2008 y en atención de las 11:00 horas le realizaron tacto vaginal y monitoreo fetal siendo llevada a sala de recuperación. En dicho lugar, afirma la demandante que empeoraron los dolores pidiendo a gritos que la atendieran y que, en respuesta, los médicos con palabras soeces le decían que se callara.

-. Siendo las 18:00 horas del mismo día, la llevaron a sala de cirugía para realizar cesárea, comoquiera que le informaron que su hija no podía nacer por parto natural. Le informaron a la paciente que a pesar de que el bebé en su nacimiento no lloró se encontraba en buenas condiciones. Sin embargo, al señor Iván León Tocora Aragón le informaron que la recién nacida había fallecido, que no se preocupara porque en seis meses podía quedar nuevamente embarazada.

-. El resultado anterior, lo califican los demandantes como falla en la atención médica, comoquiera que, a pesar de los diferentes exámenes ginecológicos realizados en las atenciones por urgencia, los médicos no se percataron de la medición de la pelvis de la señora Mary Luz González Acosta para ver si estaba en capacidad de concebir por parto vaginal normal o, por el contrario, ameritaba una cesárea, más aún cuando la paciente era primigestante.

-. Infiere la demanda, que durante el trabajo de parto de la señora Mary Luz González Acosta los médicos no estuvieron vigilantes a su progreso, ya que en la historia clínica solo se observan notas de enfermería y no se consignó la realización de un partograma, valoración de fetocardia, actividad uterina y tacto vaginal, medios diagnósticos básicos para la vigilancia de una paciente en proceso de parto.

-. El señor Iván León Tocora Aragón puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación los hechos en comento, entidad que solicitó al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. la historia clínica de la señora Mary Luz González Acosta. Luego, mediante derecho de petición la paciente solicitó copia de su historia clínica y la que le fue entregada, contiene nuevos documentos diferentes a los que fueron puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación, evidenciando con esto, una irregularidad de la institución médica.

### **2.3. Contestación de la demanda por parte del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. <sup>3</sup>**

A través de escrito radicado por el apoderado judicial el hospital demandado se opone a la prosperidad de las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

- Consultada la historia clínica de la señora Mary Luz González Acosta, se advierte que, contrario a lo informado por los demandantes, fue atendida de forma puntual así: i) El día 2 de junio de 2008 ingresó a servicio de urgencias a las 16:22 horas, fue atendida y dejada en observación y salió del Hospital a las 17:55, ii) no hay ningún registro de atención del día 4 de junio de 2008, iii) El día 5 del mismo mes y año, la señora Mary Luz González Acosta ingresó al servicio de urgencias a las 9:10 horas con monitoreo fetal y embarazo de 40 semanas con feto único vivo, el mismo días a las 14:00 horas el cuello uterino se encontraba en estado de borrado en un 80% y la dilatación era de 3 centímetros, luego siendo las 16:00 horas el borramiento era del 90% y la dilatación de 5 centímetros, clara señal de la necesidad de practicar una cesárea.

- La cesárea se realizó en razón a que se presentaba una desproporción céfalo-pélvica, situación que no tiene relación con la falla en la “experiencia médica” como lo asegura la parte actora.

- Precisa que la paciente Mary Luz González Acosta siempre estuvo monitoreada por médicos y no solo por el personal de enfermería, quienes la atendieron de manera diligente, y además, durante su estadía se le realizaron diferentes exámenes diagnósticos.

- La prestación de los servicios de salud a la menor Danna Sofía Tocora Aragón fueron brindados conforme a los protocolos médicos que la Lex Artis ordena en estos casos. Sin embargo, se deja nota “nace producto de sexo femenino, en malas condiciones sin llanto, hipotónico, Apgar 3/10”, se estimula al bebé y no reacciona, se pasa a adaptación neonatal, se inicia reanimación, masaje cardíaco, se administra adrenalina, intubación orotraqueal, se asiste con ambú, sin que la recién nacida otorgue una respuesta.

- Finalmente, el Dr. Rafael Beltrán consigna en la Historia Clínica que la menor Danna Sofía Tocora Aragón nace en malas condiciones con signos de aspiración meconial, fallecida luego de RCCP prolongada.

Todo lo anterior, para concluir que el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a través de su personal médico y paramédico obró con suficiente pericia, diligencia y cuidado durante la permanencia de la señora Mary Luz González Acosta, por lo que no le asiste responsabilidad respecto de los perjuicios solicitados por los demandantes ante la muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón.

### **III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En Sentencia del 12 de junio de 2019, el Juzgado 61 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá<sup>4</sup>, resolvió:

---

<sup>3</sup> Folios 26 a 32 del c 1

<sup>4</sup> Folios 185 a 203 c. 4

“**PRIMERO: DECLARAR** administrativamente y solidariamente responsables del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a causa de la muerte de la neonata D.S.T.G., de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** como consecuencia de la anterior declaración, condenar al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a pagar las siguientes sumas:

- Por concepto de perjuicios morales a favor del demandante de la siguiente manera:

<b>Demandante</b>	<b>Nivel de relación afectiva</b>	<b>Salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia</b>
Mary Luz González Acosta	Mamá de la víctima directa	100
Iván León Tocora Aragón	Papá de la víctima directa	100
Jonathan David Tocora Ortiz	Hermano de la víctima directa	50
Ivonne Yanet Tocora Ortiz	Hermana de la víctima directa	50

**TERCERO:** Negar las demás pretensiones de la demanda. (...)”<sup>5</sup>

Previa síntesis de las etapas procesales y de las posiciones jurídicas de las partes, el A-quo analizó los cargos formulados y las pruebas allegadas y se pronunció sobre el régimen de responsabilidad aplicable por falla en el servicio por pérdida de oportunidad.

Respecto a la negligencia en la atención médica brindada a la menor Danna Sofía Tocora Aragón por parte de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas, el Juez de instancia señaló que *“la falta de control desde la orden de la cesárea hasta su materialización, la ausencia del diagnóstico del feto pequeño vs RCIU ( restricción de crecimiento intrauterino), aumentaron el riesgo de muerte fetal meconio, encontrándose así una falla en el servicio en la prestación del servicio médico pero en el entendido de pérdida de oportunidad porque a entidad demandada faltó a la Lex artis al no realizar el procedimiento completo, oportuno y continuo que se debe tener con las madres gestantes y así haberse podido evitar el insuceso.”*<sup>6</sup>

Destaca en las consideraciones finales que, existió una pérdida de oportunidad porque, pese a las omisiones exhibidas de parte de la entidad demandada, del material probatorio no hay certeza de que si hubiera existido el control desde la orden de la Cesárea y el diagnóstico del feto pequeño vs RCIU, la neonata hubiera sobrevivido.

En ese sentido, resolvió declarar responsable al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. de los perjuicios morales sufridos por los demandantes por la pérdida de oportunidad respecto de la atención médica de la menor Danna Sofía Tocora

<sup>5</sup> Folio 203 c. 4

<sup>6</sup> Folio 201 anverso c. 4

Aragón. Y decidió negar las solicitudes de indemnización por concepto de perjuicios materiales porque no se probó el detrimento alegado.

#### IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., dentro del término legal, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia bajo las siguientes consideraciones<sup>7</sup>:

-. Explica que, del material probatorio recabado, el Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta las diferentes manifestaciones que realizó el anesthesiólogo en interrogatorio, entre estas, que las afecciones de salud de la neonato Danna Sofía Tocora Aragón pudieron haberse evidenciado en el último trimestre del embarazo y no de forma exclusiva durante el trabajo de parto.

Ese hecho lo corrobora con el testimonio rendido por el señor Gerson Enrique Tocora Aragón, hermano del demandante cuando manifestó que hablaban mucho de los controles médicos y en una de esas citas, la señora Mary Luz González Acosta le contó que le recomendaron a la hora del parto manifestar a los médicos que tenía caderas estrechas y que posiblemente necesitaría Cesárea. Por lo tanto, pese a que era una condición ya conocida por los demandantes, no se puso en conocimiento ese hecho a los médicos tratantes en sus citas por urgencias dentro del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E.

Precisa la entidad que, esa condición no podía ser de previo conocimiento por el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. debido a que no fue la institución que le brindó los controles al embarazo de la señora Mary Luz González Acosta.

-. Explica que, comoquiera que la atención brindada por el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. fue en el servicio de urgencias, en donde prima la prontitud de las atenciones, no era posible saber con seguridad si la pelvis de la paciente era tan estrecha como para no permitir el paso de la recién nacida en el momento del parto.

-. Solicita que se tenga en cuenta que en dictamen realizado por la Federación Médica Colombiana se consignó que la señora Mary Luz González Acosta no cumplió con los controles médicos y no se realizó los exámenes solicitados por ginecología cuando se clasificó como riesgo materno el 22 de febrero de 2008.

-. Sobre la presunta falta de control desde la orden de cesárea hasta su materialización, explica que, el vacío de anotaciones en la historia clínica de la paciente se debe a que en ese interregno se encontraban en dicha cirugía, que al ser de urgencias no le permitió al personal médico ir dejando nota de lo sucedido.

-. Con esto, solicita se traslade la responsabilidad a la señora Mary Luz González Acosta por la omisión de asistir a los controles, exámenes, citas con especialista después de haber sido categorizada como gestante de alto riesgo.

-. Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios morales advierte que los señores Mary Luz González Acosta y Iván León Tocora Aragón residen en Soacha, mientras que los hijos de este último Jonathan David Tocora Ortiz e Ivonne Janneth Tocora tienen domicilio en la ciudad de Bogotá, por lo que

---

<sup>7</sup> Folios 208 a 211 c. 4

no se relaciona, convivencia, acompañamiento e integralidad entre estos, lo que permite concluir que no les asiste indemnización alguna.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por acta individual de reparto de 17 de septiembre de 2019, correspondió el conocimiento del asunto al suscrito Magistrado sustanciador<sup>8</sup>.

El Despacho, a través de auto de 15 de noviembre de 2019, admitió el recurso de apelación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público<sup>9</sup>.

Finalmente, con auto de 21 de febrero de 2020, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto respectivamente<sup>10</sup>.

## **VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Entidad demandada- Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. <sup>11</sup>**

El apoderado judicial de la entidad demandada radicó memorial el 10 de marzo de 2020, solicitó se revoque la decisión proferida en primera instancia el 12 de junio de 2019, por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo del Circuito Judicial del Bogotá D.C. bajo los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Resalta el hecho de que el a-quo no valoró en debida forma los testimonios recaudados en el presente medio de control, los cuales evidencian una omisión de información en relación con el estado de salud de la señora Mary Luz González Acosta al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E.

Precisa que el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. no fue informado de los controles prenatales que la señora Mary Luz González Acosta se realizó con anterioridad a sus asistencias a urgencias en esta institución médica, ya que dicho proceso se llevó a cabo en otro Hospital. Aunado a que en el servicio de urgencias la atención debe ser pronta e inmediata y comoquiera que la paciente no informó sobre sus riesgos, se clasificó como un parto no programado.

Por último, infiere que, del acervo probatorio recabado en el proceso, no se puede dar por demostrada una falla en el servicio por falta de oportunidad ya que se le brindó a la señora Mary Luz González Acosta y a la neonato Danna Sofía Tocora Aragón los servicios médicos disponibles para su atención.

Respecto a la indemnización otorgada, reitera que se tenga en cuenta la presunta afección moral frente a los hermanos de la víctima, por cuanto dicho aspecto para el apelante no se encontró probado.

Y en todo caso, para la tasación de los perjuicios de carácter moral solicita se aplique el criterio jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, el cual deberá ser reducido a la mitad debido

---

<sup>8</sup> Folio 223 c. 4

<sup>9</sup> Folio 225 c. 4

<sup>10</sup> Folio 227 c. 4

<sup>11</sup> Folio. 26 a 32 c.1

a la concurrencia de culpas ante las omisiones ya mencionadas de la paciente Mary Luz González Acosta al no entregar información completa sobre su estado de salud como gestante.

**6.2.-** La parte demandante y el representante del Ministerio Público no allegaron alegatos de conclusión ni concepto definitivo respectivamente.

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **7.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN**

#### **7.1. Jurisdicción y competencia**

Conforme al artículo 82<sup>12</sup> del Código Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas, entidad de naturaleza pública.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 133 del Código Contencioso Administrativo<sup>13</sup>, modificado por la Ley 446 de 1998, numeral 1º, que dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### **7.2. Caducidad de la acción.**

En concordancia con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

En el caso en concreto, se tiene demostrado que la muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón, acaeció el 5 de junio de 2008, por lo tanto, el término de la caducidad corría entre el 6 de junio del 2008 y el 8 de junio de 2010; la demanda fue presentada el 20 de octubre de 2010 por tanto, teniendo en cuenta el término

---

<sup>12</sup>Artículo 82 C.C.A. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

<sup>13</sup> ARTICULO 133 C.C.A. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

de suspensión de la caducidad con la solicitud de conciliación extrajudicial, se tiene que la demanda de la referencia fue presentada oportunamente.

### **7.3. Alcance del Recurso de Apelación**

El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por el apelante, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>14</sup>, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Así mismo, en aplicación de los principios de lealtad procesal y preclusión, los argumentos que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el recurso de alzada, son los presentados y sustentados en oportunidad, más no se puede aceptar que los argumentos nuevos de inconformidad que se llegaren a exponer en el escrito por medio del cual se presentan ante el Ad Quem alegatos de conclusión, sean tenidos en cuenta como sustento del recurso inicialmente promovido, ya que una hipótesis distinta, afectaría el derecho al debido proceso de la pasiva, en particular en arista del derecho de defensa y contradicción.

## **VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA**

### **8.1. Problema Jurídico**

Conforme a lo afirmado por el apelante,

¿Es procedente revocar la sentencia proferida el 12 de junio de 2019, por el Juzgado sesenta y uno (61) administrativo del Circuito de Bogotá y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda por cuanto, según el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. brindó atención médica de manera oportuna, eficiente y acorde con las características gestacionales de la señora Mary Luz González Acosta evidenciadas en la atención en el servicio de urgencias y conforme a lo informado por la paciente?

¿En caso de confirmar la condena, es procedente otorgar indemnización a los demandantes Jonathan David Tocora Ortiz e Ivonnet Yanet Tocora Ortiz pese a que según lo informa la entidad apelante, no había unión familiar con los señores Iván León Tocora Aragón y Mary Luz González Acosta por cuanto vivían en distintas ciudades?

---

<sup>14</sup>“(…) El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (Suspensivos, subrayado y negrilla fuera de texto)



## 8.2. Tesis

La Sala advierte que los argumentos expuestos por el apelante carecen de fundamento probatorio, al no encontrarse relación con la presunta omisión de los demandantes al informar el historial gestacional de la señora Mary Luz González Acosta y la muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón.

De la misma forma, los argumentos para negar la indemnización a los demandantes Jonathan David Tocora Ortiz e Ivonnet Yanet Tocora Ortiz no son de recibo, más aun cuando se aportó en el expediente prueba documental que da cuenta de su parentesco con la víctima directa.

Si bien, la Sala se encuentra de acuerdo con la decisión de hallar responsable al Hospital Mario Gaitán Yanguas ESE respecto de la pérdida de oportunidad brindada a la neonato Danna Sofía Tocora Aragón, considera que la sentencia proferida el 12 de junio de 2019, por el Juzgado 61 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá-Sección Tercera deberá ser modificada en el acápite de tasación de perjuicios por lo que la condena por pérdida de oportunidad no excluye la indemnización por el daño moral causado.

Para absolver la cuestión planteada, la Sala abordará el análisis de los siguientes aspectos: i) régimen aplicable al Estado por daños derivados de la prestación del servicio de salud, ii) del derecho a la oportunidad de tratamiento y (iii) del caso concreto.

## IX. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

### 9.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>15</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

*“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”.*

En este orden se tiene que en la Constitución Política se consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así:

---

<sup>15</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

**“Artículo 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*

## **9.2. Precisiones conceptuales en torno al derecho a la salud**

El Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria N° 1751 de 2015, a través de la cual consagró la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, a nivel individual y colectivo (artículo 2), y creó un marco general de protección que comprende: el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, la adopción de políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas; y la prestación como servicio público esencial obligatorio.

En cuanto al diagnóstico, se integra al núcleo esencial del derecho a la salud como fundamental, siendo considerado presupuesto de vital importancia para lograr la recuperación definitiva del paciente, por tanto, la negación o la no realización del mismo impide el suministro de un tratamiento adecuado, acorde a las dolencias que le aquejan; pero no solo la negativa del diagnóstico oportuno constituye vulneración a derechos constitucionales, sino también cuando no se elabora a tiempo o se efectúa de manera negligente, complicando el estado de salud del usuario del servicio, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T- 361 de 2014.

En lo que respecta al sistema de seguridad social en salud, éste se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, según la cual son reglas rectoras del servicio público de salud, la equidad<sup>16</sup>, la obligatoriedad<sup>17</sup>, la protección integral<sup>18</sup>, la libre escogencia<sup>19</sup>, la autonomía de las instituciones<sup>20</sup>, la descentralización

---

<sup>16</sup> Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

<sup>17</sup> Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

<sup>18</sup> Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

<sup>19</sup> Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley

<sup>20</sup> Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

administrativa<sup>21</sup>, la participación social<sup>22</sup>, la concertación<sup>23</sup> y la muy importante calidad del servicio<sup>24</sup>, de donde vale, igualmente, la pena resaltar que dentro de las características básicas del sistema general de salud, se encuentra el ingreso de todos los colombianos al régimen de seguridad social en aras de garantizar la salud de la población colombiana, mediante la debida organización y prestación del servicio público de salud y la atención de urgencias en todo el territorio nacional<sup>25</sup>.

Asimismo, la mencionada Ley 100 estableció los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicios (Baja<sup>26</sup>, Media<sup>27</sup> y Alta<sup>28</sup>) y los niveles de atención<sup>29</sup> que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización y, en general, todos los eventos, según su complejidad<sup>90</sup>, donde el tercer nivel de atención incluye cobertura de atención a los entes territoriales que cuenten con entidades del primero y segundo nivel de atención, tecnología requerida de la más alta complejidad y atención por personal especializado y subespecializado en el área para convertirla en polo de desarrollo de las regiones en el país.

---

<sup>21</sup> Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

<sup>22</sup> Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público

<sup>23</sup> Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

<sup>24</sup> Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

<sup>25</sup> Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

<sup>26</sup> Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

<sup>27</sup> Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecobstetricia con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

<sup>28</sup> **Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.**

<sup>29</sup> Los Niveles de Atención en la Salud se definen como la capacidad que tienen todos los entes prestadores de servicios de salud y se clasifican de acuerdo a la infraestructura, recursos humanos y tecnológicos.

Hechas estas breves precisiones de contenido del derecho a la salud en su dimensión fundamental, la Sala se ocupará del tema de la falla en el servicio de salud en su dimensión prestacional.

### **9.3. Régimen de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud.**

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “*aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*”<sup>30</sup>, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública<sup>31</sup>.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos *supra*, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

*(i) La falla del servicio. Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público*<sup>32</sup>; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado<sup>33</sup>, lo cual aparece que su naturaleza sea **subjetiva**, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal<sup>34</sup>.

*Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo*<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>31</sup> *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:”

<sup>32</sup> **PAUL DUEZ**. *La responsabilité de la puissance publique*. 2ª ed. París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por **HENAO, Juan Carlos**. “La noción de la falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés” en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Tomo III. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2003, p. 62, citados, a su vez por **M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia**. “Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros” en *La filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Edición de Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora. Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 517.

<sup>33</sup> **HENAO, Juan Carlos**. “La noción de la falla...”, cit., p. 57 a 114, citado a su vez por **M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia**. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., p. 518.

<sup>34</sup> **M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia**. “Responsabilidad del Estado ...”, cit., 518

<sup>35</sup> Sentencia C-043 de 2004.

*La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita<sup>36</sup>, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.*

**(ii) El riesgo excepcional.** *Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada<sup>37</sup>, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad objetivo.*

**(iii) El daño especial.** *Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados<sup>38</sup>. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.*

*De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general<sup>39</sup>. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”<sup>40</sup>.*

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable por daños causados a las personas beneficiarias del servicio de salud, se tiene que actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría, y restablecimiento.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto del régimen de responsabilidad aplicable en los casos en que se cuestiona la atención médica suministrada a un paciente, ha evolucionado de manera ostensible. Inicialmente, utilizó el enfoque según el cual, era menester probar la falla del servicio<sup>41</sup> sobre la base de que la prestación del servicio médico asistencial contenía, en sí mismo, una obligación de medio y no de resultado. Dicha tendencia fue revaluada planteándose que lo que se configuraba era un régimen de falla por inferencia<sup>42</sup>, para lo cual

<sup>36</sup> Sentencia C-043 de 2004, de conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2001. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. En el mismo sentido la sentencia C-957 de 2014.

<sup>37</sup> SU-449 de 2016.

<sup>38</sup> SU-443 de 2016. En la misma, la Corte adopta los derroteros que ofrece el Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1997. Exp: 10.392. Consejero Ponente:

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Sentencia C-254 de 2003.

<sup>41</sup> Al respecto, sentencias Consejo de Estado, del 7 de octubre y del 13 de septiembre de 1991.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 1992.

bastaba acreditar las circunstancias que rodearon el caso, de las cuales se pudiera deducir el resultado dañino; bajo éste régimen, era suficiente la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración misma, que solo podía exonerarse demostrando que había actuado con total diligencia. La anterior tendencia fue sustituida por la que se denominó régimen de falla presunta<sup>43</sup>; en éste, bastaba la demostración del daño y del nexo causal, para que se configurara la responsabilidad de la administración; la que solo podía exonerarse demostrando, a su vez, que actuó con entera diligencia; más adelante, esta última orientación se convirtió **en la teoría de la inversión de la carga probatoria, que colocó en cabeza de los profesionales de la medicina y de los establecimientos que brindan atención médica, el deber de demostrar los procedimientos aplicados y su idoneidad,** dado su alto contenido técnico y científico, los cuales, por su especialidad y complejidad, resultarían muy difíciles de probar para los demandantes.

En todo caso, sin importar el régimen de responsabilidad que se aplique en un caso en concreto, existe un factor que ha permanecido incólume a lo largo de la evolución jurisprudencial, y es aquél referido a la obligación que tiene el actor de demostrar por lo menos: i) la existencia del daño y ii) la existencia además de un nexo de causalidad entre el daño y la actividad de la administración.

Ahora, en lo referido a la falla del servicio por el error en el diagnóstico, el Consejo de Estado ha establecido:

**“Por lo tanto, frente a tales fracasos, la falla del servicio se deriva de la omisión de utilizar los medios diagnósticos o terapéuticos aconsejados por los protocolos médicos;** por no prever, siendo previsibles, los efectos secundarios de un tratamiento; por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento y, en fin, de todas aquellas actuaciones que demuestren que el servicio fue prestado de manera diferente a como lo aconsejaba la *lex artis*.

*Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, porque a partir del mismo se define el tratamiento posterior*<sup>15</sup>. Las fallas en el diagnóstico de las enfermedades y el consecuente error en el tratamiento están asociadas, regularmente, a la indebida interpretación de los síntomas que presenta el paciente **o a la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto.** **Por lo tanto, cuando el diagnóstico no es conclusivo, porque los síntomas pueden indicar varias afecciones, se incurre en falla del servicio cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente.** A este respecto, la Sala ha destacado en varias de sus providencias, lo señalado por la doctrina:

*El respeto a tales deberes, que debe darse en todos los casos, es de máxima exigencia cuando el enfermo presenta un cuadro polimorfo en sus síntomas y signos, que haga difícil el diagnóstico, obligando a emitir únicamente diagnósticos presuntivos.*

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000. Radicado: 11878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001. Radicado: 12.792.

*En tales circunstancias deben extremarse los medios para llegar a formular un diagnóstico cierto. Deben agotarse los análisis y demás recursos de la medicina actual. Empero no es suficiente su solicitud; es preciso su realización en tiempo oportuno -sin dilaciones o demoras inútiles- y su posterior estudio por el médico.” (Consejo de Estado, sentencia del 15 de octubre de 2015, CP: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D. C., RI 37.531). (Subrayas y negrillas de la Sala).*

#### **9.4.- Régimen de la responsabilidad por actividad médica obstétrica<sup>44</sup>.**

En una primera tendencia, el precedente del Consejo de Estado sostuvo que cuando se trata de un embarazo normal y el daño se causa durante el parto, la responsabilidad tiende a ser objetiva, al surgir una obligación de resultado, teniendo en cuenta que *“tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología”<sup>45</sup>*.

Conforme a este precedente, era indispensable demostrar la práctica o no de los exámenes para establecer cómo se encontraba el proceso de embarazo (v.g., monitoreo uterino y estudio pelvimétrico). De igual manera, debía demostrarse que la madre pese a que se presentó en el servicio de la entidad médica para ser atendida en el trabajo de parto, y teniendo en cuenta que su estado de salud ameritaba la atención de urgencia, no se produjo de manera oportuna. En este precedente, también, se tuvo en cuenta en el

*“... significativo número de trabajos de parto diarios que realiza la entidad, no es causa justificativa para que se incurra en una deficiente prestación del servicio de salud durante el proceso de embarazo y parto”.*

Además, se sostuvo que, en la obstetricia,

*“... 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”.*

A lo que se corresponde la exigencia de una obligación de resultado, en la medida en que,

*“... se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer”.*

En una segunda tendencia, el mismo precedente de la Sala indicaba que en esta materia el título de imputación es la falla del servicio, pese a que se puede facilitar la demostración de la falla indiciariamente<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Síntesis que puede consultarse en sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente: 19760; 19 de agosto de 2011, expediente: 20655 y 21 de septiembre de 2011, expediente: 20645.

<sup>45</sup> Sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente: 12123.

<sup>46</sup> Sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente: 13542; 7 de diciembre de 2004, expediente: 14767 y 11 de mayo de 2006, expediente 14.400.

La tercera tendencia marca en el precedente de la Sala que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye indicio de falla del servicio. Si el proceso de gestación presenta alguna patología o riesgo, no opera tal indicio<sup>47</sup>.

En sentencia de 26 de marzo de 2008, se dijo que la

*“... responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce su deceso...”*<sup>48</sup>

Luego, y siguiendo el precedente, debe demostrarse

*“... 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”.*

Dicho precedente ha tenido continuidad con la sentencia de 1º de octubre de 2008, en la que se sostuvo que era necesario reconocer el indicio grave de falla del servicio *“siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento”*<sup>49</sup>. En otros términos, que se hubiera agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el contexto o resultado curativo no se hubiera logrado<sup>50</sup>. Incluso, puede encontrarse dicho indicio en la falta de aplicación de los protocolos médicos ante el riesgo que implicaba para el feto una circunstancia específica en el momento de su alumbramiento.

Lo anterior se ve reforzado, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la propia jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos, si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento<sup>51</sup>.

## **X. DEL CASO EN CONCRETO**

### **10.1. De la atención médica brindada en el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E.**

De acuerdo con los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la accionada Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., dicha institución brindó a la señora Mary Luz González Acosta la atención médica de forma oportuna, por cuanto las demoras que le reprochan los demandantes al ser ingresada al servicio de urgencias carecen de fundamento.

<sup>47</sup> Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente: 16085.

<sup>48</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente: 27268

<sup>49</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente: 27268.

<sup>50</sup> Sentencia de 7 de octubre de 1999, expediente: 12655.

<sup>51</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2008, expediente: 27268.



De acuerdo con la historia clínica<sup>52</sup> de la señora Mary Luz González Acosta, se advierte que el 2 de junio de 2008, ingresó al servicio de urgencias del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a las 16:22<sup>53</sup> y fue atendida a las 16:55 por un dolor en la parte baja del abdomen. Luego del examen físico Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. encontró un embarazo en curso de 39 semanas con monitoria fetal activa y se le da salida con analgésicos y recomendaciones.

Siguiendo con la lectura de la Historia clínica y las notas dejadas en la misma por los galenos, se observa que, durante las asistencias al servicio de urgencias, la señora Mary Luz González Acosta manifestó la presencia de contracciones a las cuales se les dio seguimiento con monitoreo fetal, la realización de ecografías y el suministro de medicamentos analgésicos. Durante los días 2 al 5 de junio de 2008 se consignó como una paciente en parto.

Habiendo establecido que la atención médica fue prestada a la señora Mary Luz González Acosta en el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., es preciso determinar si la misma tuvo o no incidencia en la muerte de la criatura esperada.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia<sup>54</sup> y la Doctrina<sup>55</sup> considera que el mismo se define como la lesión, menoscabo, reducción o afectación a un bien, derecho o interés jurídicamente tutelado, o a la integridad de una persona determinada, quien no tiene el deber jurídico de soportarlo.

En opinión de la Sala, a pesar de que no sea posible arribar a una certeza plena sobre la supervivencia extrauterina de la hija de los demandantes, sí es posible tener por cierto que sus oportunidades de supervivencia se vieron seriamente afectadas por la inexplicable dilación en el servicio.

Se observa que, el último día en el servicio de urgencias y ya durante el trabajo de parto, los médicos que atendían a la señora Mary Luz González Acosta evidenciaron que no podría dar a luz por vía vaginal, por lo que decidieron intervenirla quirúrgicamente y realizar cesárea.

La principal razón que impide dar por seguro que la hija no nacida de los demandantes habría sobrevivido extrauterinamente de haber sido oportunamente atendida, radica en la falta de vigilancia fetal en el interregno en que se decidió la intervención quirúrgica y su efectiva realización, lo que no permitió establecer el estado de bienestar del feto.

Si bien se desconoce la razón exacta de la causa de la muerte de la criatura, en informe pericial de necropsia realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses No. 2008010125754000156<sup>56</sup> se explicó que el feto de Danna Sofía Tocora Aragón no presentaba malformaciones o lesiones traumáticas pero si se evidenció signos de hipoxia, posiblemente por ingesta de meconio, circunstancias asociadas estadísticamente con la mortalidad perinatal, frente a la permanencia prolongada de un feto por nacer en el útero.

---

<sup>52</sup> Folios 44 a 100 c. 2 y 1 a 166 del c. 4

<sup>53</sup> Folio 53 c. 2

<sup>54</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

<sup>55</sup> Orejuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

<sup>56</sup> Folio 37 c. 3

Dicha situación se evidenció en el fallo condenatorio de primera instancia, donde se le imputa al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. una pérdida de chance o de oportunidad de sobrevivir al neonato, por cuanto se acreditó una demora en la práctica de la cesárea a la señora Mary Luz González Acosta, esto ante la falta de pruebas de bienestar que determinen el estado del feto durante el “parto”.

La mencionada tesis, se demuestra no solo con la Historia Clínica aportada en el trámite del proceso sino también con el dictamen pericial allegado al plenario, donde se evidencia que hubo inadecuado seguimiento del binomio madre-hijo por dos horas y media antes del procedimiento de cesárea y una falta del diagnóstico de feto pequeño vs RCIU (restricción de crecimiento intrauterino), lo cual aumenta el riesgo de muerte fetal por insuficiencia placentaria, estado fetal insatisfactorio, meconio y secuelas neonatales que pueden conducir a la muerte fetal. En este caso, dicha falencia condujo a la muerte del neonato Danna Sofía Tocora Aragón.

La entidad apelante atribuye a los demandantes Mary Luz González Acosta e Iván León Tocora Aragón la responsabilidad por el fatídico resultado al omitir información sobre la situación de salud de la accionante. Infiere que, de los testimonios recibidos durante el presente trámite, más el hecho de que el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. no contenga el historial de controles prenatales de la paciente, conllevaron a su desconocimiento como entidad hospitalaria del embarazo de alto riesgo por el cual cursaba la señora Mary Luz González Acosta, comoquiera que ya le habían informado que presentaba caderas estrechas, situación que hacía muy posible el nacimiento de su bebé por medio de cesárea.

Con lo dicho, es pertinente preguntarse ¿Está a cargo del paciente la responsabilidad de la efectividad de los resultados de una atención médica o tratamiento sobre lo que informe o no en sus atenciones médicas?

Para la Sala dicha omisión, si hubiese ocurrido como lo afirma la entidad apelante, no configura un hecho determinante para que el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. no monitoreara durante más de dos horas al feto mientras se esperaba para la realización de la cesárea a la señora Danna Sofía Tocora Aragón. No hay relación alguna con la decisión que tomaron los galenos que atendieron a la paciente de olvidar vigilancia fetal mientras se tramitaba el procedimiento quirúrgico con el hecho de que por descuido o por cualquier otro motivo la señora Mary Luz González Acosta no haya informado respecto de que en alguna atención médica un médico le advirtió que probablemente su hija nacería mediante cesárea por sus caderas estrechas.

En cambio, al tener los elementos y tecnología necesarios, el Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. era el encargado de evidenciar alguna posible complicación durante el proceso de parto de la señora Mary Luz González Acosta, carga que no puede ser trasladada a la paciente de manera injustificada.

Queda sin evidencia también, la afirmación hecha por la entidad demandada respecto de que antes de las atenciones por urgencias, no tenía conocimiento sobre la situación de salud de la señora Mary Luz González Acosta, ni conocía sobre los controles prenatales, comoquiera que a folio 81 del cuaderno No. 2 obra una ecografía obstétrica realizada el 28 de abril de 2008 por esa misma institución. Con la cual se venía manejando el embarazo de la paciente.

Con base en lo anterior, se concluye que, si bien no se encuentra con certeza que las omisiones ya relatadas del Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. fueran la causa efectiva del deceso de la menor Tocora Aragón, lo que si se acreditó en el transcurso de la valoración de los medios probatorios, es que sus omisiones configuraron una pérdida de oportunidad o de chance para que el neonato en mención pudiera nacer con vida.

Frente a esta postura, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.*

*“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.*

*“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).*

*“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de*

*vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.*

*“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)”<sup>57</sup>.*

Por tanto, se consideran como elementos esenciales para su configuración que haya i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado esperado<sup>58</sup>.

En mérito de lo expuesto, se encuentra latente la existencia de oportunidad al evidenciarse que, la señora Mary Luz González Acosta fue una paciente gestante, que hasta la fecha de su parto no evidenció complicación alguna durante su embarazo, ni tampoco patología diagnosticada al hijo que esperaba; situación que permitía concluir que las probabilidades de muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón eran pocas o, por el contrario, que las posibilidades de nacer con vida fueran altas.

De cara a la presunta desproporción feto- pélvica que presentaba la paciente, y que fue evidenciada durante trabajo de parto, el artículo denominado “*Parto Distócico por desproporción feto-pélvica*”, escrito entre otros, por el médico Alberto Alvarado Duran de la ciudad de Honduras<sup>59</sup> explicó:

*“La suspensión del progreso del parto como consecuencia de anomalías del mecanismo respectivo se denomina distocia. Dicho de otra manera, toda dificultad a la libre realización del parto por las vías naturales, se considera distocia.*

*La desarmonía fetopélvica conocida también como desproporción feto-pélvica o céfalo-pélvica, se define como la imposibilidad del parto por vía vaginal, cuando el conducto pélvico es insuficiente para permitir el paso del feto ya sea por*

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.646.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P: Margarita Cabello Blanco, Bogotá, 4 de agosto de 2014, expediente No. 11001-31-03-003-1998- 07770-01.

<sup>59</sup> Artículo disponible en el siguiente link: <http://www.bvs.hn/RMH/pdf/1975/pdf/Vol43-4-1975-5.pdf>

*disminución de las dimensiones de la pelvis en relación a un determinado feto o bien porque el volumen parcial o total del feto resulte excesivo para una determinada pelvis. Es decir, hay una pérdida de la relación armoniosa fetopélvica”*

(...)

*La morbilidad materna en la operación cesárea está presente en un 18% de los casos y la mortalidad materna en un 0.4%.*

*En cuanto a la morbilidad fetal su frecuencia es de 20% y la mortalidad perinatal de 7%. Estas cifras de morbi-mortalidad materna y fetal se refieren a todo tipo de operación cesárea, pero la mortalidad y morbilidad referida a la cesárea realizada por desproporción feto-pélvica es muy semejante en cifras a las antes mencionadas”*

De la lectura del anterior artículo médico, se desprende que, en las condiciones en las que se encontraba la señora Mary Luz González Acosta, las probabilidades de muerte de la menor Danna Sofía Tocora Aragón eran tan bajas que no superaban el 10%.

Dichas estadísticas concuerdan con las conclusiones a las que llegaron en el artículo denominado “*Vía del Parto en Pacientes con Antecedentes de Cesárea*” publicado por la Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Medicina- Departamento de Ginecología y Obstetricia en la revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología<sup>60</sup>, donde se puede evidenciar que, en lo que respecta a la morbilidad<sup>61</sup> del recién nacido con respecto a la vía del parto, la intervención quirúrgica mediante cesárea oscila entre 0.33% y 15%.

“MORBILIDAD DEL RECIEN NACIDO  
Y VIA DEL PARTO”

Morbilidad	Parto Vaginal		Cesárea		Total		x <sup>2</sup>
	No.	%	No.	%	No.	%	
S.D.R.	7	4.66	19	9.46	36	7.38	2.25 NS
Trauma	1	0.66	2	0.33	3	0.85	0.7 NS
Infección	0	—	3	1.48	3	0.85	2.08 NS
Otros	11	7.33	31	15.34	42	11.93	4.25 S
Total Morbilidad	19	12.66	55	27.22	74	21.02	9.0 S
Sin Morbilidad	131	37.21	147	72.77	278		
Total:	150		202		352		

En ese sentido, cuando finalmente los galenos toman la decisión de intervenir quirúrgicamente a la paciente Mary Luz González Acosta para dar a luz al neonato

<sup>60</sup> Artículo disponible en el link: file:///C:/Users/lenovo/Downloads/2408-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5047-1-10-20170102.pdf

<sup>61</sup> El índice o la tasa de morbilidad es un dato estadístico útil para estudiar los procesos de evolución y control de las enfermedades. La Organización Mundial de la Salud la define como “toda desviación subjetiva u objetiva de un estado de bienestar”.

Danna Sofía Tocora Aragón mediante cesárea, la demora en dicha intervención junto con la falta de monitoreo fetal dieron lugar a no advertir el sufrimiento del feto, lo que condujo posteriormente a su muerte, consecuencia que, conforme lo muestran las estadísticas, era poco frecuente.

En ese sentido, la Sala concuerda con lo resuelto en la sentencia proferida el 12 de junio de 2019 por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo de Bogotá D.C. en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda.

## **XI.- INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.**

### **11.1. Cuestión previa.**

El Juzgado de primera instancia determinó indemnizar a los demandantes a título de perjuicios morales a pesar de haber hecho anteriormente un análisis de pérdida de oportunidad. Al respecto, la Sala precisa que dichos conceptos se encuentran diferenciados en diferente jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se cataloga la indemnización por pérdida de oportunidad como un reconocimiento independiente al perjuicio moral.

En los términos en los que ha sido conceptualizado ese tipo de menoscabo por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“En oportunidades anteriores, la Sala ha señalado que la pérdida de oportunidad es una clase autónoma de daño, “caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado (...)”<sup>62</sup>.*

*La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño.*

Pues bien, para corregir la contradicción en que incurre el a-quo referente a la confusión de conceptos indemnizatorios, la Sala precisa que, siendo consecuente con el análisis de imputación, resulta concluyente indemnizar a los demandantes por los perjuicios causados a título de pérdida de oportunidad y no por perjuicio moral como lo hace el Juez de primera instancia.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos,

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico—artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>63</sup>— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, junto con los valores que fueron investigados conforme a la Lex Artis anteriormente expuestos.

### **11.2.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.**

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del neonato Danna Sofía Tocora Aragón, sino de la pérdida de oportunidad para sobrevivir durante su nacimiento, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.

La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la pérdida de oportunidad como un perjuicio de naturaleza autónoma, en los siguientes términos: *“(…) la Sala considera que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente”*<sup>64</sup>

### **11-3.- La pérdida de oportunidad en el presente caso.**

De conformidad con las condiciones de las pacientes Mary Luz González Acosta y Danna Sofía Tocora Aragón acreditadas en el plenario, y de acuerdo a lo establecido por la Lex Artis consultada en razón a que la probabilidad de muerte del feto pronto a nacer en condiciones normales frente a una desarmonía fetopélvica se tasó en un porcentaje no mayor a 10%, se concluye que la pérdida de oportunidad para el neonato Tocora Aragón corresponde a un 90%, tasación que será utilizada para la indemnización de perjuicios solicitados por los demandantes.

En ese sentido, se modificará la sentencia de primera instancia dictada el 12 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo de Bogotá D.C. en cuanto a la tasación de los perjuicios, comoquiera que la pérdida de

---

<sup>63</sup> Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

<sup>64</sup> Sentencia de 27 de abril de 2011, exp. 18.714. M.P. Gladys Agudelo Ordóñez; en ese mismo sentido, puede consultarse la sentencia dictada el pasado 8 de junio del presente año, exp. 19.360. M.P. Hernán Andrade Rincón

oportunidad no se puede otorgar por el 100%, que es el porcentaje correspondiente al año final sufrido por la víctima directa.

Teniendo en cuenta el nivel de parentesco de los demandantes con la neonato Danna Sofía Tocora Aragón, se concederá indemnización por pérdida de oportunidad por las siguientes sumas de dinero:

Nombre	Calidad	Monto reconocido
Mary Luz González Acosta	Mamá de la víctima directa	90 SMMLV
Iván León Tocora Aragón	Papá de la víctima directa	90 SMMLV
Jonathan David Tocora Ortiz	Hermano de la víctima directa	40 SMMLV
Ludy Constanza Delgado Ángel	Hermana de la víctima directa	40 SMMLV

Ahora bien, aduce la entidad demandada Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E., que no le asiste derecho a indemnización a los demandantes Ivonnet Yanet Tocora Ortiz y Jonathan David Tocora Ortiz por el hecho de no tener cercanía con la víctima directa. Soporta su dicho al manifestar que los mismos viven en diferente ciudad que los señores Mary Luz González Acosta e Iván León Tocora Aragón, y en ese sentido no pueden tener afectación alguna por los hechos demandados.

La Sala recuerda que, la acreditación del parentesco supone una situación de ventaja para quienes demandan en condición de familiares de la víctima directa, particularmente en punto del reconocimiento de perjuicios morales, al haberse prohijado jurisprudencialmente que en los casos de lesiones y muerte, la causación de tales perjuicios se presume para los familiares de la víctima hasta segundo grado de consanguinidad y primero civil, *“esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente.”*<sup>65</sup>

En ese sentido, al estar acreditado con registro civil de nacimiento de los señores Jonathan David Tocora Ortiz e Ivonnet Yanet Tocora Ortiz su parentesco con la menor Danna Sofía Tocora Aragón, es suficiente para confirmar la indemnización otorgada en primera instancia.

## XII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA<sup>66</sup>, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, *“la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas”*, asume categórico que la alocución *“dispondrá”*, significa: *“mandar lo que se debe hacer”*<sup>67</sup>, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, CP. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 30 de junio de 2011, Exp. 19836.

<sup>66</sup> “CONDENA EN COSTAS. n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

<sup>67</sup> Ver [www.rae.es](http://www.rae.es)



Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, en su modalidad de expensas y gastos del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia del 12 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y Uno (61) Administrativo de Bogotá D.C., en consecuencia, se dispone:

“**PRIMERO: DECLARAR** administrativamente y solidariamente responsable al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a causa de la pérdida de oportunidad en el servicio de salud brindado a la neonata D.S.T.G., de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** como consecuencia de la anterior declaración, condenar al Hospital Mario Gaitán Yanguas E.S.E. a pagar las siguientes sumas:

- Por concepto de perjuicios por pérdida de oportunidad a favor de los demandantes de la siguiente manera:

<b>Demandante</b>	<b>Nivel de relación afectiva</b>	<b>Salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de expedición de esta sentencia</b>
Mary Luz González Acosta	Mamá de la víctima directa	90
Iván León Tocora Aragón	Papá de la víctima directa	90
Jonathan David Tocora Ortiz	Hermano de la víctima directa	40
Ivonnnet Yanet Tocora Ortiz	Hermana de la víctima directa	40

**TERCERO:** Negar las demás pretensiones de la demanda. (...)

**SEGUNDO:** Sin condena en costas (expensas y gastos del proceso) en esta instancia.

**TERCERO:** Dar cumplimiento a esta sentencia de acuerdo con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJESE** las constancias del caso.


**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N°142).



**FERNANDO IREGUI CAMELO**  
Magistrado



**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**  
Magistrado



**MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO**  
Magistrada

*Jvm*