

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN: 15001 33 31 007 2007 00261 - 00

DEMANDANTE: DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES Y OTRO

DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA

VINCULADO: SEGUROS DEL ESTADO S.A.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

Agotadas las etapas procesales y sin advertirse causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA dentro de la acción de la referencia. Se anticipa que se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (fls.2-11).

1.1 Pretensiones.

Los señores DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES y ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTABAN a través de apoderada judicial, presentaron demanda de reparación directa en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con el fin de que se le declare administrativa y patrimonialmente responsable por los hechos que desencadenaron la muerte de su menor hijo recién nacido.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitan se condene a la entidad demandada al pago como indemnización de las sumas que resulten probadas por concepto de perjuicios materiales y morales, y demás tipología del daño que de acuerdo a los criterios jurisprudenciales vigentes para el momento del fallo se encuentren acordes con la noción de reparación integral. Igualmente, se solicita que la suma cuantificada de los perjuicios causados a los demandantes sea actualizada y sobre los mismos se reconozcan los intereses de ley, y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

1.2 Fundamentos fácticos.

Se indicó en la demanda que los señores DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES y ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTABAN se encuentran casados desde el 20 de junio de 1993, relación producto de la cual concibieron a su hijo primogénito en marzo de 1994. Sostienen que producto de la estabilidad familiar la pareja decidió concebir un nuevo hijo, embarazo que transcurrió sin ninguna dificultad pese a la avanzada edad para gestar de la demandante (38 años), quien siguió un riguroso control médico prenatal en el Centro de Salud del Barrio San Antonio (Centro asistencial de la E.S.E. Santiago de Tunja).

Manifiestan que el 07 de diciembre de 2004, la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTABAN fue remitida de urgencias al Hospital San Rafael de Tunja con 41 semanas de embarazo según monitoria fetal realizada en la Clínica Santa Teresa, con posible sufrimiento fetal. Que en urgencias de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja fue atendida y valorada a las 11:00 a.m. por la Doctora Erika Ávila Barrera quien le realizó un monitoreo fetal. Luego, el Ginecólogo de turno Doctor Víctor Pinto la remitió a casa hasta tanto experimentara los dolores de parto para ser atendida.

Refieren que el 12 de diciembre de 2004, ante la circunstancia de no presentar signos de trabajo de parto y por el término del embarazo que ya superaba las 41 semanas y media según ecografía de mayo de 2004, la demandante regresó a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja en donde fue valorada manifestándole que el bebe estaba vivo y que por el estado de gestación requería hospitalización e inducción de parto.

Precisa la demandante que se procedió a la inducción solo hasta las 5:00 p.m. sin que se le practicara inicialmente un monitorio fetal para determinar el estado del bebe, tal como lo ordena el protocolo médico, teniendo en cuenta que el motivo de la emergencia era la disminución de movimientos fetales, acompañado de un embarazo postérmino. Que a las 12:00 p.m. la accionante fue valorada por el Dr. Chaparro en compañía del Ginecólogo Dr. Paredes, quien le manifestó que estaba bien y que el bebe estaba vivo y en buenas condiciones, indicándole seguir con el proceso de inducción de parto.

Se señala que aproximadamente a las 6:00 a.m. del día siguiente a la hospitalización, la demandante fue valorada nuevamente por el Dr. Chaparro, quien al realizar la revisión médica no sintió el bebe por lo que solicitó realizar un monitoreo fetal, el cual arrojó como resultado que el feto no tenía signos de vida; a las 7:00 a.m. le fue practicada una ecografía, le suspendieron inmediatamente la dextrosa e inició el trabajo de parto naciendo la criatura a la 1:40 p.m., pero muerta.

Expresan que la paciente fue recibida en condiciones óptimas por los galenos de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja el día 12 de diciembre de 2004, pero por errores médicos cometidos en el manejo hospitalario, sólo hasta el día siguiente se produjo el trabajo de parto con el fallecimiento del recién nacido, consecuencia del tardío y deficiente servicio médico prestado por los funcionarios de la entidad demandada.

1.3 Fundamentos jurídicos.

La parte demandante aduce que la responsabilidad por falla en el servicio médico surge cuando se presenta una violación del deber general de cuidado y cuyo efecto principal es hacer surgir a cargo de la entidad demandada una responsabilidad que implica la indemnización de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la mala prestación médico asistencial.

Que en el caso bajo estudio se presentan graves anomalías en la asistencia médica que recibió la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, las que finalmente fueron la causa eficiente y determinante de la muerte del recién nacido; falla del servicio de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja que se concreta en el hecho no solo de no haber brindado una atención oportuna, sino además inadecuada, negligente e irresponsable.

2.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

La **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls.57-60)**, presentó contestación a la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que, aduce, la atención médica prestada a la demandante fue adecuada y oportuna. Manifestó que revisada la historia clínica de la paciente se observa que el día 12 de diciembre de 2004, ingresó a la entidad hospitalaria por embarazo a término de 41.5 semanas por ecografía temprana del primer trimestre, sin inicio de actividad uterina; ingresó con signos vitales estables con feto vivo con frecuencia fetal de 135, sin evidencia al examen físico de trabajo de parto, por lo cual se decidió hospitalizar para inducción del trabajo de parto previa maduración cervical con goteo de oxitocina, durante la cual se evidenció óbito fetal. Posteriormente, la paciente presentó evolución adecuada con parto vagina eutósico, con recién nacido sin signos vitales de 3.000 gramos, 52 cm de talla con circular apretada y compresiva del cordón umbilical al cuello.

Sostuvo que a partir de lo consignado en la historia clínica se establece que la paciente recibió atención con hospitalización en el servicio de ginecoobstetricia, con cuidado y vigilancia por parte del personal del servicio, presentándose dentro de la atención la muerte perinatal, con posterior inducción y atención del parto. En consecuencia, el fallecimiento del neonato no puede ser atribuido a la atención médica prestada, pues como se observa en la historia clínica, la causa de la muerte obedeció a factores diferentes a una falta de oportunidad e idoneidad en el manejo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, propuso las excepciones denominadas **i)** inexistencia de la falla en el servicio, e **ii)** inexistencia del nexo de causalidad (fl.59).

3.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA ENTIDAD LLAMADA EN GARANTÍA.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fls.151-160), presentó contestación al llamamiento en garantía formulado por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, oponiéndose tanto a las pretensiones de la demanda como a las del llamamiento en garantía, al considerar que no se encuentran acreditados los presupuestos fácticos y jurídicos de la falla en el servicio ni responsabilidad civil contractual, pues la entidad obró con eficiencia, prudencia e idoneidad en la atención médica a la señora ANA ISABEL ORTEGATE, sin que se encuentre demostrada la negligencia, impericia, errores u omisiones del personal de la entidad demandada en el infortunado hecho objeto de la litis.

Sostuvo que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja suscribió con Seguros del Estado S.A. el Contrato de Seguros No. 04390067 correspondiente a la Póliza de Responsabilidad Civil Médica propiamente dicha, y el No. 04390068 correspondientes a la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual por la posesión, el uso y mantenimiento de predios y operaciones relacionadas con la actividad médica pero que afecten a terceros ajenos a tratamientos médicos. En consecuencia, no es cierto que ambos contratos de seguros estén llamados a responder en el presente proceso en caso de una eventual condena.

Propuso como excepciones las que denominó: **i)** Ausencia de responsabilidad civil en cabeza de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja; **ii)** Ausencia de elementos constitutivos de la

responsabilidad civil; **iii)** Aplicación de la oferta comercial presentada y aceptada por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja; **iv)** Inexistencia de la obligación; **v)** Clausula de deducible a cargo del asegurado; **vi)** Límite asegurado para la indemnización de daños morales; **vii)** Clausula de límite de valor asegurado y, **viii)** Prescripción (fls.153-159).

4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Llamado en garantía.

Mediante correo remitido el 16 de noviembre de 2021 (Índice 264 Samai), el apoderado judicial de SEGUROS DEL ESTADO S.A., allegó escrito contentivo de sus alegaciones, señalando que en el presente caso existe imposibilidad de acceder a las pretensiones del llamamiento en garantía, toda vez que la Póliza No. 04390068 sólo cubre la responsabilidad civil que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja cause hacia terceros no usuarios del sistema de salud por daño a bienes, lesiones o muerte; es decir, indemnizaciones estrictamente de tipo extracontractual, mientras que en la demanda se predica un incumplimiento contractual de la E.S.E. frente a sus usuarios.

Sostuvo que la póliza que eventualmente estaría llamada a responder sería el Contrato de Seguros No.04390067 que amparó el riesgo de la responsabilidad civil profesional propiamente dicha. Sin embargo, dentro del referido contrato se pactaron sendas exclusiones y límites en la cobertura, razón por la cual, en caso de un fallo condenatorio en contra del asegurado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja y dado que las pretensiones de la demanda y las pruebas del proceso solo apuntan a una indemnización por daño moral, la responsabilidad de SEGUROS DEL ESTADO S.A. no podrá exceder la suma de \$10.000.000.00 por expresa disposición contractual en virtud a la autonomía de la voluntad de las partes. Igualmente, dentro del referido contrato se pactó una cláusula de deducible del 15% del valor de la pérdida, el cual debe ser asumido en primera medida por el asegurado.

Finalmente, manifestó que de acuerdo con los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio, las acciones derivadas del contrato de seguro se encontraban prescritas al momento de la presentación de la demanda por parte del beneficiario de este tipo de pólizas.

4.2. Parte demandante.

Mediante correo remitido el 25 de noviembre de 2021 (Índice 265 Samai), la apoderada judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión manifestando que en el expediente obra prueba pericial que, por su conducencia, pertinencia y utilidad, acredita los hechos expuestos en la demanda, en la cual, luego de la verificación científica y técnica, se concluye la imputación material del resultado -muerte del neonato- al ente demandado E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

Concluyó que estando acreditada científica y técnicamente la negligencia, descuido y violación de la *lex artis* de la entidad demandada, causa determinante y directa en la muerte del neonato, surge la responsabilidad plena del ente demandado y la consecuente obligación reparadora, por lo que solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando la indemnización de perjuicios morales, a la salud, afectación a derechos constitucional y convencionalmente protegidos y perdida de oportunidad en los máximos montos señalados en la jurisprudencia correlativos a la indemnización plena del daño.

4.3. Parte demandada.

Mediante correo remitido el 25 de noviembre de 2021 (Índice 266 Samai), el apoderado judicial de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja presentó alegatos de conclusión señalando que a partir de la literatura médica, se establece que en el presente caso la atención brindada a la demandante se enmarcó dentro de los atributos de accesibilidad, continuidad, pertinencia, oportunidad y seguridad.

Adujo que la paciente fue valorada debidamente por el ginecólogo de turno, quien después de realizarle los exámenes respectivos, decide hospitalizarla para realizar inducción de parto con apoyo farmacológico, conducta pertinente y ajustada a las guías de práctica clínica de la época y reconocida como la mejor opción para el nacimiento de un feto que no muestra datos de sufrimiento fetal agudo. Resalta que no se dispone actualmente de ningún método diagnóstico que permita predecir la mortalidad fetal, y que la muerte fetal espontánea intrauterino es una condición no predicable e inevitable, pues la decisión de realizar procedimientos quirúrgicos para desembarazar por vía abdominal, solo se toma cuando hay evidencias de sufrimiento fetal, nociones de infecciones en el canal de parto, o desproporcionados en la pelvis materna que impidan que se busque en un nacimiento por mecanismo fisiológico.

Precisó que en el reporte de patología (fl.123), se indica que la placenta obtenida durante la atención del parto de la demandante, era inmadura para la edad gestacional y que presentaba una corangiosis masiva (hipervascularidad vellosa capilar placentaria), patología que ocurre raramente en gestaciones normales y consiste en un cambio placentario a nivel del capilar vellosos y que se relaciona con hipoxia fetal, de modo que la asociación de esta condición obstétrica aparentemente aguda, puede ser la causa de muerte intrauterino.

Sostuvo que no se configuran los elementos de responsabilidad del Estado, pues no se encuentra demostrado por parte de los demandantes la existencia de un daño antijurídico respecto de la entidad demandada, en tanto no se probó el presunto daño generado con la actuación u omisión de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.

4.4. Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto jurídico en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

1.- PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a lo señalado en el escrito de demanda, corresponde al Despacho determinar si la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA es administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la presunta falla en la prestación del servicio médico que derivó en óbito fetal del nasciturus de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN. Para el efecto, se

deberá determinar si en el presente caso se configuran los elementos de la responsabilidad, esto es la existencia de un daño (en los términos solicitados en la demanda) y si el mismo resulta imputable a la entidad demandada.

Consecuentemente, y en el evento de determinarse la responsabilidad de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, corresponde al Despacho establecer si SEGUROS DEL ESTADO S.A. en calidad de llamado en garantía, se encuentra llamado a responder por una eventual condena de acuerdo al amparo contenido en la Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual Nos. 04390067 y 04390068 de 19 de febrero de 2004.

2.- TESIS ARGUMENTATIVAS DEL CASO.

2.1.- Tesis de la parte demandante.

Considera que la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN ingresó en condiciones óptimas a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA el día 12 de diciembre de 2004, pero por errores médicos cometidos en el manejo hospitalario, sólo hasta el día siguiente se produjo el trabajo de parto con el fallecimiento del recién nacido; consecuencia del tardío, inadecuado, negligente y deficiente servicio médico prestado por los funcionarios de la entidad demandada.

2.2.- Tesis de la parte demandada.

La E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que la paciente recibió atención con hospitalización en el servicio de ginecoobstetricia, con cuidado y vigilancia por parte del personal del servicio, presentándose dentro de la atención la muerte perinatal, con posterior inducción y atención del parto. En consecuencia, el fallecimiento del neonato no puede ser atribuido a la atención médica prestada, pues la causa de la muerte obedeció a factores diferentes a una falta de oportunidad e idoneidad en el manejo.

2.3.- Tesis llamado en garantía.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. considera que no se encuentran acreditados los presupuestos fácticos y jurídicos de la falla en el servicio ni responsabilidad civil contractual, pues la entidad obró con eficiencia, prudencia e idoneidad en la atención médica a la señora ANA ISABEL ORTEGATE, sin que se encuentre demostrada la negligencia, impericia, errores u omisiones del personal de la entidad demandada en el infortunado hecho objeto de la litis.

2.4.- Tesis del Despacho.

Se declarará la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA al encontrarse probada la falla en la prestación del servicio médico brindado a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN durante los días 07, 12 y 13 de diciembre de 2004, que originó la muerte perinatal de su hijo. Daño que es imputable a la entidad demandada teniendo en cuenta que: **i)** no ordenó la hospitalización de la paciente desde el día **07 de diciembre de 2004**, cuando contaba con 41 semanas de embarazo y era remitida de otra institución de salud por reportar actividad uterina irregular, disminución o ausencia de movimientos fetales y sufrimiento fetal agudo. Además, en dicha fecha se le

practicó un monitoreo fetal cuyos resultados fueron erróneamente interpretados por el médico tratante, a partir de los cuales se ordenó la salida de la paciente sin agotar todos los recursos médicos tendientes a verificar o establecer la condición real de salud en la que se encontraba el nasciturus, y **ii) el 12 de diciembre de 2004**, cuando la demandante regresó a la institución hospitalaria con 42 semanas de embarazo, no le ordenó ni practicó pruebas de vigilancia fetal tendientes a verificar lo manifestado y reiterado por la paciente en cuanto a la ausencia o disminución de movimientos fetales, así como tampoco aparece probado que la paciente sido valorada por la especialidad de obstetricia con el propósito de establecer el verdadero estado de salud en que se encontraba el menor.

3.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1.- DE LA CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

La cláusula general de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, parte del concepto de daño antijurídico imputable al Estado a causa de una acción u omisión de las autoridades públicas. Este elemento esencial del daño corresponde a la concepción del Estado Social de Derecho como servidor de los derechos fundamentales de las personas para lo cual las autoridades de la república están para garantizar y proteger dichos derechos (Art. 2 CP), por ello responden no sólo por el incumplimiento de la ley sino por acción, omisión o extralimitación en sus funciones (Art. 6 y 122 CP). El Estado Social de Derecho se define estructuralmente no sólo por las garantías estáticas sino también por las dinámicas de las protección y promoción de los derechos, por esta razón las funciones públicas que asume no son simples dispositivos normativos sino verdaderas obligaciones normativas con efectos jurídicos que invade todo el ordenamiento jurídico y permite asegurar o garantizar los derechos de las personas.

De conformidad con lo anterior, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la Acción de Reparación Directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a la entidad pública.

3.2.- DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

3.2.1.- Del daño antijurídico.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que *“(...) se refiere a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la **existencia del daño**, el cual debe ser **cierto y determinado o determinable...**”*¹ (Negrillas del Despacho).

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de octubre de 2016, Exp. No. 25000-23-26-000-2002-10128-01(34357), Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón.

Así, su configuración y acreditación probatoria permitirán continuar con el estudio de los demás elementos que estructuran el juicio de responsabilidad, en la medida que resulta imposible atribuir daños inexistentes a las conductas activas u omisivas de los agentes estatales. Al respecto, el Consejo de Estado expuso que *“el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, como quiera que éste constituye un elemento necesario de la responsabilidad, de allí la máxima **“sin daño no hay responsabilidad”** y sólo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado”*².

Bajo esos presupuestos, la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido en forma unánime que el daño objeto de reparación será aquel que revista la connotación de **antijurídico**; es decir, aquella *“lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia del **daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable...**”*³ (Negrita fuera del texto). De lo que se deriva entonces, que el daño será antijurídico con independencia de que la conducta que lo haya causado sea catalogada como culposa, ilícita o contraria a derecho, tal como acontece en los eventos de responsabilidad objetiva del Estado donde procede su declaratoria aun cuando la causa del daño provenga de una conducta lícita.

Respecto de la **existencia y el carácter cierto del daño**, el Consejo de Estado ha resaltado:

“El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁴. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁵, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio⁶.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁷. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁸.”⁹

² Consejo de Estado, Sentencia del 28 de enero de 2015, Exp. No. 25000-23-26-000-2001-00465-01(28937), Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón.

³ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de octubre de 2016, Exp. No. 25000-23-26-000-2002-10128-01(34357), Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁴ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.507.

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁶ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁷ CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”, ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

⁸ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. No. 68001-23-31-000-2002-01902-01(37879), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En este sentido, la responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo.

3.2.2.- De la imputación de la responsabilidad.

Conforme al contenido del artículo 90 Superior, para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado, además del daño antijurídico debe llevarse a cabo un análisis de imputación¹⁰ que ha sido definido como *“la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello.”*¹¹, con el cual se persigue establecer un fundamento normativo del que se derive la obligación de reparar un daño a determinada persona. De lo cual, se tiene entonces que el análisis de imputación se desarrolla desde dos esferas, a saber: **i)** desde el ámbito fáctico –conocida como *“imputatio facti”* y **ii)** desde el ámbito jurídico –denominada *“imputatio iuris”*.

En lo que refiere a la **imputación fáctica**, sostiene la jurisprudencia que con ella *“se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante)”*¹². Dentro de la cual, resultan relevantes las instituciones e ingredientes normativos aplicados en la jurisprudencia contenciosa administrativa, desde la teoría de la imputación objetiva¹³.

Por su parte, sostiene la Sección Tercera de la Corporación, que en la **imputación jurídica** *“se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: **falla o falta en la prestación del servicio** -simple, presunta y probada-; **daño especial** –desequilibrio de las cargas públicas, **daño anormal-**; **riesgo excepcional**).”*¹⁴ Así, la imputación jurídica es *“un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios”*¹⁵, que fueron ocasionados a partir de su culpa –falla del servicio-, de la concreción de un riesgo excepcional, o de la causación de un daño anormal y grave que rompe el equilibrio de las cargas públicas -daño especial-.

Así mismo, debe precisarse que es en la imputación fáctica donde adquiere relevancia el estudio del **nexo de causalidad**, que permite atribuir el resultado lesivo a la conducta del agente estatal. En cuanto a la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado¹⁶ ha expresado lo siguiente:

*“Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991”*¹⁷, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 13 de junio de 2013. Exp.18274.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia del 8 de junio de 2016, Exp. No. 47001-23-31-000-2009-00164-01(39583), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 10 de septiembre de 2014. Exp: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590)

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569: “(...) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto.(...)”

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 16 de mayo de 2016. Radicación número: 23001-23-31-000-2003-00269-01(35797). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E)

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. Int: 18274.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Exp: 66001233100020030074801 (34.796)

¹⁷ “La complejidad del asunto traído a colación quedó puesta de presente, por vía de ejemplo, con ocasión de la aprobación del siguiente pronunciamiento por parte de esta Sala: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007);

*al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo¹⁸, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada. Dicho, en otros términos, **la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.**”*

De igual manera, el Consejo de Estado ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando éstas tienen algún nexo con el desarrollo de la función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del hecho, no es suficiente para atribuir la responsabilidad del Estado. Así, la Alta Corporación indicó lo siguiente:

“(…) No cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública (…)”¹⁹ (Negrillas del Despacho)

A propósito de la falla en el servicio como título jurídico de imputación para estudiar la responsabilidad administrativa del Estado, el Consejo de Estado²⁰, ha indicado lo siguiente:

*“(…) La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; **en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de***

Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 76001-23-25-000- 1996-02792-01(16898). En aquella oportunidad, la posición mayoritaria de la Sala se inclinó por señalar que lo procedente de cara a llevar a cabo '...el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual del Estado' es acometer dicha tarea ...a través de la siguiente estructura conceptual: 1°) daño antijurídico, 2°) hecho dañoso, 3°) causalidad, y 4°) imputación'. Empero, frente a la anotada postura, el Magistrado Enrique Gil Botero optó por aclarar su voto por entender que la comprensión que se viene de referir desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, 0) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico" [cita del original].

¹⁸. De hecho, en el pronunciamiento que acaba de referenciarse —nota a pie de página anterior—, a pesar de la claridad en torno al título jurídico de imputación aplicable al asunto de marras —riesgo excepcional derivado del funcionamiento de redes eléctricas y de alto voltaje—, las súplicas de la demanda fueron desestimadas porque desde el punto de vista de la causalidad, esto es, desde una perspectiva eminentemente naturalística, fenomenológica, el actor no consiguió demostrar el acaecimiento del suceso que atribuía a la entidad demandada —una sobrecarga eléctrica— y con fundamento en el cual pretendía que se atribuyese responsabilidad indemnizatoria a ésta última como consecuencia del advenimiento de los daños que —esos sí— fueron cabalmente acreditados dentro del plenario. Y adviértase que en relación con el sentido de la decisión —y, por tanto, en relación con esta manera de razonar— no hizo explícito, en la también referida aclaración de voto, su desacuerdo el H. Consejero de Estado que la rubricó" [cita del original].

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual²¹.

*También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²², así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto **la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo²³.***

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

*Ahora bien, **la falla del servicio** o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, **por omisión** o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; **la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal.** Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía²⁴ (...)” . (Negrillas del Despacho)*

3.3. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON OCASIÓN DE ACTIVIDADES MÉDICO ASISTENCIALES.

Al respecto, ha de señalarse que en tratándose de eventos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad del Estado con ocasión de actividades médico-asistenciales, según lo ha señalado el Consejo de Estado “(...) Bien puede ser analizada **bajo el régimen de la falla probada del servicio**, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituyen el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla del servicio endilgada (...)”²⁵.

²¹ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

²² Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

²³ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²⁴ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, exp 15.563. “(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”.

En ese contexto, ha de señalarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶, si bien la actividad médica hospitalaria implica riesgos que son inherentes a su ejercicio, a manera de ejemplo intervenciones quirúrgicas o exámenes clínicos invasivos, los cuales dependen en gran medida de la complejidad de la afectación de la salud del paciente, también es cierto que para evaluar la responsabilidad de las instituciones prestadoras de salud, por regla general, debe partirse de la verificación en el caso concreto, del cumplimiento de los reglamentos y protocolos a los que se encuentre sometido cada procedimiento.

De allí que se haya precisado, que todas aquellas actuaciones del servicio médico-asistencial componen el denominado *“acto médico complejo”*, que está integrado por *i)* los actos puramente médicos, como intervenciones, suministro de medicamentos y demás procedimientos realizados directamente dentro del proceso de atención; *ii)* los actos paramédicos, que corresponden a las acciones preparatorias del acto médico (incluyendo las obligaciones de seguridad); y *iii)* los actos extra médicos, que comprenden los servicios complementarios pero necesarios para adelantar la atención médica, como el alojamiento y la alimentación²⁷.

En tal sentido, se puede precisar que al adentrarse al juicio de responsabilidad es necesario verificar, **dependiendo de la faceta del servicio**, cuál fue el contenido obligacional en el que falló el Estado, a través de sus centros prestadores del servicio de salud públicos. Por esa razón, en primer lugar, resulta indispensable aclarar que las obligaciones de los profesionales de la salud en términos generales son de medios y no de resultado.

En este orden de ideas, independientemente de que al finalizar la atención no se haya logrado la curación efectiva y/o definitiva del paciente, o incluso aquel haya perdido la vida, lo **verdaderamente relevante es indagar si la prestación del servicio de salud, se suministró en forma eficiente, oportuna y de calidad**, además de determinar si se hizo uso de todos los mecanismos que estaban a su alcance al realizar el tratamiento para mejorar la salud del paciente, de acuerdo a la *lex artis ad hoc* y los protocolos médicos aplicables para el caso concreto. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado como sigue:

*“(…) Ha sido reiterada la jurisprudencia que apunta a señalar que **la práctica médica debe evaluarse desde una perspectiva de medios y no de resultados**, lo que lleva a entender que **el galeno se encuentra en la obligación de practicar la totalidad de procedimientos adecuados para el tratamiento de las diversas patologías puestas a su conocimiento, procedimientos que por regla general conllevan riesgos de complicaciones, situaciones que, de llegar a presentarse, obligan al profesional de la medicina al agotamiento de todos los medios a su alcance conforme a la lex artis para evitar daños mayores y, de así hacerlo, en ningún momento se compromete su responsabilidad, incluso en aquellos eventos en los cuales los resultados sean negativos o insatisfactorios para la salud del paciente, a pesar de haberse intentado evitarlos en la forma como se deja dicho. (…)**”²⁸ (Resaltado del Despacho)*

²⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-02010-01(41390).

²⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, del 03 de octubre de 2016, expediente 05001-23-31-000-1999-02059-01(40057), C.P Ramiro Pazos.

²⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, del 27 de enero de 2016, expediente 20001-23-31-000-2001-01559-01(29728), C.P Hernán Andrade.

En ese orden de ideas, el contenido obligacional en materia médico-asistencial se sustenta en el principio de confianza²⁹, la posición de garantía³⁰ y el fin de protección de la norma³¹, donde el fallador debe ubicarse en el lugar en el que se encontraba el médico al momento de atender al paciente para determinar las posibilidades con que contaba, y no cuestionar el suministro o no de algún servicio sin atender esa realidad material.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que uno de los principios generales del derecho es aquel que reza que *“nadie está obligado a lo imposible”*, así que resultaría ilógico y desproporcionado obligar indirectamente al médico a que sea infalible en todas las etapas del proceso de atención y que, además, tenga certeza absoluta de la efectividad de los procedimientos y medicamentos que suministre. Esta premisa también tiene sustento en la demarcación de los límites de la institución de la posición de garantía³² e incluso en la conceptualización de la teoría de la causalidad adecuada, donde no se considera constitutiva de responsabilidad la concreción de daños a partir de cursos causales atípicos o imprevisibles en razón de la esencia de aquella, que no es otra que las reglas de la experiencia.

Además, bajo la posición actual del órgano de cierre de esta jurisdicción, la **carga de acreditar el incumplimiento del contenido obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en cabeza del demandante**, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente a través de los medios probatorios autorizados por la ley, sin que exista tarifa legal al respecto; lo anterior sin restar relevancia al dictamen pericial, que aunque no puede tildarse de prueba preferente o única, por su carácter directo y científico puede llevar más adecuadamente a la convicción del Juez.

3.4. DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE GINECOOBSTETRICIA.

En el campo de la gineco-obstetricia, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha presentado diversas tendencias, pues inicialmente sostuvo que cuando se trataba de un embarazo normal, que no ha presentado complicación alguna durante todo el proceso de gestación, pero que se causa un daño durante el parto, la responsabilidad tiende a ser **objetiva**, por cuanto en ese evento surgía una obligación de resultado, bajo el entendido de que *“tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología”*³³.

²⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, del 29 de abril de 2015, expediente 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574), C.P Ramiro Pazos: “[...] La Sala interpreta ese derecho social [derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental] **no sólo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la lex artis**; debe traducirse por tanto, en que a quien en evidentes condiciones de debilidad, derivadas de la enfermedad que lo aqueja, acude en procura del servicio, se le brinde una atención de calidad que le permita tener las mejores expectativas de recuperar la salud.

Esa interpretación no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que debe entenderse como la garantía del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada. (...)”.

³⁰ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, 15 de octubre 2015, expediente 190012331000200300267-01(37.531), R. Pazos: “[...] Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante, como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia (...)”.

³¹ Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, pp. 348-350: “[...] En definitiva, el criterio de fin de protección de la norma de cuidado solo cobra sentido si se interpreta de manera correcta, ex ante, el deber objetivo de cuidado. Es decir debe admitirse que la actuación dentro del rol social obliga a un comportamiento diligente y adecuado, más aun cuando se personifica a una administración pública, especial contexto que ubica en los agentes del Estado el deber de avizorar claramente la finalidad de cada una de las normas que gobiernan su relación con los administrados dentro de esa relación institucional, para así evitar activar la responsabilidad que emerge de manera diáfana cuando su comportamiento se ubica por fuera de los postulados normativos, o no consulta con sus finalidades. (...)”.

³² Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, del 10 de noviembre de 2016, expediente 76001-23-31-000-2003-00707-01(33870), J. Santofimio: “[...] el núcleo de la imputación [con fundamento en la posición de garante] no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible (...)”.

³³ Consejo de Estado, Sentencia de 17 de agosto de 2000, Exp. No.12.123.

Luego, el precedente jurisprudencial estimó que el régimen de responsabilidad aplicable a tales asuntos debía gobernarse con fundamento en la **falla probada del servicio**, en cuya demostración jugaría un papel determinante la prueba indiciaria, a la cual el juez podía acudir de ser necesario³⁴.

Recientemente, el Consejo de Estado³⁵ ha venido sosteniendo que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye un **indicio 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. Sobre el particular, el Alto Tribunal indicó lo siguiente:

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

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

*“Sobre la posibilidad con que cuenta el juez de lo contencioso administrativo, de **derivar y estructurar indiciariamente la prueba de la imputación fáctica, en asuntos de responsabilidad médica**, la jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado en diversas oportunidades lo siguiente:*

*“En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por Marianella Sierra Jiménez haya tenido por causa la práctica de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. **En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'".** Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que*

³⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 14 de julio de 2005, Exp. No.15.276.

³⁵ Sentencia de 30 de agosto de 2017, Exp. No.43646.

de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejia de su hija, derivada de la falla médica.” (Negrillas del Despacho)

En consecuencia, para el Despacho es claro que el caso bajo estudio debe ser resuelto conforme a los hechos indicativos de la falla o de la correcta prestación del servicio, sin perjuicio de la valoración de la prueba indiciaria.

4.- CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso concreto reitera el Despacho que el problema jurídico que debe abordar en el presente asunto tiene que ver con determinar si hay lugar a declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por falla en la prestación del servicio médico que derivó en la muerte del nasciturus de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN el día 13 de diciembre de 2004.

En tal sentido y a efectos de abordar el problema jurídico planteado, el Despacho verificará si en el presente asunto se configuran los postulados que fundamentan la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, esto es, el daño y la imputación del mismo a la entidad demandada.

4.1.- Del daño antijurídico.

El daño, tal como se indicó en precedencia entendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, corresponde al menoscabo patrimonial y moral que se produjo a la parte demandante, el cual para que tenga vocación indemnizatoria debe revestir las características de ser cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente.

En el presente asunto, el daño que se alega en la demanda lo constituye la muerte perinatal del hijo de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN ocurrida el 13 de diciembre de 2004, el cual se demuestra con la historia clínica de la demandante (fls.270-296, 406-486 y 717-730), y el formato único de notificación de muertes maternas y perinatales del Instituto Seccional de Salud de Boyacá (fls.40-42, 110-112, 135-138).

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio del Despacho se encuentra plenamente acreditado el daño por la cual los demandantes pretenden se declare administrativamente responsable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

4.2. De la imputación de la responsabilidad.

Según lo ha entendido y explicado el Consejo de Estado, imputar - para nuestro caso - es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial de este último; la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que el mismo, es decir el deceso del nasciturus obedezca a la acción u omisión de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Precisado lo anterior, se procederá a estudiar la imputación en el caso concreto, acápiteme donde el Despacho dilucidará si existió una falla en el servicio médico atribuible a la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, durante la atención médica prestada a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN los días 07, 12 y 13 de diciembre de 2004.

En ese sentido, ha de señalarse que el juicio de imputación en el presente asunto se orienta a determinar si por parte del personal médico de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA que atendió a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN para los días 7, 12 y 13 de diciembre de 2004, se presentó un error en el diagnóstico, evento en el cual se deberá evaluar si por parte de los profesionales de la salud se utilizaron todos los recursos y los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado.

Para el efecto, en primera medida considera el Despacho pertinente reseñar que en el marco de la responsabilidad por actividad médico – asistencial, la carga de acreditar el incumplimiento del contenido obligacional, esto es, la falla en el servicio, radica en cabeza del demandante, quien debe demostrar que la atención fue tardía, deficiente o inexistente, a través de los medios probatorios autorizados por la ley, **sin que exista tarifa legal al respecto**, y sin desconocer que en materia de atención ginecobstetricia, es procedente la **valoración de la prueba indiciaria**.³⁶

De igual manera, resulta pertinente hacer referencia a la importancia de la historia clínica como elemento determinante para la práctica médica, en tanto documento de obligatorio diligenciamiento que acredita las condiciones de salud del paciente, así como los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención; al respecto, el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 1995 de 1999 respecto a las características de la historia clínica, señaló lo siguiente:

“Artículo 3. Características de la historia clínica. Las características básicas son: Integralidad: La historia clínica de un usuario debe reunir la información de los aspectos científicos, técnicos y administrativos relativos a la atención en salud en las fases de fomento, promoción de la salud, prevención específica, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, abordándolo como un todo en sus aspectos biológico, psicológico y social, e interrelacionado con sus dimensiones personal, familiar y comunitaria.

Secuencialidad: Los registros de la prestación de los servicios en salud deben consignarse en la secuencia cronológica en que ocurrió la atención. Desde el punto de vista archivístico la historia clínica es un expediente que de manera cronológica debe acumular documentos relativos a la prestación de servicios de salud brindados al usuario.

Racionalidad científica: Para los efectos de la presente resolución, es la aplicación de criterios científicos en el diligenciamiento y registro de las acciones en salud brindadas a un usuario, de modo que evidencie en forma lógica, clara y completa, el procedimiento que se realizó en la investigación de las condiciones de salud del paciente, diagnóstico y plan de manejo.

Disponibilidad: Es la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley.

³⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia de 23 de febrero de 2018, Exp. No.15000233100020080023501, M.P. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo

Oportunidad: Es el diligenciamiento de los registros de atención de la historia clínica, simultánea o inmediatamente después de que ocurre la prestación del servicio". (Negrillas del Despacho)

De igual forma, ha de señalarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha destacado la importancia que tiene la historia clínica dentro de los procesos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado, porque refleja fidedignamente lo que realmente ocurrió con la atención médica – hospitalaria suministrada al paciente, al tiempo que ha precisado su naturaleza jurídica y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos:

*"(...) Es de resaltarse que la historia clínica asentada en entidades públicas es un documento público, que da fe, desde el punto de vista de su contenido expreso, de la fecha y de las anotaciones que en ella hizo quien la elaboró (art. 264 del C. P. C.), y desde el punto de vista negativo, también da fe de lo que no ocurrió (...)"*³⁷ (Negrillas del Despacho)

Así las cosas, resulta de vital importancia que las historias clínicas sean diligencias de forma clara, fidedigna y completa, por cuanto a partir de ésta se puede establecer cuál fue la conducta o el comportamiento asumido por los médicos de la entidad demandada, respecto a la atención médica suministrada, en este caso, a la paciente ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN y así constatar si su actuación o proceder se ajustó o no a los cánones o a las exigencias médicas dispuestas para tales efectos.

De acuerdo a los elementos de prueba allegados al plenario, específicamente las historias clínicas aportadas al proceso, se encuentra acreditada la atención médica recibida cronológicamente por la demandante, así:

De acuerdo con el Carné Perinatal de la E.S.E. Santiago de Tunja visible a folio 14 del expediente, se establece que la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN asistió a controles prenatales los días **11 de mayo, 22 de julio, 24 de agosto, 28 de septiembre, 21 de octubre, 12 de noviembre, 25 de noviembre y 06 de diciembre de 2004.**

Igualmente, se observa que la demandante el 04 de mayo de 2004 se practicó ecografía pelvicaobstetrica cuyos resultados indicaron lo siguiente:

"UTERO: Central, en AVF, de bordes y contornos regulares, con presencia en la cavidad de una imagen anecogénica, redondeada, de bordes y contornos netos, ecogénicos con embrión único en su interior de 34 mms de longitud cráneo caudal, con actividad cardiaca positiva y movimientos activos.

(...) OPINION: Embarazo con saco gestacional único y embrión único vivo de 10.3 semanas +o-1."
(fl.15) (Negrillas del Despacho)

Así mismo, los días 25 de agosto y 26 de octubre de 2004, la accionante se practicó ecografía obstétrica, en las cuales se indicó como opinión *"Embarazo con feto único vivo de 26 semanas +o-2."* y *"Embarazo con feto único vivo de 34.0 semanas +o-3."*, respectivamente (fls.16-17).

- **HISTORIA CLÍNICA E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA (fls.18-25):**

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2007, expediente 15.178.

04/05/2004. Ecografía pélvica, vejiga normal, útero central en AVF, con embrión único en interior de 34 mm longitud cráneo caudal con actividad cardiaca + y movimientos activos; opinión: embarazo con saco gestacional único y embrión único vivo de 10.3 semanas +o-1 (...).

15/06/04. 1:30 pm. (...) Dx Gestación de 15 5/7 semanas, feto vivo (...)

22/07/2004. (...) ABD globoso por útero grávido AV: 20 cm. Feto único. transverso. FCF 162 Mov positivos 6.0 normal. Extrem + neuro sin alteraciones.

DX: Gestación 21 sem, feto vivo. (...)

28/09/2004. (...) MC: Control prenatal. Eco. Feto único, anatomía fetal normal, movimientos fetales positivos, placenta y líquido amniótico normal, edad gestacional 26.0 sem. Opinión gestación de 26.0 sem feto único vivo.

Dx. Gestación de 30 sem x eco y FUR. Feto único vivo. (...)

21/10/2004. (...) MC: Control prenatal. (...) Útero grávido aumentado de tamaño. AV 35 cm. FCF 148x', feto único, (...) Dx. Gestación de 34.4 semanas x FUR (...).

12/11/2004. (...) MC: Control Prenatal. (...) (ilegible)

25/11/2004. (...) MC: Control Prenatal. (...) (ilegible)

6/12/2004. (...) MC: CPN. (...) (ilegible)

7/12/2004. (...) MC: CPN. EA: Valorada ayer refería presentaba dolor pélvico ocasional. Fue valorada ayer en Clínica Santa Teresa donde no es aceptada por falta de disponibilidad de camas. Hoy refiere persistir dolor pélvico. (...). Plan: SS valoración x G-O en Hospital San Rafael."

- **HISTORIA CLÍNICA SANTA TERESA (fls.26-27)**

06/12/2004. MC: Paciente con embarazo a término de +/- 40 sem y no ha presentado contracciones, fue valorado por medico de consulta externa y solicita monitoreo fetal. (...) Plan: Monitoreo fetal.

Nota: Monitoreo fetal muestra SFA en el momento no hay camas en servicio de G/O se decide remitir al hospital San Rafael por el servicio de urgencias."

- **HISTORIA CLÍNICA E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA (fls.28-35, 406-486, 717-730):**

Ingreso: 07/12/2004. 11:14

Motivo Atención Médica: 11+15

Paciente de 38 años de edad con FUR: 20 Febrero, FPP: 1 Diciembre, EG: 41 semanas x FUR, 41 semanas por ECO (4 de mayo/04), (...) consulta por remisión del Centro de Salud San Antonio por un SFA?, actividad uterina irregular de +/- 6h de evolución con ausencia de movimientos fetales (...)

Examen físico: Alerta, conciente, con SV: FC: 88x', FR: 20x' T/A: 120/80 mmhg. C/C: Mucosa oral húmeda. C/P: Normal. Abdomen: grávido, Av: 29 cm. Feto único vivo, longitudinal, cefálico, dorso derecho, encajado, FCF: 160x', G/U: Genitales externos son alteración. Vagina NT/NE, cuello posterior duro, cerrado, fondo de saco libre. Extrem: Sin Edema. Neuro: Sin déficit.

*DX: 1. Embarazo 41 sem X FUR
2. G2 P1 Co V1
3. Feto único vivo longitudinal cefálico.
4. SFA?*

Plan: Monitoreo fetal.

Se recibe monitoreo fetal, con line de base +/-150, variabilidad adecuada, Movimientos Fetales (+). Monitoria Reactiva. Sin actividad uterina.

Plan: Salida con recomendaciones y signos de alarma."

Ingreso: 12/12/2004. 11:09

Diagnóstico de ingreso: Embarazo abdominal.

Motivo Atención Médica: "Tengo 42 sem y no he sentido contracciones"

Paciente Gestante G2 P1 V1 con FUR: 20 de Febrero, quien refiere completado el tiempo de gestación sin inicio de actividad uterina, niega amniorrea, niega expulsión de tapón mucoso, niega sangrado, muy fetales escasos, dolor hipogástrico (...).

Ex físico: Paciente alerta con SV: FC:30 TA: 110/70, T°: 36 C°

C/C: Mucosa oral húmeda

C/P: Normal

Abd: Globoso por útero grávido, con alt uterina 32 cm; FCF 135 x min; feto único vivo, longitudinal cefálico, G/U: al TV: cuello, duro, posterior, largo, cerrado. Ext; no edema, Nerual: sin déficit.

Plan: Hospitalizar."

Inicio de la Atención: 12/12/2004

Servicio: G/O (Ginecología)

Finalización de la Atención: 14/12/2004

Servicio: G/O (Ginecología)

Diagnóstico, Procedimientos y Tratamiento.

Diagnóstico Definitivo: 1) Embarazo de 42 semanas.

2) Óbito Fetal O 364.

Procedimiento Quirúrgico u Obstétricos: Atención de parto 0800

Tratamiento: hidratación, Analgesia, Oxitocicos.

Ordenamiento

Ingresa paciente gestante con FUR: 20 de febrero: G2 P1V1. Para Edad gestacional 41 5/7 semanas quien refiere no haber iniciado actividad uterina, Niega Amniorrea, Niega Expulsión de tapón mucoso, niega sangrado Movimientos fetales disminuidos, Niega Datos de vasoespasmo, Niega antecedentes patológicos y Quirúrgicos.

Examen Físico: paciente alerta con Signos vitales FC: 80, TA: 110/70, T°:36 C, Abdomen: Globoso por Utero Gravido con altura uterina de 32 cm, feto único vivo cefálico con FCF: 135 X minuto.

G/O: al tacto, cuello duro, posterior, largo cerrado, Ext: no edema, neurológico sin déficit aparente, se inicia inducción con oxitocina según protocolo día 13 se recibe llamado de enfermería quienes refieren inicio de actividad uterina, si no encontrarse frecuencia cardiaco fetal, se pasa a

monitoreo fetal donde es imposible detectar la frecuencia cardiaca fetal, por lo cual se ordena ecografía obstétrica de urgencia, encontrando Embarazo de 36 semanas, óbito fetal, ascitis fetal y Oligosminios; el día 13/IXII/2004 a las 13+40 se recibe recién nacido muerto sexo masculino con peso 3000 gr y talla 52 cm; con circular de cordón compresiva mecánico Grado II; alumbramiento de la placenta a los 15 minutos completa en Schwltz, desgarro perineal Grado II el cual se sutura con ostgut 2-0; paciente hospitalizada evoluciona adecuadamente; placenta y membranas ovulares se envía a patología por decisión de la paciente y los familiares no se envía feto a estudio anstomopstologico. Se da salida a paciente con orden de Bromocriptina para inhibición de lactancia materna y analgesia; con indicaciones de acudir a urgencias. DR. Carlos P. Ginecólogo y Obstetricia R.M. 15946/97. (...)

Ingreso:12/12/2004

Hora: 11:09:09

Diagnóstico de Ingreso: Embarazo Abdominal

Datos de la Atención de Urgencias.

Motivo Atención Medica: "Tengo 42 semanas y no he sentido contracciones".

Paciente gestante G2 P1 V1, con FUR: 20 de febrero quien refiere haber completado el tiempo de gestación sin inicio de actividad uterina, Niega amenorrea, niega expulsión de tapón mucoso, niega sangrado, Movimientos Fetales escasos; dolor hipogástrico a la desmulación disuria (-), Flujo vaginal escaso hialina lechosa resto de vasoespasmo: cables (-) epigastrilogia (-) fosfeno (-) tinutis (-); edema de Miembros Superior Inferior.

Antecedentes: patológico (-); Quirurgicos (-), Hospitalización anterior, TA: (-); ECO: menarquia 12 años ciclo 30x3, FUP: 15/Marzo/1994.

Antecedentes: madre HTA, padre cáncer de vejiga.

Ecografía 04/mayo/2004 EG: 10 semanas para hoy 41 semanas 5/7, ecografía 26/oct/2004, EG: 34 seman; feto único vivo peso: 2480 gr. Antecedentes de inducción de Trabajo de parto por parto prolongado.

Examen Físico:

Paciente alerta con signos vitales: FC: 80 TA: 110/70 T°: 36.C.

(...) Abdomen: Globoso por útero gravido; con altura uterina: 32cm, FCF: 135 x min, feto único vivo longitud cefálico (...)

Plan: Hospitalizar. (...)

ANOTACION DE ENFERMERÍA TERAPIA - NUTRICIÓN Y OTRAS.

Fecha:12/12/2004

Hora: 12:20

Ingresa paciente al consultorio de G/O con 42 semanas de Gestación. No presenta actividad uterina, la Hospitalizan para inducción (...)

Fecha:12/12/2004

Hora: 13h.

Paciente en unidad con IDX: embarazo 41 5/7 SG, niega actividad uterina (...)

Hora: 5+30 pm.

Se coloca goteo de oxitocina 2 unidades en 500 cc Dextrosa al 5% a 60 goteos por minuto.

Fecha:12/12/2004

Hora: 7:00 pm.

*Recibo paciente orientado, despierto con inducción sin actividad uterina, control de signos vitales.
(...)*

Fecha: 13/12/2004

Hora: 5+30

*Se atiende llamado de enfermería quienes refieren inicio de actividad uterina regular paciente refiere actividad uterina regular no amniurica, no sangrado; refiere dismunición de Movimientos Fetales. (...) **Plan:** 1) SS monitoreo fetal.*

Fecha:13/XII/2004

Hora: 6:00 am.

Se envió paciente a monitoreo.

Hora: 6+05

Llega paciente a sala de partos para realizarle Monitoreo fetal se le colocan los focos correspondientes pero no se escucha, no se encuentra fetocardia, la paciente manifiesta que no lo ha sentido mover, se avisa a la jefe quien refiere auscultó, pero no se escucha FCF. Se avisa al médico interno. (...)

Fecha: 13/12/2004

Hora: 6+45

Se recibe llamado de partos ya que no se percibe fetocardia; se comenta con especialista de turno Dr. Paredes; quien decide pasar paciente a ecografía de urgencias.

Nota: *No se encuentra libre de ecografía se sugiere comentar con especialista de turno. Dr. Carlos Paredes (...).*

Fecha: 13/12/2004

Hora: 7+15h am.

Se atiende llamado de enfermería en entrega de turno. Paciente con Diagnostico

1) Embarazo 40/s. Fur.

2) Óbito fetal ???

SS/ paciente hidratado, alerta, orientado; Movimientos fetales (...)

Plan: *se comenta en revista con dr Toro y no encontrar actividad cardiaca fetal, se solicita ecografía sin confirmar Obito fetal o descartarlo para continuar manejo. (...)*

Fecha: Dic/13/2004

Hora: 8:50

Ecografía obstetricia

Óbito fetal

Embarazo de 36 semanas

Ascitis fetal

Oligoamnios ILA 4 Cm. (...)

Fecha: 13/12/2004

Hora: 11+20h.

Se álgida llamada paciente actividades uterina regular en 10 40 sg. TV: D: 6m, B:90%, Ext: + 42 monitoreo integral.

Plan:

- 1. Traslado salas de partos.*
- 2. Control de trabajo de parto.*
- 3. Resto de órdenes iguales. (...)*

Fecha: 13/12/2004

Hora: 12:45

Ingresa paciente en camilla líquidos permeables. Paciente manifiesta que bebe está muerto, se coloca lactato de Ringer para reforzar contracciones 3/10 de suave intensidad. (...)

Fecha 13/12/2004

Hora: 1pm.

Recibo paciente acostado en camilla en trabajo de parto con fetocardia Negativa.

Hora: 1+30

Se pasa paciente a sala despierta con dilatación 9 cm.

Fecha 13/12/2004

Hora: 13+40h.

Nota Atención del parto

Previa asepsia y antisepsia de Región peritoneal, durante contracciones uterinas y con ayuda de compresión abdominal externa se obtiene RN (Recien Nacido) Muerto sexo masculino peso: 3000gr talla 52, con circular de cordón comprensiva, líquidos con meconio Grado II, alumbramiento a los 15 minutos placenta shultze completa, no revisión uterina, se satura desgarrado Grado II por planos con catgut 2/0 procedimiento sin complicaciones, sangrado escaso. (...)

Fecha 13/12/2004

Hora: 1+40 pm.

Nace niño de sexo masculino muerto circular apretada al cuello, mecanismo de grado III se liga cordón umbilical se talla y se pasa y se manda para el anfiteatro. El alumbramiento fue a las 15 minutos con presentación shathz completa, se aplica 10 unidades de Oxitocina 5 unidades IV y 5 unidades en 500 CC de lactato de Ringer. (...)

Fecha 13/12/2004

Hora: 15+30h.

Nota Turno.

Se comenta posible causa de Muerte con madre y familiar, se comenta posibilidad de enviar a estudios Anatomopatología al Recien Nacido Muerto sexo Masculino. La cual no es aceptada por tal motivo solo se envía placenta para marcada estudio se entrega certificación defunción. (...)"

Como se advierte, de acuerdo con lo consignado en las historias clínicas se evidencian las siguientes particularidades respecto a la atención médica prestada a la demandante para los días 7, 12 y 13 de diciembre de 2004:

- i) En primera medida el embarazo de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN transcurrió con **normalidad**, pues no se advirtió afectación alguna a su estado de salud ni la de su bebé durante el periodo de gestación, con **ocho (8) controles** registrados en el Carné Perinatal (11 de mayo, 22 de julio, 24 de agosto, 28 de septiembre, 21 de octubre, 12 de noviembre, 25 de noviembre y 06 de diciembre de 2004) (fl.14).
- ii) La paciente ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA el día **07 de diciembre de 2004** con 41 semanas de embarazo, remitida de la CLÍNICA E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA con indicación de **sufrimiento fetal agudo (SFA), actividad uterina irregular y ausencia de movimientos fetales.**

- iii) Teniendo en cuenta lo anterior, se le practicó un **monitoreo fetal**, el cual, según el médico tratante, arrojó como resultado **variabilidad adecuada, movimientos fetales (+), monitoria reactiva**, sin actividad uterina; ordenando la salida de la paciente con recomendaciones y signos de alarma.
- iv) Posteriormente, el **12 de diciembre de 2004**, la paciente regresa a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA con 42 semanas de embarazo, refiriendo haber cumplido el tiempo de gestación sin haber iniciado actividad uterina y con **escasos movimientos fetales**. Al examen físico se encontró abdomen globoso por útero grávido, **feto único vivo y longitud cefálico**. Se ordenó su hospitalización para inducción del parto para lo cual se le suministró oxitocina y dextrosa.
- v) Luego, el **13 de diciembre de 2004** la paciente inicia actividad uterina regular y refiere **disminución de movimientos fetales**, por lo que se ordena **monitoreo fetal** en el cual, una vez practicado, **no se percibe actividad o frecuencia cardiaca fetal (fetocardia)**, razón por la cual se dispuso pasar a la paciente a ecografía de urgencia para confirmar o descartar óbito fetal.
- vi) El 13 de diciembre de 2004, a la 1:40 p.m., durante el parto de la paciente nace niño de sexo masculino muerto, con circular de cordón umbilical apretada al cuello y líquidos con meconio.

Con base en la anterior reseña, se evidencia que desde su primer ingreso a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN puso en conocimiento de los galenos la ausencia o disminución de movimientos fetales, circunstancia que obligaba a los médicos tratantes a desplegar todos los procedimientos o exámenes tendientes a establecer el estado de salud en el que realmente se encontraba el nasciturus, más aún cuando la paciente contaba con 41 semanas de embarazo, no presentaba actividad uterina, y no evidenciaba anomalía o dificultad alguna durante la evolución del embarazo.

Ahora, de acuerdo con la historia clínica de la accionante, se observa que en efecto el día 07 de diciembre de 2004 le fue practicado un monitoreo fetal, el cual en criterio del médico tratante arrojó como resultados **variabilidad adecuada, movimientos fetales (+) y monitoria reactiva**; razón por la cual, en dicha fecha se ordenó la salida de la paciente con recomendaciones y signos de alarma.

En este punto ha de precisarse que dentro del proceso fue decretado y practicado dictamen pericial a petición de la parte demandante, el cual tenía por objeto, entre otros, establecer a partir de la historia clínica la oportunidad e idoneidad del manejo clínico dado a la paciente ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN en los centros asistenciales donde fue atendida, y determinar específicamente si existió impericia, errores u omisiones por parte de los profesionales de la salud de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

Dicha experticia fue rendida el 15 de octubre de 2021 (Índice 254 Samai) por el Médico Obstetra y Ginecólogo José Fernando Celades Hernández, docente y coordinador del área de Salud de la Mujer (Ginecología y Obstetricia) de la Universidad del Quindío, y miembro de la Asociación Quindiana de Obstetricia y Ginecología -AQOG-, la cual fue objeto de contradicción

en la audiencia de pruebas celebrada el 10 de noviembre de 2021 (Índice 263 Samai), prueba pericial en donde respecto a los interrogantes planteados, se concluyó lo siguiente:

- **Oportunidad e idoneidad de manejo clínico dado a la paciente en los centros asistenciales donde fue atendida.**

“CLINICA SANTA TERESA LTDA.

Dicha Institución prestadora de servicios de salud evalúa a la señora Ana Isabel Ortega Santiesteban el día 6 de diciembre de 2004 y le realiza el siguiente monitoreo fetal electrónico:

*(...) Monitoreo del cual **diagnóstica que se trata de un SFA (Sufrimiento fetal agudo)**, y menciona que no puede ser atendida allí, puesto que “no hay camas en ginecobstetricia”, se remite a la ESE Hospital San Rafael.*

*En primer lugar, es cierto que la monitorización electrónica es anormal, con una **desaceleración en la frecuencia cardíaca fetal** en el trazado que dura más de dos minutos por debajo de 120 por minuto (tope inferior normal), lo cual bien puede efectivamente corresponder a un **“feto en sufrimiento”**, más técnicamente con un estado fetal insatisfactorio por una hipoxia (falta de oxígeno) y estado ácido básico alterado, o que por lo menos **obligaba a realizar otros paraclínicos de vigilancia fetal** para descartar o corroborar dicha situación fetal, pero si la institución consideraba que el trazado de monitoreo fetal era de un SUFRIMIENTO FETAL, este evento cuando existe **no solo puede ocasionar grave daño neurológico sino la muerte a un feto, y requiere cuando se diagnóstica tomar medidas inmediatas de reanimación fetal intrauterina y la extracción fetal a través de una cesárea, (...).***

E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.

En dicha institución la oportunidad e idoneidad en la atención de la señora ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN fue pobre, con elevados niveles de negligencia, impericia, imprudencia y violación de protocolos.

- *Para la época de consulta remitida desde su ESE de control prenatal el día 7 de diciembre de 2004, efectivamente tenía la paciente ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN cumplidas 41 semanas de embarazo, la lex Artis de la medicina obstétrica recomendaba ingresar las pacientes a las instituciones de salud para iniciar el proceso de desembarazar ante el no inicio espontaneo del trabajo de parto, igual indicación lo tenía la norma vigente de atención de embarazo **resolución 412 de 2000 Minsalud** que disponía:*

*“Se les debe recomendar a las gestantes de bajo riesgo que no hayan tenido su parto al cumplir la semana 41, asistir en esa fecha directamente a la institución de salud previamente definida para su atención del parto, para su **remisión inmediata a un especialista en obstetricia para valoración y terminación del embarazo**”*

*Lo cual establece la obligación correlativa en el nivel que recibe de valoración médica especializada y hospitalización para plan de desembarazar, y no solo **no aparece en la historia clínica que el 7 de diciembre un médico especialista en obstetricia haya valorado la paciente Ortega Santiesteban o emitido concepto, sino que se envía a casa.***

- *No se valora el nivel de riesgo por edad, periodo intergenésico y especialmente por la **anormal ganancia de peso**, factores de riesgo que son no solo de valorar en el control*

prenatal sino cuando las gestantes ingresan a una institución al finalizar el embarazo o en trabajo de parto.

- La gestante ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN presentaba una **queja repetida de disminución de movimientos del feto**, anotada con una flecha invertida en el carne de control prenatal en su último control prenatal (carné que toda institución que atienda partos o donde ocurra la finalización del embarazo está obligada a revisar puesto que, constituye la historia de vida del embarazo), **queja que verbalizó mencionando ausencia de movimientos fetales el 7-12-04**, lo cual en algunos casos puede ocurrir por sueño, sedación por algunos medicamentos, pero también puede acompañar a los fetos con disminución de oxígeno y en condiciones comprometidas, y por ser esta última la condición de riesgo, **ello obligaba a una cuidadosa evaluación fetal**, y si bien no se encuentra anotado en la historia clínica que el médico de la ESE Hospital San Rafael de Tunja ese 7 de diciembre haya conocido lo anormal de la monitorización fetal del día previo en la Clínica Santa Teresa Ltda., no debe olvidarse que le **llega remitida el 7 de diciembre desde la E.S.E del control prenatal con diagnóstico de SFA (Sufrimiento fetal agudo)** interrogado, y que **el mismo médico de la ESE Hospital San Rafael de Tunja vuelve a hacer ese diagnóstico, no siendo evidenciado en la historia clínica que haya sido valorada por un médico especialista en obstetricia y ginecología. Médico del servicio de urgencias que ordena un monitoreo fetal electrónico, gráfica siguiente: (...)**

Monitoreo fetal electrónico que el médico reporta como reactivo con variabilidad adecuada, es decir normal. Interpretación que es errónea, la variabilidad en el trazado de monitorización fetal esta notablemente disminuida (anormal), no superando en general los 5 latidos minuto a minuto, lo cual indicaba y más en una paciente con 41 semanas de embarazo, queja de ausencia o disminución de movimientos del feto y remisión como sufrimiento fetal agudo interrogado, la realización de un examen de vigilancia fetal que descartara el compromiso fetal o lo mostrara o condiciones anormales indicadoras de terminar un embarazo como lo es la disminución del líquido amniótico : oligohidramnios. Examen que sin lugar a dudas estaba indicado en la paciente y era un perfil biofísico ecográfico. De manera que la señora gestante Ortega Santiesteban el día 7 de diciembre de 2004 fue más evaluada, el paraclínico tomado mal interpretado y se omitió hacerle un examen de vigilancia fetal que permitiera definir el real estado de salud de su feto. (...)

- El día **12-12-04** la paciente reconsulta a la institución, ahora con 41 semanas 5 días, **manifestando movimientos fetales escasos, es decir, la queja de no actividad fetal persiste, y en adición tiene una edad de embarazo -41 semanas 5 días-** donde algunos embarazos pueden tener líquido amniótico disminuido, disminución que inicia en los embarazo alrededor de la semana 38 (pico más alto) con niveles más bajos de líquido a las semanas 42-43, y que puede conllevar más fácil compresión del cordón umbilical, alteraciones de la monitorización fetal, disminución de la oxigenación fetal cuando esa compresión del cordón umbilical se hace repetida y expulsión de meconio con riesgo de aspiración a la vía aérea fetal en algunos casos, **sin embargo, se ordena un plan de desembarazar usando un medicamento uterotónico (para producir contracciones uterinas) sin realizar un examen de vigilancia fetal, absolutamente indicado en las condiciones previas de la paciente.**
- Y como **situaciones absolutamente contrarias a lo dispuesto en los manuales de manejo de la obstetricia, de las guías de manejo, de la lex artis para una atención de embarazada de alta calidad o por lo menos normal:**

- Después del ingreso el día 12 de diciembre de 2004 a las 11:09 horas hasta el momento de encontrarse el feto muerto día 13 de diciembre a las 5-6 de la mañana **no aparece una nota médica o de enfermería que reporte la frecuencia cardíaca fetal**, lo cual es mandatorio vigilar cuando se coloca una inducción del trabajo de parto.
 - No se encuentra un formato o por lo menos un seguimiento en la historia clínica de **cómo se manejó el goteo de oxitocina**, como se aumentó, que actividad uterina desencadenó, lo cual se debe hacer cada X número de horas de acuerdo a protocolos institucionales o de sociedades científicas.
 - No existe después del ingreso el día 12 de diciembre de 2004 a las 11:09 horas hasta el momento de encontrarse el feto muerto día 13 de diciembre a las 5-6 de la mañana, una nota de evaluación médica, siendo una obligación la vigilancia médica y no de auxiliares de enfermería que hacen cortos e incompletos reportes del estado de la paciente y ninguno del feto.
 - A excepción de una lacónica nota de enfermería de las 7 pm., **No es posible dilucidar si** entre las 5:20 pm del día 12 de diciembre de 2004 y el momento del hallazgo del feto muerto, **el uterotónico -oxitocina- indujo contracciones uterinas, las cual puede ocasionar lesión fetal o muerte en un feto en condiciones ya comprometidas en su oxigenación y perfusión y que pueden ser detectas y corregidas con una adecuada vigilancia médica.**” (Resaltado del Despacho)
- **Se determine si existió impericia, errores u omisiones en cabeza de los profesionales de la salud dependientes de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja.**

“Si existieron omisiones, impericia, imprudencia, errores, negligencia y violación de guías de manejo, Lex Artis médica o protocolos en el actuar de los profesionales de salud dependientes de la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja.

- **Para la época de consulta remitida desde su ESE de control prenatal el día 7 de diciembre de 2004, efectivamente tenía la paciente ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN cumplidas 41 semanas de embarazo, la lex Artis de la medicina obstétrica recomendaba ingresar las pacientes a las instituciones de salud para iniciar el proceso de desembarazar ante el no inicio espontaneo del trabajo de parto, igual indicación lo tenía la norma vigente de atención de embarazo resolución 412 de 2000 Minsalud que disponía:**

“Se les debe recomendar a las gestantes de bajo riesgo que no hayan tenido su parto al cumplir la semana 41, asistir en esa fecha directamente a la institución de salud previamente definida para su atención del parto, para su remisión inmediata a un especialista en obstetricia para valoración y terminación del embarazo”

Lo cual estable la obligación correlativa en el nivel que recibe de valoración médica especializada y hospitalización para plan de desembarazar, y no solo no aparece en la historia clínica que el 7 de diciembre un médico especialista en obstetricia haya valorado la paciente Ortega Santiesteban o emitido concepto, sino que se envía a casa.

- **No se valora el nivel de riesgo por edad, periodo intergenésico y especialmente por la anormal ganancia de peso, factores de riesgo que son no solo de valorar en el control**

prenatal sino cuando las gestantes ingresan a una institución al finalizar el embarazo o en trabajo de parto.

- *La gestante ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN presentaba una **queja repetida de disminución de movimientos del feto**, anotada con una flecha invertida en el carne de control prenatal en su último control prenatal (carne que toda institución que atienda partos o donde ocurra la finalización del embarazo está obligada a revisar puesto que, constituye la historia de vida del embarazo), queja que verbalizó mencionando ausencia de movimientos fetales el 7-12- 04, lo cual en algunos casos puede ocurrir por sueño, sedación por algunos medicamentos, pero también puede acompañar a los fetos con disminución de oxígeno y en condiciones comprometidas, y por ser esta última la condición de riesgo, **ello obligaba a una cuidadosa evaluación fetal**, y si bien no se encuentra anotado en la historia clínica que el médico de la ESE Hospital San Rafael de Tunja ese 7 de diciembre haya conocido lo anormal de la monitorización fetal del día previo en la Clínica Santa Teresa Ltda., no debe olvidarse que le **llega remitida el 7 de diciembre desde la E.S.E del control prenatal con diagnóstico de SFA (Sufrimiento fetal agudo)** interrogado, y que el mismo médico de la ESE Hospital San Rafael de Tunja vuelve a hacer ese diagnóstico, no siendo evidenciado en la historia clínica que haya sido valorada por un médico especialista en obstetricia y ginecología. Médico del servicio de urgencias que ordena un monitoreo fetal electrónico, el cual muestra: (...)*

*Monitoreo fetal electrónico que el médico reporta como reactivo con variabilidad adecuada, es decir normal. **Interpretación que es errónea, la variabilidad en el trazado de monitorización fetal esta notablemente disminuida (anormal)**, no superando en general los 5 latidos minuto a minuto, lo cual indicaba y más en una paciente con 41 semanas de embarazo, queja de ausencia o disminución de movimientos del feto y remisión como sufrimiento fetal agudo interrogado, la realización de un examen de vigilancia fetal que descartara el compromiso fetal o lo mostrara o condiciones anormales indicadoras de terminar un embarazo como lo es la disminución del líquido amniótico : oligohidramnios. Examen que sin lugar a dudas estaba indicado en la paciente y era un perfil biofísico ecográfico. De manera que **la señora gestante Ortega Santiesteban el día 7 de diciembre de 2004 fue más evaluada, el paraclínico tomado mal interpretado y se omitió hacerle un examen de vigilancia fetal que permitiera definir el real estado de salud de su feto.** (...)*

- *El día 12-12-04 la paciente reconsulta a la institución, ahora con 41 semanas 5 días, manifestando movimientos fetales escasos, es decir, **la queja de no actividad fetal persiste, y en adición tiene una edad de embarazo -41 semanas 5 días-** donde algunos embarazos pueden tener líquido amniótico disminuido, disminución que inicia en los embarazo alrededor de la semana 38 (pico más alto) con niveles más bajos de líquido a las semanas 42-43, y que puede conllevar más fácil compresión del cordón umbilical, alteraciones de la monitorización fetal, disminución de la oxigenación fetal cuando esa compresión del cordón umbilical se hace repetida y expulsión de meconio con riesgo de aspiración a la vía aérea fetal en algunos casos, **sin embargo, se ordena un plan de desembarazar usando un medicamento uterotónico (para producir contracciones uterinas) sin realizar un examen de vigilancia fetal**, absolutamente indicado en las condiciones previas de la paciente.*
- *Y como **situaciones absolutamente contrarias a lo dispuesto en los manuales de manejo de la obstetricia, de las guías de manejo, de la lex artis** para una atención de embarazada de alta calidad o por lo menos normal:*

- Después del ingreso el día 12 de diciembre de 2004 a las 11:09 horas hasta el momento de encontrarse el feto muerto día 13 de diciembre a las 5-6 de la mañana no aparece una nota médica o de enfermería que reporte la frecuencia cardíaca fetal, lo cual es mandatorio vigilar cuando se coloca una inducción del trabajo de parto.
- No se encuentra un formato o por lo menos un seguimiento en la historia clínica de cómo se manejó el goteo de oxitocina, como se aumentó, que actividad uterina desencadenó, lo cual se debe hacer cada X número de horas de acuerdo a protocolos institucionales o de sociedades científicas.
- No existe después del ingreso el día 12 de diciembre de 2004 a las 11:09 horas hasta el momento de encontrarse el feto muerto día 13 de diciembre a las 5-6 de la mañana, una nota de evaluación médica, siendo una obligación la vigilancia médica y no de auxiliares de enfermería que hacen cortos e incompletos reportes del estado de la paciente y ninguno del feto.
- A excepción de una lacónica nota de enfermería de las 7 pm., No es posible dilucidar si entre las 5:20 pm del día 12 de diciembre de 2004 y el momento del hallazgo del feto muerto, el uterotónico -oxitocina- indujo contracciones uterinas, las cual puede ocasionar lesión fetal o muerte en un feto en condiciones ya comprometidas en su oxigenación y perfusión y que pueden ser detectas y corregidas con una adecuada vigilancia médica.” (Negrillas del Despacho)

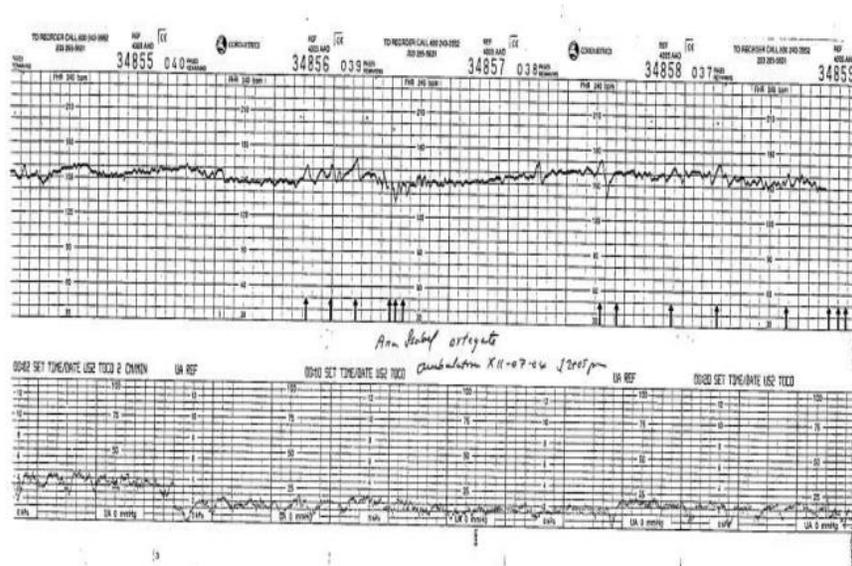
A partir de las anteriores consideraciones el perito concluyó que “Si bien se observan yerros en el manejo del embarazo en el control prenatal en la ESE Santiago de Tunja y en la valoración que tuvo la gestante en la Clínica Santa Teresa Ltda., estos pueden haber contribuido de alguna manera al mal resultado fetal final, pero no fueron determinantes, puesto que, la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN ingresa a la E.S.E. San Rafael de Tunja con feto vivo los días 7 y 12 de diciembre de 2004, en contrario, **las actuaciones descuidadas, imperitas, y violadoras de la Lex artis médica del embarazo de esta última institución de salud, constituyen causa suficiente para la obtención del resultado negativo de muerte fetal en el caso clínico de la litis.**” (Resaltado del Despacho)

En ese sentido, a partir de las conclusiones del dictamen pericial rendido dentro del proceso, las cuales fueron sometidas a contradicción en la audiencia de pruebas llevada a cabo con tal fin, lo cual es corroborado con lo consignado en la historia clínica, para el Despacho es claro que en el asunto *sub examine* se presentó una falla médica derivada inicialmente de un error en la valoración prestada en el servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN el día 07 de diciembre de 2004, la cual se concretó puntualmente en que si bien es cierto el médico tratante le ordenó la práctica de un monitoreo fetal, también lo es que interpretó equivocadamente los resultados del mismo como normales, es decir, no advirtió, en términos del perito, que “la variabilidad en el trazado de monitorización fetal esta notablemente disminuida (anormal)”; circunstancia que confirmaría la disminución de movimientos del feto y el sufrimiento fetal agudo (SFA), situaciones manifestadas por la demandante en el motivo de la consulta, y registradas en la remisión hecha por la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA.

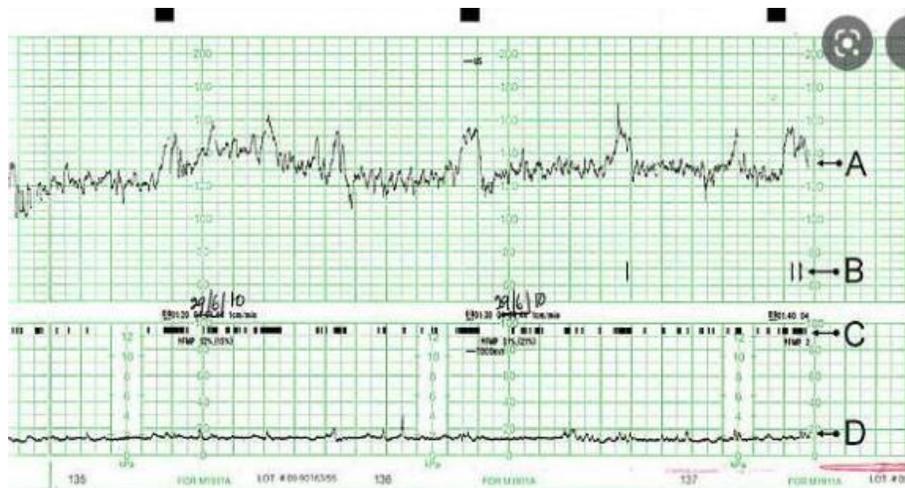
En este punto de la discusión, adquiere relevancia para el Despacho la ilustración hecha por el perito en el sentido de comparar la gráfica del monitoreo fetal electrónico ordenado y

practicado a la demandante el 07 de diciembre de 2004, con otro traído a colación a manera de ejemplo, pero con variabilidad normal, así:

GRAFICA MONITOREO FETAL DEMANDANTE (ANORMAL):



GRAFICA MONITOREO FETAL NORMAL - EJEMPLO:



A partir de la anterior comparación, se resalta y se evidencia la conclusión arribada por el perito respecto a la lectura o interpretación errónea dada por el médico tratante al resultado del monitoreo fetal practicado a la demandante el día 07 de diciembre de 2004, el cual demostraba una variabilidad en el trazado de monitorización notablemente disminuido (anormal).

Dicha lectura errónea del monitoreo fetal impidió que se le practicaran a la paciente otros exámenes, pruebas, procedimientos, valoraciones por medicina especializada, etc, que permitieran establecer con certeza la condición o estado de salud real en el que se encontraba el hijo de la señora ORTEGATE SANTIESTEBAN para el día 07 de diciembre de 2004, y de contera establecer oportunamente el tratamiento médico idóneo a seguir, teniendo en cuenta las semanas de embarazo de la paciente, la poca actividad fetal y el probable sufrimiento fetal agudo (SFA).

Así, en relación con el procedimiento médico que se debió seguir en el caso de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, el perito señaló lo siguiente:

*“- Para la época de consulta remitida desde su ESE de control prenatal el día **7 de diciembre de 2004**, efectivamente tenía la paciente ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN cumplidas **41 semanas de embarazo**, la lex Artis de la medicina obstétrica recomendaba ingresar las pacientes a las instituciones de salud para iniciar el **proceso de desembarazar ante el no inicio espontaneo del trabajo de parto**, igual indicación lo tenía la norma vigente de atención de embarazo resolución 412 de 2000 Minsalud que disponía:*

“Se les debe recomendar a las gestantes de bajo riesgo que no hayan tenido su parto al cumplir la semana 41, asistir en esa fecha directamente a la institución de salud previamente definida para su atención del parto, para su remisión inmediata a un especialista en obstetricia para valoración y terminación del embarazo”

*Lo cual establece la obligación correlativa en el nivel que recibe de **valoración médica especializada y hospitalización para plan de desembarazar**, y no solo no aparece en la historia clínica que el 7 de diciembre un médico especialista en obstetricia haya valorado la paciente Ortega Santiesteban o emitido concepto, sino que se envía a casa.*

*- En la ESE Hospital San Rafael de Tunja, el 7-12-04 hospitalización para proceso de desembarazar, y realización de una **prueba de vigilancia fetal adecuada, bien un perfil biofísico ecográfico³⁸ o en carencia de la anterior una prueba de tolerancia a las contracciones.**” (Negrillas del Despacho)*

En conclusión, en cuanto al servicio prestado a la demandante por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA el día **07 de diciembre de 2004**, encuentra probado el Despacho que se presentó una falla en el servicio, pues ante el tiempo de embarazo de la señora ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN (41 semanas), la irregular actividad uterina, los síntomas manifestados por ella en la consulta (disminución o ausencia de movimientos fetales) y las observaciones registradas en las historias clínicas de la E.S.E. Santiago de Tunja y Clínica Santa Teresa (sufrimiento fetal agudo), los galenos de la entidad demandada debieron haber ordenado inmediatamente la valoración de la paciente por la especialidad de obstetricia, su hospitalización y la realización de pruebas de vigilancia fetal. No obstante, se reitera que en dicha atención únicamente se le practicó un monitoreo fetal, cuyos resultados fueron interpretados equivocadamente como normales por el médico tratante, y a partir de los mismos se ordenó la salida de la paciente.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la atención médica prestada a la demandante el día **12 de diciembre de 2004**, se encuentra demostrado que la paciente regresó en dicha fecha a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por haber cumplido 42 semanas de embarazo y no haber iniciado actividad uterina, además de **reiterar los escasos movimientos fetales**. Sin embargo, pese a la manifestación de la paciente y a los antecedentes por los cuales había consultado el 07 de diciembre anterior, no se le practicó ninguna prueba de vigilancia fetal, ordenándose únicamente su hospitalización para inducción del parto y el suministro de oxitocina y dextrosa. Solamente hasta el **13 de diciembre de 2004**, cuando la paciente inició actividad uterina regular y **refirió una vez más la disminución o ausencia de movimientos fetales**, fue que se le ordenó un monitoreo fetal, el cual, una vez practicado, no evidenció actividad o frecuencia cardiaca fetal (fetocardia), disponiéndose enseguida la

³⁸ “El perfil biofísico ecográfico es un examen de vigilancia fetal que valora cuatro ítems: 1. Tono fetal, 2. Movimientos gruesos de flexión y extensión, 3. Movimientos respiratorios fetales, 4. Índice de líquido amniótico. Dando a cada ítem 2 puntos y siendo óptimo de 8/8”

práctica de una ecografía obstétrica de urgencia para confirmar o descartar un óbito fetal, la cual arrojó los siguientes hallazgos:

*“Se encuentra **óbito fetal.***

No se documenta actividad cardiaca.

El feto se encuentra en deflexión del tronco y cabalgamiento de las tablas craneanas. Hay ascitis fetal.

La placenta es de inserción fúndica – posterior con ILA de 4.

Los parámetros biométricos encontrados son:

Perímetro cefálico 30.1 cm

Perímetro abdominal 32.8 cm.

Longitud femoral 6.9 cm. Para una edad gestacional de 36 semanas.” (fl.36) (Negrillas del Despacho)

Las anteriores circunstancias que se corroboran con la historia clínica de la paciente y con el dictamen pericial decretado, evidencian una segunda falla en la prestación del servicio médico por parte de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, esta vez derivada de la atención prestada a la demandante el día 12 de diciembre de 2004. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la paciente regresó a la institución hospitalaria con **42 semanas de embarazo sin haber iniciado actividad uterina y reiterando la disminución o ausencia de movimientos fetales**; sin embargo, si bien en esta oportunidad se ordenó su hospitalización para inducción del parto, no se dispuso ningún examen, prueba, procedimiento o valoración frente a la reiterada manifestación de escasos de movimientos fetales. Únicamente hasta el día siguiente -13 de diciembre de 2004-, luego de haber iniciado actividad uterina y de reiterar una vez más la disminución de movimientos fetales, es que los galenos ordenaron practicarle a la demandante un monitorio fetal, en cuyos resultados **no se evidenció actividad o frecuencia cardiaca fetal (fetocardia)**.

Ahora, en cuanto a la atención médica que se debió brindar a la demandante el día 12 de diciembre de 2004, el perito manifestó que se debieron haber practicado **“como mínimo pruebas de vigilancia fetal (monitoreo fetal electrónico y perfil biofísico ecográfico) previas a la inducción del trabajo de parto con oxitocina, ante hallazgos de normalidad iniciar proceso de desembrazar, definiendo cada cuanto (usualmente no mayor a 2 horas) se hará vigilancia materno fetal por médico y los registros pertinentes, repetir la monitorización fetal una vez se tuvieran contracciones uterinas para evaluar tolerancia fetal a las mismas y estricto seguimiento clínico de la madre y feto por todo el equipo de salud.”** (Negrillas del Despacho); no obstante, de acuerdo a lo registrado en la historia clínica de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, no se le practicaron pruebas previas a la inducción del parto, sino que el monitoreo fetal se le practicó con posterioridad, esto es, hasta el 13 de diciembre de 2004 y ante la reiterada manifestación de la paciente de no sentir movimientos fetales.

Finalmente, se registra en la historia clínica que el día **13 de diciembre de 2004**, a la 1:40 p.m. durante el parto de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN nació un niño de sexo masculino, con **cordón umbilical apretado al cuello y líquidos con meconio**. Conforme a lo informado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dicha institución no practicó autopsia médico legal al menor hijo de los señores DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES y ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN (fl.565).

No obstante lo anterior, al expediente se allegó el siguiente informe patológico emitido por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA:

“PLACENTA

Idx: Óbito fetal.

DESCRIPCIÓN MACROSCÓPICA.- Se recibe placenta discoide aumentada de tamaño que peso 550 gramos y mide 19 x 17 x 3 centímetros. Por la cara fetal se reconoce cordón umbilical de inserción paracentral que mide 50 centímetros de longitud por 1.2 centímetro de espesor, al corte presenta tres estructuras de aspecto vascular. Las membranas son opacas de color amarillo verdoso. Por la cara materna se reconocen cotiledones completos de color rojizo y aspecto carnosos que a los cortes seriados presentan severa congestión. Se procesan cortes así bloque A: Cordón, bloque B: Membranas, bloques C1 a C3: Cotiledones.

DIAGNÓSTICO: - PLACENTA DEL TERCER TRIMESTRE CON:

- INMADUREZ PARA LA EDAD GESTACIONAL*
- CORANGIOSIS MASIVA.*
- CORDON UMBILICAL Y MEMBRANAS CORIOAMNIOTICAS. SIN CAMBIOS PATOLOGICOS.”*
(fls.39, 290, 296).

Frente a los resultados del anterior informe, en el escrito de alegatos de conclusión el apoderado de la entidad demandada señaló lo siguiente:

*“Se encuentra en la historia clínica, reporte de patología (folio 123 del expediente) de la placenta obtenida durante la atención del parto de la señora ANA ISABEL ORTEGA, en las que se informa que era una placenta inmadura para la edad gestacional y que presentaba una CORANGIOSIS MASIVA (hipervascularidad vellosa capilar placentaria), patología que ocurre raramente en gestaciones normales y consiste en un cambio placentario a nivel capilar vellosos y que se relaciona con la hipoxia fetal. LA CORANGIOSIS PLACENTRIA se asocia con maduración vellosa retrasada, trisomías, nudos de cordón, abruptos de placenta, predamsia entre otras, de modo que **la asociación de esta condición obstétrica aparentemente aguda, puede ser la causa de muerte intrauterino** (Corangiosis Placentaria como causa de mortalidad perinatal; Gallo Jose Luis; Navarro M Martines de la Osa Proc. Diagn. Trat Prenat (ed Impresa) 18 (1:37 a 40, Enero – marzo 2006 ilus código IBECS: IBC 054142.” (Negrillas del Despacho) (Índice 266 Samai)*

Por su parte, en el acápite del dictamen pericial denominado “Los demás aspectos que el perito considere relevantes para establecer la idoneidad del tratamiento recibido y su incidencia en el deceso del recién nacido en torno al cual se origina la litis”, el perito señaló lo siguiente:

“Existen dos elementos importantes en la valoración del caso clínico que origina la litis:

*1. El **hallazgo del cordón umbilical fetal compresivo en el cuello del feto muerto**. Este hallazgo es **infrecuente como causa de muerte fetal, pero es posible**. Las circulares de cordón umbilical al cuello fetal son muy comunes, se presentan en 5 casos de cada 10 partos atendidos y la casi totalidad son circulares laxas, que **no implican riesgo para el feto neonato y se reducen fácilmente y muy excepcionalmente pueden ser apretadas y ocasionar la muerte fetal**. No son fáciles de diagnosticar por ecografía como circulares al cuello que impliquen riesgo, ejm nudos verdaderos, siendo posible ver la circular pero difícil definir el riesgo, y la literatura especializada menciona que en general su visualización ecográfica no cambia el manejo de las gestantes ni es indicación de cesárea por no implicar usualmente riesgo y ser muy comunes en muchos partos como ya se expuso inicialmente. **La circular al cuello que se aprieta puede ocasionar la***

muerte, y ello no es predecible ni prevenible en un buen número de casos, en otros muestra en el monitoreo fetal electrónico alteraciones consistentes en caídas de la frecuencia cardíaca fetal por debajo de su valor basal, con cierta similitud a la que se observa en el monitoreo fetal electrónico el día 6 de diciembre de 2004 realizado a la señora Ortega Santiesteban. En concepto de este perito, la autopsia fetal (no realizada) indicando la muerte fetal por la circular de cordón al cuello sería la única prueba de ser esta la causa, y la prueba de no haberse reflejado en anomalías de la frecuencia cardíaca fetal y por ende no ser posible haberla detectado el equipo de salud, sería la vigilancia fetal con una monitorización óptima biofísica (perfil biofísico ecográfico y/o monitorización fetal electrónica normales), lo cual brilla por su ausencia en las evaluaciones que tuvo la gestante en los días 7 y 12 de diciembre de 2004.

*2. El reporte de **ascitis fetal** en la ecografía y principalmente **el reporte en la patología de la placenta de Corioangiosis masiva**. La corioangiosis masiva es un evento muy raro y constituye una alteración en las vellosidades y circulación de la placenta, implicando que el embarazo es patológico, pudiendo verse en algunas enfermedades, entre ellas la diabetes, al igual que la hiperplacentosis – placenta muy grande- diabetes, cuya presencia o descarte no se evaluó en el control prenatal en la gestante Ortega Santiesteban. **Corioangiosis masiva la cual puede llevar especialmente al final del embarazo a muerte fetal por mala oxigenación y perfusión, sin embargo, los embarazos con patología y aquellos sin ningún control prenatal, exigen una estricta, científica y calificada vigilancia del equipo de salud para realizar su detección y tomar los correctivos posibles del caso el día del trabajo de parto o para evidenciar que el mal resultado fetal se presentó aun con una atención médica idónea y de la más alta calidad**". (Negrillas del Despacho)*

A partir de lo anterior, concluye el Despacho que la corioangiosis masiva bien pudo ser la causa de la muerte del hijo de los demandantes, tal como lo plantea el apoderado de la entidad demandada; sin embargo, teniendo en cuenta que en el presente caso no se le practicó autopsia médico legal al menor, no es posible tener certeza frente a la causa del deceso del mismo. Ahora, lo que si se encuentra demostrado a partir de la historia clínica y del dictamen pericial presentado, es que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA incurrió en falla en la prestación del servicio médico a la demandante, la cual se traduce en no haber ordenado su hospitalización y valoración por la especialidad de obstetricia desde el **07 de diciembre de 2004**, cuando contaba con 41 semanas de embarazo y era remitida de otra institución de salud por reportar actividad uterina irregular, disminución o ausencia de movimientos fetales y sufrimiento fetal agudo. Además, practicó un monitoreo fetal cuyos resultados fueron interpretados erróneamente por el médico tratante, a partir de los cuales se ordenó la salida de la paciente sin agotar todos los recursos médicos tendientes a verificar o establecer la condición real de salud en la que se encontraba el nasciturus, más si se tiene en cuenta que, se reitera, la madre gestante reportaba ausencia de movimientos fetales y era remitida de otra institución con probable sufrimiento fetal agudo (SFA).

Igualmente, se encuentra demostrado que la entidad también incurrió en falla en la prestación del servicio médico el día **12 de diciembre de 2004**, pues pese a que la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN regresó a la institución hospitalaria con 42 semanas de embarazo, no le ordenaron ni practicaron pruebas de vigilancia fetal con el objeto de verificar lo manifestado por la paciente en cuanto a la ausencia o disminución de movimientos fetales, así como tampoco aparece probado que haya sido valorada por la especialidad de obstetricia con el propósito de establecer el verdadero estado de salud en que se encontraba el menor. Solamente hasta el 13 de diciembre de 2004, esto es, pasados seis (6) días desde que la demandante ingresó al servicio de urgencias de la E.S.E. HOSPITAL

SAN RAFAEL DE TUNJA advirtiendo no sentir movimientos fetales, se le ordenó y practicó un monitoreo fetal y una ecografía obstétrica, las cuales evidenciaron la ausencia de frecuencia cardíaca y la muerte fetal, respectivamente.

De otra parte, cabe destacar que no se acreditó que a lo largo del proceso de gestación la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN hubiere presentado situación alguna que entrañara peligro o riesgo para la salud del nasciturus, salvo los riesgos normales que se presentan en este tipo de eventos, lo cual permite concluir y afirmar que el menor gozaba de buena salud y que la muerte del mismo está asociada a la falla en la prestación del servicio médico por parte de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, conforme a lo expuesto párrafos atrás.

Las anteriores circunstancias de la prestación del servicio configuran sin duda, una falla del servicio médico en cabeza de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se refieren los eventos en lo que se estructura: *“... la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía...”*³⁹. Así las cosas, y al determinar que en efecto se presentaron retardos e irregularidades en la prestación del servicio médico brindado por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, es menester declarar que es responsable de los perjuicios irrogados a la parte demandante, lo cual, las excepciones propuestas por la entidad demandada y llamado en garantía en este punto, no tienen vocación de prosperidad.

Teniendo en cuenta lo analizado en precedencia, el Despacho arriba a la conclusión que el daño alegado en la demanda, esto es, la muerte perinatal del hijo de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN ocurrida el 13 de diciembre de 2004, resulta imputable a la entidad demanda ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, por las omisiones e irregularidades presentadas en la atención médica de la demandante y que fueron referidas en precedencia. Daño este que al ser imputable a la entidad demandada es el que da lugar al estudio de la indemnización de los perjuicios en la modalidad de materiales e inmateriales a favor de los demandantes.

5. DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

Establecida la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, corresponde al Despacho ocuparse del reconocimiento y tasación de los perjuicios solicitados por los demandantes.

Al respecto, se observa que en la pretensión segunda de la demanda los señores DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES y ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN solicitan *“reparar integralmente el daño causado, para efectos de lo cual deberán pagar como indemnización las*

³⁹ Consejo de Estado, providencia de 7 de abril de 2011, Exp. No. 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750).

*sumas que resulten probadas por conceptos de A.) **Perjuicios materiales (Daño emergente, lucro cesante); B.) Morales y demás tipología del daño que de acuerdo con los criterios jurisprudenciales vigentes para el momento del fallo se encuentren acordes con la noción de reparación integral***” (fl.2) (Negrillas del Despacho).

Por su parte, en los alegatos de conclusión (Índice 265 Samai), la apoderada de la parte accionante manifestó que el daño causado se concreta en la muerte del neonato, **hijo y hermano de los demandantes**, a causa de la falla en el servicio de la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja en la atención médica brindada a la señora ANA ISABEL ORTEGATE. Igualmente, precisó que en lo que respecta a los **perjuicios inmateriales**, partir de la sentencia del consejo de Estado del 28 de agosto del 2014, se unificó la jurisprudencia y se establecieron tres tipos de perjuicios: **Morales, Salud y Afectación a derechos constitucional y convencionalmente protegidos**.

En cuanto al reconocimiento de **perjuicios morales**, dijo que en la referida sentencia fueron descritos como aquellos compuestos por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa e indirecta de un daño antijurídico. Que en el caso bajo estudio la falla del servicio médico privó a los demandantes de ser **padres y hermanos**, y de tener un núcleo familiar fortalecido, razón por la cual, solicitan por este concepto el reconocimiento de 100 SMLMV a favor de cada uno.

Respecto al **perjuicio a la salud**, señaló que este abarca la afectación corporal o psicológica relativa a aspectos o componentes funcionales, biológicos o psíquicos. Que en el presente caso la referida falla del servicio generó a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN daño en la modalidad de salud, al exponerla a alteraciones psicofísicas y mentales distintas al daño moral, pues no solo expuso su vida con el retardo del manejo del desembarazo, sino que fue expuesta a alteraciones psíquicas y emocionales al no sentir movimientos fetales acudir al hospital y no ser atendida, para luego de un larga espera darle la lamentable la noticia que su bebe había muerto. Duelo que no termina al sentir y vivir continuamente que una oportuna y diligente actuar hubiese cambiado el resultado de los hechos.

En relación con la **afectación a derechos constitucional y convencionalmente protegidos**, manifestó que *“bajo el estándar de la indemnización plena del daño, surge como parte de la políticas del Estado no solo el reconocimiento patrimonial del daño, sino en especial acciones dirigidas para evitar su causación, razón por la cual, solicitamos respetuosamente del señor juez, se adopten de oficio las medidas que considera pertinentes y oportunas para que hechos como los acreditados en el expediente no se vuelvan a presentar, dado que la muerte de un nascituro y el dolor de unos padres y hermanos no puede ser saldado con ninguna cifra económica”*. (Índice 265 Samai).

Finalmente, se refirió a la **pérdida de oportunidad** como daño autónomo e independiente, diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso de responsabilidad patrimonial (morales, materiales, a la salud, etc.). Dijo que en el presente caso están acreditadas las conductas negligentes y omisivas de la entidad demandada, las cuales llevaron a que el nasciturus falleciera, cercenando la posibilidad de nacer y del pleno desarrollo como persona, pérdida de oportunidad que debe ser indemnizado, por la pérdida de posibilidad de vida del nasciturus y a sus familiares de verlo nacer y crecer en el seno del su hogar.

5.1. Perjuicios materiales.

En cuanto a los **perjuicios materiales -lucro cesante-** reclamados por la parte demandante, estos serán negados, toda vez que para que proceda su indemnización, el perjuicio debe ser cierto, como quiera que un perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna.

Así las cosas, este perjuicio tal como se solicita en la demanda, se basa en supuestos sin que medie prueba alguna en el expediente para determinar su causación. En casos similares, el Consejo de estado ha reiterado que: “ (...) *La jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la **muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor**, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la **doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres**. (...) lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización (...).*⁴⁰⁴¹. (Negrillas del Despacho)

Así las cosas, y como quiera que el daño material reclamado se basa en un supuesto por la expectativa de vida del menor (fl.10), sin que en el plenario medie prueba alguna que demuestre que en efecto el menor fallecido contaría con tales ingresos y que los mismos los destinaría a ayudar a sus padres, **no hay lugar a su reconocimiento**.

Por otra parte, de conformidad con lo definido por la doctrina⁴² y la jurisprudencia⁴³, hay **daño emergente** cuando un bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima siempre y cuando su origen se encuentre en el actuar de la Administración. Así mismo, el Consejo de Estado⁴⁴ ha reiterado que para el reconocimiento de dicho perjuicio es necesario que se acredite con cualquier medio de prueba “*los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que éstos debieron sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte el Despacho que en el plenario no obra prueba alguna que demuestre los valores que tuvieron que sufragar los demandantes como consecuencia de la ocurrencia del daño; razón por la cual, el Despacho **negará el reconocimiento** de los perjuicios solicitados por este concepto, por falta de prueba.

5.2. Perjuicios morales.

De conformidad con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado⁴⁵ tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los

⁴⁰ Sentencia de 5 de julio de 2012 proferida por la Sub Sección C de la Sección Tercera. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01942-01. No. interno: 23.643. Actor: Rodrigo Antonio Arboleda Martínez y otros. Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz

⁴¹ Consejo de Estado, sentencia de 25 de octubre de 2019, Exp. No.73001-23-31-000-2011-00462-01 (46256), Consejera Ponente Dra. María Adriana Marín.

⁴² Henao Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 1998.

⁴³ Consejo de Estado, Sentencia de 02 de febrero de 2001. Exp. 19991419-01 (18983). M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de julio de 2016. Exp. No. 19001-23-31-000-2002-01236-01(43622). Consejero Ponente Dr. Guillermo Sánchez Luque. Ver también sentencia de 14 de septiembre de 2016. Exp. No.25000-23-26-000-2001-01825-02(34349) Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁵ Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. No.66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251), Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Tal criterio dispuso que para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

“Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.” (Negrillas del Despacho).

Así pues, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales se tiene que los demandantes se encuentran en grado de parentesco de consanguinidad con la víctima directa (Padres y hermano, fls.12-13); razón por la cual, se presume la afectación moral de conformidad con el precedente citado. En consecuencia, se reconocerá a favor de los demandantes las siguientes indemnizaciones:

DEMANDANTE	PARENTESCO	INDEMNIZACIÓN
------------	------------	---------------

ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN	Madre	100 SMLMV
DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES	Padre	100 SMLMV
CRISTIAN ALEXANDER ÁLVAREZ ORTEGATE	Hermano	50 SMLMV

5.3. Daño a la salud.

El Consejo de Estado precisó el concepto del daño a la salud, como aquel: “...perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una **lesión corporal**, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.”⁴⁶. (Negrillas del Despacho)

Igualmente, la Alta Corporación precisó que “el concepto de salud constitucionalmente protegido y cuya violación da lugar a reparación en el ámbito de la responsabilidad estatal, **no está limitado a la mera funcionalidad orgánica** cuantificable en porcentajes de invalidez. En efecto, la Sala acogió la definición de la Organización Mundial de la Salud de este bien jurídico en términos de “**estado completo de bienestar físico, psíquico, y social**, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades”, el cual, valga la pena destacar, también ha sido reiteradamente admitido por jurisdicción constitucional⁴⁷.”⁴⁸ (Negrillas del Despacho)

En ese sentido, a la luz de los precedentes jurisprudenciales, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Por el contrario, se avanza hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez debe considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

En conclusión, el daño a la salud se define como la alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Así, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁹ unificó su jurisprudencia entorno al contenido y alcance de dicho perjuicio inmaterial, en los siguientes términos:

“(...) Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo, en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

⁴⁶Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014.Exp.: 31172. Consejera Ponente Dra. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

⁴⁷ Cfr. Sentencias, T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-395 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-307 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-548 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-940 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-894 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁴⁸ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. No.23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804), Consejera Ponente Dra. Stella Conto Diaz del Castillo.

⁴⁹ Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014.Exp.: 31172. Consejera Ponente Dra. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 SMMLV</i>

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV. (...)”

En el caso bajo estudio se encuentra demostrado que la atención que recibió la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN no fue la adecuada, oportuna, ni pertinente, en la medida que de la historia clínica, de la lex artis y del dictamen pericial presentado, se estableció que la demandante debió haber sido hospitalizada inmediatamente acudió al servicio de urgencias el día 07 de diciembre de 2004, con el propósito de iniciar el proceso de desembarazar, ser valorada por la especialidad de ginecología y realizarle pruebas de vigilancia fetal. Lo anterior, atendiendo a las semanas de embarazo y al estado clínico que presentaba la demandante y por el cual había sido remitida de otra institución de salud; circunstancias que finalmente incidieron y determinaron el deceso fetal.

Así, en lo que se refiere a la afectación a la salud sufrida por la demandante, el perjuicio se encuentra probado, pues la falta de atención médica adecuada y oportuna hizo innecesario el sufrimiento padecido no solo por la actora sino también de su hijo, derivado de su no hospitalización desde el 07 de diciembre de 2004, fecha en que fue remitida por otra institución a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA por presentar 41 semanas de embarazo, disminución o ausencia de movimientos fetales y sufrimiento fetal agudo. Padecimiento que se extendió hasta el día 13 de diciembre de 2004, cuando se produjo el parto natural, pero con el lamentable resultado de la muerte perinatal.

De igual manera, si bien en la historia clínica no se registra que la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN haya sufrido alguna complicación durante el parto llevado a cabo el día 13 de diciembre de 2004, el Despacho considera que la demandante padeció de alteraciones o complicaciones emocionales sufridas a causa de la muerte fetal en las circunstancias conocidas y acreditadas, las cuales se presentan en los padres durante los primeros años después del deceso fetal, pero con mayor intensidad en la mujer, cuyo apego al bebe tiene, además, una base fisiológica. Igualmente, considera que los hechos traumáticos objeto de estudio en la presente providencia, tienen aptitud de incidir negativamente en las posibilidades de embarazos futuros de la actora, ya que para la época de los hechos contaba con 38 años de edad.

La valoración conjunta de estas circunstancias lleva al Despacho a estimar que el daño a la salud de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, traducido en la alteración física y emocional de la misma, es cualitativamente equiparable a aquel que se califica con un

porcentaje igual o superior al 1% e inferior al 10%; razón por la cual, **se le reconocerá a la demandante una indemnización por un valor equivalente a 10 SMLMV.**

Ahora, no desconoce este estrado judicial que el señor DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES seguramente también padeció alteraciones emocionales, no obstante, teniendo en cuenta que en el expediente no obra prueba alguna que permita establecer o tener un conocimiento detallado, con algún grado de certeza, sobre la afectación a la salud sufrida por el mismo, y por no ser posible predicar de él, el padecimiento físico sufrido durante el defectuoso servicio médico prestado por la entidad demandada, el Despacho **negará al demandante el reconocimiento** de los perjuicios solicitados por este concepto, por falta de prueba.

5.4. Afectación a derechos constitucional y convencionalmente protegidos – medidas de reparación integral.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que *“La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de “daño a la vida en relación” o “alteración grave de las condiciones de existencia” no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos.”*⁵⁰

De esta manera, es procedente reconocer, **aún de oficio**, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados, siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de **medidas reparatorias no indemnizatorias** a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1° de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas *“de crianza”*.⁵¹

Las medidas de reparación integral operan teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto, el juez de oficio o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados, como una decisión autónoma que no afecta el principio de congruencia ante la primacía del principio de la *“restitutio in integrum”*.

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso bajo estudio, no cabe duda que se encuentra dentro de los eventos destacados en las jurisprudencias en cita, en la medida que se corroboró la negligencia médica tanto en la prestación del servicio brindado a la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, como al menor en gestación, quien no solo tuvo que padecer la indebida atención por prolongación en el trabajo de parto, sino la indiferencia de los galenos de la E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA frente a sus

⁵⁰ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. No.23001-23-31-000-2001-00278-01 (28804), Consejera Ponente Dra. Stella Conto Diaz del Castillo.

⁵¹ *Ibidem*.

reiteradas manifestaciones de no sentir los movimientos fetales y los motivos de remisión advertidos por las otras instituciones de salud, sumado a la incorrecta interpretación o lectura de los resultados del monitoreo fetal por parte del médico tratante, el cual a partir de los mismos ordenó la salida de la paciente el día 07 de diciembre de 2004. Fallas en el servicio que incidieron o generaron la consecuencia fatal, de la muerte perinatal del hijo de los demandantes.

En ese sentido, no es posible pasar por alto los errores a nivel asistencial en la prestación del servicio médico brindado por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, desde la vulneración de los derechos de la gestante a recibir una atención oportuna y eficaz por el cuadro clínico que presentaba y que fuera advertido en la remisión hecha por la Clínica Santa Teresa y la E.S.E. Santiago de Tunja, como la vulneración de los derechos de género a la gestante, que configura una violencia gineco-obstétrica. En consecuencia, el Despacho encuentra fundamento para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que se evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y, por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho.

En virtud de lo anterior, el Despacho considera pertinente incluir en la condena, la adopción de las siguientes **medidas restaurativas**:

- Celebración de ceremonia pública en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con la presencia del Personero Municipal de Tunja y el Director de Prestación de Servicio de Salud de la Secretaria de Salud de Boyacá, donde le sea ofrecida excusas a los demandantes, la cual deberá tener lugar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, bajo el consentimiento de las víctimas.
- La publicación de esta sentencia en la página web de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.
- Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para que la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.
- Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Secretaria de Salud de Boyacá, para que adelante en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en virtud de la competencia determinada en el artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, concordante con los Decretos 1011 de 2006, subrogado por el Decreto 780 de 2016 y la Resolución 2145 del 20 de noviembre de 2017⁵², el proceso investigativo y sancionatorio, con el fin de verificar el cumplimiento de los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013⁵³ y 00002003⁵⁴ de 2014.

⁵² Por medio de la cual se adopta la tabla de sanciones para los procesos administrativos sancionatorios por infracción de las normas de habilitación.

⁵³ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones.

⁵⁴ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud.

- Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Superintendencia de Salud, para que adelante en virtud de la competencia determinada en el artículo 128, del procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1438 de 2011⁵⁵, concordante con la Resolución No. 3140 de 2011⁵⁶.

Además, como medidas de **no repetición**, se ordenará:

- A la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en compañía de la Secretaría de Salud Departamental y la Personaría Municipal, adoptar una política contundente, tendiente a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y al recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.
- Socializar la presente sentencia a todos los profesionales y practicantes médicos de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, de la cual se tendrá un registro en acta, con el fin de diseñar con la dependencia de calidad de la entidad un mapa de procesos en la prestación del servicio de ginecología, a través de los criterios de pertinencia y oportunidad de acuerdo a los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013 y 00002003 de 2014.

5.5. Pérdida de oportunidad.

Reitera el Despacho que la apoderada de la parte actora se refirió a la pérdida de oportunidad como un **daño autónomo e independiente**, diferente a los que tradicionalmente se reconocen en un proceso de responsabilidad patrimonial (morales, materiales, a la salud, etc.), señalando que en el presente caso se encuentran acreditadas las **conductas negligentes y omisivas de la entidad demandada, las cuales llevaron a que el nasciturus falleciera**, cercenando la posibilidad de nacer y del pleno desarrollo como persona, pérdida de oportunidad que debe ser indemnizada, por la pérdida de posibilidad de vida del nasciturus y a sus familiares de verlo nacer y crecer en el seno del su hogar.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵⁷ precisó que *“la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con **identidad y características propias**, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.”* (Negrillas del Despacho). Igualmente, resaltó que la pérdida de oportunidad se concibe como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, **diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte o la afectación a la integridad física**, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también **se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima** en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, **cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado**.

⁵⁵ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

⁵⁶ Por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados.

⁵⁷ Sentencia de 05 de abril de 2017, Exp. No.17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706), Consejero Ponente Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

Así las cosas, la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que, si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional.

A partir de lo anterior, el Consejo de Estado⁵⁸ precisó los siguientes elementos del daño de pérdida de oportunidad: **i)** falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; **ii)** certeza de la existencia de una oportunidad; **iii)** certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible para la víctima.

Sobre el alcance de cada uno de estos requisitos, el Alto Tribunal señaló lo siguiente:

***“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse. Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción.*

En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad.

***Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.*

***Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente*

⁵⁸ Ibídem

del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el "chance" aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar."

En ese sentido, corresponde al Despacho, tal como lo planteó el Consejo de Estado en la providencia antes referenciada, estudiar el primer elemento del daño de pérdida de oportunidad consistente en determinar si en el caso concreto, como consecuencia de las fallas en la prestación del servicio médico brindado a la paciente ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA incidió o no en la muerte fetal; circunstancia que de encontrarse desvirtuada hará procedente el estudio de los demás elementos del daño a la pérdida de oportunidad.

Así las cosas, considera el Despacho que en el presente caso el primer componente de la pérdida de oportunidad no se encuentra acreditado, pues a partir de los elementos probatorios allegados al plenario (historia clínica y dictamen pericial), se determinó con certeza que de haber mediado una adecuada y oportuna prestación del servicio médico durante los días 7 y 12 de diciembre de 2004 por parte de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, se habría superado el daño final, esto es, la muerte perinatal. Por tanto, se concluyó que el daño cuya indemnización se solicita en la demanda consistente en la muerte fetal es imputable a la entidad demandada por la falla en la prestación del servicio médico, de tal manera que no hay lugar a predicar la existencia del daño autónomo de pérdida de oportunidad.

Al respecto, cabe destacar que en el presente asunto obra dictamen pericial presentado por el Médico José Fernando Celades Hernández, especialista en Obstetricia y Ginecología, el cual arrojó como conclusión la siguiente:

*"Si bien se observan yerros en el manejo del embarazo en el control prenatal en la ESE Santiago de Tunja y en la valoración que tuvo la gestante en la Clínica Santa Teresa Ltda., estos pueden haber contribuido de alguna manera al mal resultado fetal final, pero no fueron determinantes, puesto que, la señora ANA ISABEL ORTEGA SANTIESTEBAN ingresa a la E.S.E San Rafael de Tunja con feto vivo los días 7 y 12 de diciembre de 2004, en contrario, **las actuaciones descuidadas, imperitas, y violadoras de la Lex artis médica del embarazo de esta última institución de salud, constituyen causa suficiente para la obtención del resultado negativo de muerte fetal en el caso clínico de la litis.**" (Negrillas del Despacho)*

Por tanto, es posible afirmar que debido a las fallas en la prestación del servicio médico se produjo la muerte del hijo de los señores ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN y DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES, y que si la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA hubiera actuado de manera oportuna y diligente, se habría logrado evitar la muerte fetal.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y conclusiones, resalta el Despacho que el daño imputable a la falla en la prestación del servicio médico invocado expresamente en la

demanda y reiterado en los alegatos de conclusión, lo constituye la **muerte del nasciturus**, más no el derivado de la pérdida de oportunidad de sobrevida, el cual no fue solicitado, mencionado, ni estudiado en el libelo demandatorio.

Así pues, tal como lo señaló el Consejo de Estado, “*corresponde al juez, en ejercicio del deber que le asiste de interpretar armónicamente la demanda que le es sometida a su juicio y teniendo en cuenta los límites que le impone la **prohibición de alterar su causa petendi y la garantía del derecho de defensa de la contraparte**⁵⁹, precisar el daño que, de acuerdo con los hechos acreditados en el expediente, es imputable a la entidad demandada y, por lo tanto, compromete su responsabilidad*” (Negrillas del Despacho); daño que en el *sub lite*, de acuerdo a lo planteado en el escrito de demanda y a lo probado en el proceso, se concreta únicamente en la muerte perinatal imputable a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, perjuicio respecto del cual el Despacho ya realizó el estudio de las indemnizaciones procedentes.

En conclusión, atendiendo al carácter autónomo e independiente del daño de pérdida de oportunidad, y que en el caso bajo estudio no se solicitó la reparación de la pérdida de oportunidad de sobrevida del hijo de los demandantes como consecuencia de la falla en la prestación del servicio médico de la entidad demandada, en tanto, el daño acreditado en el presente asunto corresponde a la muerte fetal del hijo de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, de tal manera que no hay lugar a predicar la existencia del daño autónomo de pérdida de oportunidad, razón por la cual, **negará el reconocimiento** de perjuicios por dicho concepto.

6. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD LLAMADA EN GARANTÍA.

Establecida la responsabilidad de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, procede el Despacho a determinar si la llamada en garantía por este extremo, esto es, SEGUROS DEL ESTADO S.A., está obligada a reembolsar el monto de la condena con cargo a las Pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 04390067 y 04390068 de 19 de febrero de 2004.

El apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A. (fls.152-153) se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía señalando que en el presente caso no se acreditan lo presupuestos fáctico y jurídicos de la responsabilidad civil médica, ya que no se prueba la negligencia, impericia, errores u omisiones del personal de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA en el infortunado hecho objeto de la litis. Igualmente, manifestó que el Contrato de Seguros No.04390067 obedece a la Póliza de Responsabilidad Civil Médica propiamente dicha, y la No.04390068 corresponde a la responsabilidad civil extracontractual por la posesión, uso y mantenimiento de predios y operaciones relacionadas con la actividad médica pero que afecten a terceros ajenos a tratamientos médicos; por tanto, manifiesta que no es cierto que los dos contratos estén llamados a responder en el presente proceso ante una eventual condena.

Al respecto, encuentra el Despacho que a folio 64 del plenario, obra copia de la **Póliza de Seguros No.04390067 de 19 de febrero de 2004**, expedida por Seguros del Estado S.A., en la cual se indica como asegurado, tomador o afianzado a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE

⁵⁹ En ese sentido, en la sentencia de la Sección Tercera de 31 de agosto de 2006, rad. 15772, M.P. Ruth Stella Correa, se afirmó: “Reitera la Sala la jurisprudencia que ha sostenido en decisiones anteriores, en las cuales se ha considerado que es deber del juez interpretar la demanda como un todo armónico, eber que no constituye una mera liberalidad sino el cumplimiento de los artículos 228 y 229 de la Constitución, que consagran como principios de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y la garantía a su acceso. La falta de técnica en la demanda no es óbice para que el juzgador desentrañe su sentido; aunque, claro está, teniendo buen cuidado de no alterar el propósito expresado por el actor y siempre que no se contravenga el derecho de defensa de la otra parte”

TUNJA, y como periodo de vigencia el comprendido entre el 02 de febrero y el 31 de diciembre de 2004. Ahora, en relación con el límite máximo de responsabilidad y el objeto del contrato de seguro, se registra lo siguiente:

*“Límite máximo de responsabilidad por lesiones personales y/o daños materiales:
\$70.000.000,00*

Objeto del Seguro:

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL DEL ASEGURADO POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS A TERCEROS DURANTE LA VIGENCIA DE LA POLIZA COMO CONSECUENCIA DE ACTOS NEGLIGENTES, IMPERICIAS, ERRORES U OMISIONES EN QUE LLEGARE A INCURRIR MIENTRAS EJERCE SU ACTIVIDAD SIEMPRE Y CUANDO ESTE LEGALMENTE HABILITADO PARA HACERLO Y QUE SEAN OCURRIDOS DENTRO DE LOS PREDIOS ASEGURADOS (...) (Subrayado del Despacho)

Igualmente, a folio 67 del expediente, obra copia de la **Póliza de Seguros No.04390068 de fecha 19 de febrero de 2004**, en la cual se indica como asegurado la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, y como periodo de vigencia de la misma el comprendido entre el 01 de febrero y el 31 de diciembre de 2004. En relación con el límite máximo de responsabilidad y el objeto del contrato de seguro, se registra lo siguiente:

*“Límite máximo de responsabilidad por lesiones personales y/o daños materiales:
\$40.000.000,00*

Objeto del Seguro:

AMPARAR LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y MORALES, LOS DAÑOS MATERIALES Y LESIONES PERSONALES QUE LA ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA CAUSE CON MOTIVO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL MEDICA DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE SALUD ORIGINADA DENTRO DE SUS INSTALACIONES, EN EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PROFESIONALES POR PERSONAL MEDICO, PARAMEDICO O MEDICA AUXILIAR (MEDICOS, PRACTICANTES, ENFERMERAS ETC) AL SERVICIO Y BAJO LA SUPERVISION DE LA ESE HOSPITALSAN RAFAEL DE TUNJA, ADEMÁS AMPARAR LOS PREDIOS LABORES Y OPERACIONES PATRIMONIALES QUE SUFRA EL HOSPITAL COM CONSECUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL ORIGINADA DENTRO Y FUERA DE SUS INSTALACIONES EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES O EN LO RELACIONADO CON ELLA. (Subrayado del Despacho)

Así las cosas, considera el Despacho que, contrario a lo manifestado por el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A., a partir de los objetos de los contratos de seguros consagrados expresamente en las Pólizas Nos. 04390067 y 04390068 de 19 de febrero de 2004, se establece que las mismas amparan la responsabilidad y los perjuicios a los cuales es condenada la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA en el presente proceso.

De otra parte, el apoderado de la entidad llamada en garantía señaló que en el caso concreto la fecha del infortunado suceso fue entre los días 12 y 13 de diciembre de 2004, fecha en la cual el interesado tuvo conocimiento del hecho que originó el llamamiento, por tanto, a la fecha de presentación del mismo (21 de abril de 2008), habían transcurrido más de dos años, razón por la cual, las acciones prescritas derivadas del contrato de seguros se encuentran prescritas en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio.

Al respecto, se tiene que las acciones derivadas del contrato de seguro se extinguen a los dos (2) años, contados desde el momento en que el interesado conoce el hecho base de la reclamación. Así, el artículo 1081 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

*“**Prescripción de acciones.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes. (...) (Subrayado del Despacho)

No obstante, este artículo debe ser entendido en concordancia con el artículo 1131 de la misma normatividad, que preceptúa:

*“**Ocurrencia del siniestro.** En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial. (...)* (Subrayado del Despacho)

Bajo este entendido, conforme lo estatuye el artículo 1082 de la misma codificación, “los seguros podrán ser de daños o de personas; aquellos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales”. Igualmente, dentro de los seguros de daños se encuentra contenido el seguro de responsabilidad, que se define así:

*“**Artículo 1127. Definición de seguro de responsabilidad.** El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055. (...) (Subrayado del Despacho)

Por lo tanto, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro es de dos (2) años como regla general; sin embargo, tratándose del seguro de responsabilidad, tal periodo se cuenta de forma diferente dependiendo de quién efectúe la reclamación a la aseguradora. De este modo, si la **víctima** realiza directamente la reclamación, el plazo comenzará a correr desde la fecha del siniestro; mientras que si es el **asegurado** quien la realiza, el plazo se computará desde la fecha en que la víctima formula la petición judicial o extrajudicial.

En el presente caso, como las pólizas tomadas por la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA con la compañía aseguradora son de responsabilidad civil extracontractual, Pólizas Nos. 04390067 y 04390068 de 19 de febrero de 2004 (fls.64-69), es establece que la prescripción de la acción en contra de SEGUROS DEL ESTADO S.A., debe computarse bajo los parámetros fijados por el artículo 1131 del Código de Comercio.

En consecuencia, como quiera que quien reclama el reembolso de la condena a través del llamamiento en garantía es el asegurado, es decir, la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, el término de dos (2) años al que se ha hecho mención deben contabilizarse desde la fecha en que le fue notificada la demanda, esto es, el 26 de marzo de 2008 (fl.55), por tanto, como a la fecha de notificación del llamamiento en garantía -27 de noviembre de 2008-, no habían transcurrido los dos (2) años, se establece que la oportunidad para hacer efectivo el amparo no se ha extinguido.

Por lo anterior, se concluye que SEGUROS DEL ESTADO S.A. deberá reintegrar la suma que la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA deba pagar como consecuencia de los perjuicios causados a los demandantes, en los términos y condiciones de los contratos de seguro y hasta la concurrencia de las sumas aseguradas en las pólizas adquiridas, razón por la cual, las excepciones propuestas con la contestación de la demanda por la aseguradora no tienen vocación de prosperidad.

7. DE LAS COSTAS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso no se evidencia que la conducta de la parte demandada pueda calificarse como temeraria, el Despacho se abstendrá de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, actuando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** y que denominó **i)** inexistencia de la falla en el servicio, e **ii)** inexistencia del nexo de causalidad, y por la llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, denominadas **i)** Ausencia de responsabilidad civil en cabeza de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja; **ii)** Ausencia de elementos constitutivos de la responsabilidad civil; **iii)** Aplicación de la oferta comercial presentada y aceptada por la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja; **iv)** Inexistencia de la obligación; **v)** Clausula de deducible a cargo del asegurado; **vi)** Límite asegurado para la indemnización de daños morales; **vii)** Clausula de límite de valor asegurado y, **viii)** Prescripción, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa, patrimonial y extracontractualmente responsable a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, por los daños causados a los señores **ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN, DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES y CRISTIAN ALEXANDER ÁLVAREZ ORTEGATE**, derivados de la falla en el servicio médico prestados durante los días 07, 12 y 13 de diciembre de 2004, que trajo como consecuencia la muerte perinatal del hijo de la señora ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN ocurrida el 13 de diciembre de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** a pagar, por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes

indemnizaciones:

DEMANDANTE	PARENTESCO	INDEMNIZACIÓN
ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN	Madre	100 SMLMV
DAGOBERTO ÁLVAREZ CÁCERES	Padre	100 SMLMV
CRISTIAN ALEXANDER ÁLVAREZ ORTEGATE	Hermano	50 SMLMV

CUARTO: CONDENAR a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** a pagar a la demandante **ANA ISABEL ORTEGATE SANTIESTEBAN**, por concepto de **daño a la salud**, el valor equivalente a 10 SMLMV a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, en la modalidad de **medidas restaurativas**, que se concretan de la siguiente manera:

1. Celebración de ceremonia pública en la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, con la presencia del Personero Municipal de Tunja y el Director de Prestación de Servicio de Salud de la Secretaria de Salud de Boyacá, donde le sea ofrecida excusas a los demandantes, la cual deberá tener lugar dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, bajo el consentimiento de las víctimas.
2. La publicación de esta sentencia en la página web de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA.
3. Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para que la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.
4. Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Secretaria de Salud de Boyacá, para que adelante en contra de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, en virtud de la competencia determinada en el artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, concordante con los Decretos 1011 de 2006, subrogado por el Decreto 780 de 2016 y la Resolución 2145 del 20 de noviembre de 2017⁶⁰, el proceso investigativo y sancionatorio, con el fin de verificar el cumplimiento de los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013⁶¹ y 00002003⁶² de 2014.
5. Por Secretaría, remitir copia de esta sentencia a la Superintendencia de Salud, para que adelante en virtud de la competencia determinada en el artículo 128, del procedimiento sancionatorio previsto en la Ley 1438 de 2011⁶³, concordante con la Resolución No. 3140 de 2011⁶⁴.

⁶⁰ Por medio de la cual se adopta la tabla de sanciones para los procesos administrativos sancionatorios por infracción de las normas de habilitación.

⁶¹ Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones.

⁶² Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud.

⁶³ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

⁶⁴ Por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados.

SEXTO: CONDENAR a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, en la modalidad de **medidas de no repetición**, a:

1. En compañía de la Secretaría de Salud Departamental y la Personaría Municipal, adoptar una política contundente, tendiente a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y al recién nacido, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.
2. Socializar la presente sentencia a todos los profesionales y practicantes médicos de la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, de la cual se tendrá un registro en acta, con el fin de diseñar con la dependencia de calidad de la entidad un mapa de procesos en la prestación del servicio de ginecología, a través de los criterios de pertinencia y oportunidad de acuerdo a los criterios de habilitación determinados en las Resoluciones No. 1443 de 2013 y 00002003 de 2014.

SÉPTIMO: CONDENAR a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, en calidad de llamada en garantía, a reembolsar a la **E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA** las sumas de dinero que con ocasión de esta sentencia tenga que pagar a título de condena, en los términos y condiciones de los contratos de seguros y hasta la concurrencia de las sumas aseguradas en las Pólizas Nos. 04390067 y 04390068 de 19 de febrero de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

DÉCIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. **REALIZAR** las anotaciones de rigor en el Sistema Judicial SAMAI y **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
JORGE ELIÉCER CÁCERES SEPÚLVEDA
JUEZ