

Pasto, 12 de marzo de 2020

Señores

**CONSEJEROS (REPARTO)**

Consejo de Estado

Calle 12 No. 7-65, Palacio de Justicia

Teléfono (1) 3506700

Bogotá D.C.

Referencia : **ACCIÓN DE TUTELA**

ROGER ALEJANDRO MENA ORTEGA, mayor, identificado con cédula de ciudadanía 98'3334.415, abogado inscrito, en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional 249.127 del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliado y residente en el municipio de El Tambo, Nariño, en mi condición de apoderado de los señores ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, según memorial poder adjunto, a Usted respetuosamente manifiesto que interpongo ACCIÓN DE TUTELA en contra del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de la misma ciudad, representado por su titular, Doctor JOSÉ GABRIEL SANTACRUZ MIRANDA, o por quien haga sus veces; también en contra del Tribunal Administrativo de Nariño, Corporación representada por la correspondiente Magistrada Ponente, BEATRIZ ISABEL MELO DELGADO, o quien haga sus veces; por haber dado origen a **CAUSALES GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES** (antes denominadas vías de hecho), incurriendo en **DEFECTO FÁCTICO** y **DEFECTO PROCEDIMENTAL** al proferir las sentencias de primera instancia del 29 de junio de 2018; de segunda instancia del 02 de septiembre de 2017 dentro del Proceso de Reparación Directa 52-001-33-33-001-2013-00089-00, con clara vulneración de sus derechos al **DEBIDO PROCESO**, de **ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**, a la **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**, a la **IGUALDAD ANTE LA LEY**, entre otros, de conformidad con los siguientes:

**I. SUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS:**

- 1o.** El día 07 de noviembre de 2009, los señores ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ contraen matrimonio católico en la Parroquia Nuestra Señora de la Visitación, Corregimiento de Tabiles, Municipio de Linares, Nariño, como consta en la copia de partida expedida al efecto por el Párroco J. MARTÍN CAMPAÑA ESTRELLA, la cual obra en el expediente.
- 2o.** La señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud con la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR - ESS, desde el día 15 de abril de 1999, de conformidad con el carné de afiliación (ficha 2317), anexo a la actuación.

- 3o. Con el propósito de atender a sus afiliados en los diferentes niveles de complejidad a través de su red prestadora de servicios, la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR ESS ha suscrito contratos, entre otros, con FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO. Esta relación contractual se traduce en la corresponsabilidad de las empresas convocadas por las fallas presentadas en la prestación del servicio público de salud.
- 4o. Dichos contratos se encuentran en poder de Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSSANAR ESS, entidad que al tenor de lo previsto por el numeral 4, artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, tiene el deber de aportar no sólo dicha prueba sino todas aquellas que se encuentren en su poder.
- 5o. Según se desprende del registro realizado en la Historia Clínica Materno – Perinatal – CLAP abierta en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO, la afectada ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, empieza a recibir los correspondientes controles desde el día 19 de mayo de 2010, cuando la edad de gestación era de aproximadamente 7,5 semanas, calculada según la fecha de la última menstruación que, se indica, tuvo lugar el 27 de marzo de 2010, en virtud de lo cual la fecha probable de parto sería el 03 de enero de 2011.
- 6o. Continúa asistiendo de manera juiciosa a dichas observaciones, en un total de 7 oportunidades. En la casilla de **signos de alarma, exámenes, tratamientos** existen anotaciones para exámenes de laboratorio y micronutrientes, mientras algunos de los registros de evolución diligenciados a la par de dichos controles señalan **Alto Riesgo por NIC + cauterización**. Consta en dicho documento la ausencia total de antecedentes de riesgo tanto familiares como personales; no consumo de alcohol ni drogas, y estado normal a examen odontológico, mamas y cérvix.
- 7o. Si bien pudo haberse suscitado una imprecisión inicial en la fecha posible de parto (FPP), debe resaltarse que por cuenta de EMSSANAR E.S.S. le fueron realizados dos estudios ecográficos, uno en los laboratorios Imágenes Diagnosticas (folio 34, Historia Clínica Ese Juan Pablo II - Municipio de Linares, Nariño) y el segundo, en el Instituto Radiológico del Sur, según los cuales el alumbramiento se produciría entre los días 25 de diciembre de 2010 y 1º de enero de 2011.
- 8o. Consciente de dicha realidad y como prueba de su incuestionable amor de madre, acude en dos oportunidades a finales del mes de diciembre de 2010 en busca de atención médica ante el Centro de Salud del Corregimiento de Tabiles, Municipio de Linares, adscrito a la ESE JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO, pero no fue atendida bajo el argumento de que debía esperar unos días más. No obstante, por parte de personal hospitalario recibió la sugerencia de que solicite una cesárea por encontrarse en la fecha probable de parto.
- 9o. A las 09:20 a.m. del día 05 de enero de 2011 es atendida en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO. En la Historia Clínica de urgencias se consigna: "**Primijestante** (sic) **es citada**

- a control, al momento asintomática, niega pérdidas vaginales y premonitorios, percibe movimiento fetal, niega dolor tipo contracción...**" En la casilla correspondiente a diagnóstico aparece: **"Embarazo 41 sss x Ecografía temprana, /40,4 x ...- Embarazo Postérmino.- Error de Amenorrea?.- Alto riesgo maternofetal.."**- Se anota además que su remisión fue aceptada y confirmada por el Doctor Edgardo Benavides de FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO y como hora de salida las 09:50 a.m. de ese día.
- 10o.** Pese a la fecha de ingreso acabada de relacionar (05-enero-2011), afirma la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ que en realidad acudió ante la ESE JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO, el día anterior, es decir, el correspondiente a fecha cuatro (04).
- 11o.** Es remitida con destino a la Fundación Hospital San Pedro de esta capital, donde se registró su ingreso a las 13:45 horas del 05 de enero de 2011, con cuadro clínico de **"NO INICIO DE ACTIVIDAD UTERINA, NO PÉRDIDAS VAGINALES, PERCIBE MOVIMIENTOS FETALES..."**. Se dispone su hospitalización y monitoreo fetal.
- 12o.** A las 06:00 horas del 06 de enero de 2011 se consigna en su historia clínica la presencia de contracciones uterinas y percepción de movimientos fetales. Luego, a las 16:45 horas y a las 17:45 horas se estableció que la frecuencia cardíaca de la criatura era de 147 y 140, respectivamente, prueba incontrastable de que estaba viva.
- 13o.** Mas tarde, a las 22:25 horas se anota: **"(...) Dilatación 4, Borramiento 90, Se visualiza salida de moco con características meconiado. Se realizará cesárea urgente..."** Es decir que desde su ingreso a la ESE JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO, transcurrieron más de treinta y seis (36) horas de intenso sufrimiento y agonía de la criatura, y sólo hasta entonces se dispuso el procedimiento quirúrgico que debió realizarse inmediatamente fue recibida en FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO, pues mediante una sencilla revisión de los dos estudios ecográficos relacionados en el hecho 7 se podía establecer que efectivamente el feto estaba siendo sometido a un cruel tormento, al haber sobrepasado su período de gestación.
- 14o.** Nótese que a las 23:45 horas, el Ginecólogo, Dr. Armando Enríquez F., señaló como diagnóstico preoperatorio nada más y nada menos: **SUFRIMIENTO FETAL AGUDO**. El diagnóstico postoperatorio indica: **"Ovito (sic) fetal.- Recién Nacido muerto de sexo masculino, peso: 2900 (sic) Kg talla: 50 cm, meconio pesado en pure (sic) de arvejas, endometrio pigmentado de verde de difícil limpieza por a impregnación tan marcada..."**
- 15o.** Desde su ingreso a Fundación Hospital San Pedro de Pasto tanto la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, como su esposo PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y la señora ILVA LUCÍA GUALMATÁN, familiar de la pareja, estuvieron implorando al personal médico y de enfermería que la atiendan urgentemente y le practiquen la cesárea, pues era lo lógico, adecuado y necesario para la vida de la criatura y su madre. La señora MAGOLA

SANTANDER, compañera de habitación de ERICA ELIZABETH, dará testimonio del viacrucis a que fue sometida ella y la criatura por nacer.

- 16o.** En el diagnóstico emitido como resultado del estudio histopatológico realizado en Fundación Hospital San Pedro, se dice "PLACENTA ALUMBRAMIENTO.- SUGESTIVO DE CORIOANGIOMA", para cuya confirmación se requiere estudio de inmunohistoquímica.
- 17o.** Las distintas anotaciones y lo relatado dan cuenta como la damnificada, una mujer joven con desarrollo gestacional completamente normal y sin alteraciones que esperaba su primer hijo, imploró oportuna e insistentemente por atención médica, y que esta le fue negada, hecho que produjo la muerte de su hijo primogénito que estaba por nacer, y que de manera incontrovertible ha ocasionado enorme sufrimiento a los convocantes.
- 18o.** De suerte que, la atención médica retardada de manera negligente e inhumana, fue determinante en el resultado dañoso, específicamente porque durante el control prenatal no se estableció que el feto o su madre presentaran problemas de salud, aspecto que permitía esperar que el nacimiento ocurriría en condiciones de normalidad, siempre y cuando, claro está, la madre hubiese recibido asistencia médico – hospitalaria adecuada y oportuna por el personal correspondiente.
- 19o.** El Doctor ARMANDO ENRÍQUEZ F., Ginecólogo que atendió a la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, diligenció el Certificado de Defunción – Antecedente para el Registro Civil, después de practicada la intervención quirúrgica, con los resultados conocidos, documento que en original se apareja a la presente.
- 20o.** Los padres, tomaron una fotografía de la criatura que resultó muerta, según lo narrado, misma que obra en la actuación administrativa.
- 21o.** Según da cuenta el correspondiente registro civil adosado a esta solicitud, el día 12 de junio de 2012 nació la niña ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, hija de ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, hermana del nasciturus fallecido el día 06 de enero de 2011 y por lo tanto, también afectada por aquél hecho. Vale anotar que el nacimiento de ANNY SOFÍA no tuvo ninguna complicación en tanto se produjo bajo el procedimiento de cesárea, por el que tanto suplicaron los padres con ocasión del primer embarazo de ERICA ELIZABETH.
- 22o.** La muerte del bebé acaecida el 06 de enero de 2011, ocasionó profundo pesar y dolor no sólo a sus padres y hermana sino también a los señores CARMEN OFELIA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, MILICIADES NEMECIANO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, CÉLIMO BENICIO RODRÍGUEZ GUALMATÁN, en su orden, abuelos maternos, y paterno, quienes tienen derecho al resarcimiento de los perjuicios a ellos causados.
- 23o.** La respuesta de la empresa accionada a través de su personal médico y de enfermería, que retardó la atención requerida por la paciente y su bebé con urgencia, no es la que se espera ni la que impone su deber de prestataria de un

servicio público esencial, pues de la misma depende nada más ni nada menos que el bienestar del que está por nacer, cuya protección es la razón de ser de la asistencia reclamada. No es tolerable que la accionante haya sido tratada con tal grado de indiferencia, cuando se evidencia que una acción oportuna podría haber evitado el fatal desenlace.

- 24o.** Por manera que, existe un innegable nexo de causalidad entre el acto negligente de negar y retardar la atención médica (gineco – obstétrica) suplicada por la paciente y el daño infligido representado en la muerte de la criatura que llevaba en su vientre, pues emerge diáfano que se infringió el deber objetivo de prevención, cuidado y la debida diligencia a los que estaba obligado a ceñirse, habida cuenta que el análisis de los supuestos de hecho previos, concomitantes y posteriores al indicado evento conducen indefectiblemente a dicha conclusión.
- 25o.** No cabe duda que la pérdida del hijo que estaba por nacer, máxima expresión del amor existente entre sus padres y consecencialmente, eje principal de las relaciones interfamiliares, a causa de fallas imputables a la entidad demanda, ha producido en la pareja, su hija y sus padres un dolor inconmensurable, máxime si en cuenta se tiene que la misma se presentó de manera imprevista, absurda e injusta.
- 26o.** La muerte de la criatura que llevaba en su vientre ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, constituye daño antijurídico para mis prohijados, quienes no están obligados a soportar el detrimento patrimonial e inmaterial recibido, pues la paciente no ha contribuido a la realización objetiva del siniestro ni ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que haya tenido la potencialidad de ser concretado en la producción del resultado, al tiempo que su actuación se ha dirigido por los cauces de la buena fe y la confianza legítima que reviste la prestación del servicio médico solicitado a la entidad accionada, todo lo cual, en suma, torna procedente la indemnización, cuya estimación razonada se señalará en el respectivo capítulo.
- 27o.** El día 04 de enero de 2013, a través de apoderado judicial, los señores ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, CARMEN OFELIA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, MILICIADES NEMECIANO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, CÉLIMO BENICIO RODRÍGUEZ GUALMATÁN, y la niña ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, radicaron solicitud de Conciliación Prejudicial con citación de los señores representantes legales de las entidades: ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR – ESS, SECCIONAL PASTO, FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO DE PASTO, NARIÑO Y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE JUAN PABLO II – MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO.
- 28o.** El trámite de la misma correspondió en reparto a la Procuraduría 96 Judicial I Administrativa de Pasto, Nariño, despacho que fijó el 25 de febrero de 2013 a las 10:00 a.m. como fecha y hora para su realización, misma que se verificó con asistencia de las partes convocante y convocadas, siendo declarada fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio expresamente manifestado por las apoderadas de las entidades accionadas. La citada agencia ministerial expidió la constancia a que se refiere el numeral 1, artículo 2 de la Ley 640 de 2001,

trámite en virtud del cual, **EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ESTUVO SUSPENDIDO DURANTE EL CITADO INTERREGNO DE TIEMPO, VALE RECALCAR, UN (01) MES Y VEINTIÚN (21) DÍAS<sup>1</sup>.**

**29o.** Bajo los anteriores presupuestos de hecho, el día 27-02-2013, a través de apoderado judicial, los grupos familiares afectados instauraron acción *Contencioso Administrativa bajo el Medio de Control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 en contra de Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar – Ess, Seccional Pasto; Fundación Hospital San Pedro de Pasto, Nariño; Empresa Social del Estado Ese Juan Pablo II del Municipio de Linares, Nariño*, asignada en reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto, despacho que dispuso su admisión bajo la partida **52-001-33-33-001-2013-00089-00** mediante auto de fecha 02-04-2013<sup>2</sup>, previa corrección sintetizada en la aportación de los registros civiles de nacimiento de los ahora accionantes.

**30o.** Una vez formalizada la diligencia de notificación personal a los representantes legales de las entidades demandadas, el municipio de Linares, Nariño, procedió a contestar la demanda a través de apoderado judicial, resaltando desconocimiento de los supuestos de hecho, total oposición a las pretensiones y ausencia de responsabilidad en la muerte de la criatura que ERIKA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ llevaba en su vientre, tras señalar que desde los momentos previos al trabajo de parto, ella fue atendida de manera exclusiva por Fundación Hospital San Pedro. En ese orden, propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva.<sup>3</sup>

**31o.** A su turno, la Fundación Hospital San Pedro admite unos hechos, niega otros y manifiesta desconocer algunos, afirmando que la paciente SÁNCHEZ SÁNCHEZ, estuvo siempre atendida por personal calificado de manera oportuna y adecuada; que su condición era normal; que el procedimiento de cesárea no se encontraba indicado, pero que fue practicado cuando se advirtió la presencia de meconio; que la actividad médica es de medios y no de resultados; que no se presentó impericia ni imprudencia médica. Propone entre otras excepciones: **i)** caducidad de la acción; **ii)** inexistencia de dolo o culpa en la prestación del servicio; **iii)** inexistencia de causa dañosa o falla del servicio; **iv)** ausencia de relación de causalidad, actuación; **v)** cumplimiento de todas las obligaciones; **vi)** innominada.<sup>4</sup>

**32o.** En la audiencia inicial verificada el 21-02-2017, el Juzgado declara no probada la excepción de caducidad de la acción al constatar que la demanda fue presentada de manera oportuna. Adicionalmente decreta pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por las partes.

**33o.** El día 01-06-2017 se surte audiencia de práctica de pruebas, en la que el Juzgado de primera instancia logra evacuar la mayoría de las decretadas e insiste en la recepción de testimonio del especialista en ginecología IGNACIO ARMANDO ENRIQUEZ FIERRO, a cuyo efecto se fija el día 22-06-2017.

<sup>1</sup> Cfr. Literal b, artículo 3 del Decreto 1716 de 2009.

<sup>2</sup> Folio 170.

<sup>3</sup> Folios 194 196.

<sup>4</sup> Folios 218 a 242.

- 34o.** El 22-06-2017 recepciona el testimonio del Ginecólogo ENRÍQUEZ FIERRO; complementa la sustentación del dictamen pericial emitido por el Especialista en Ginecobstetricia MIGUEL NAJITH DELGADO OBANDO, a través de preguntas de las partes y el despacho instructor; corre traslado para alegatos de conclusión.
- 35o.** Dentro de la oportunidad legal presenté alegatos de conclusión resaltando que:
- i)** No es admisible el argumento esgrimido por la fundación demandada en el sentido de que el corioangioma fue la causa de muerte del nasciturus en tanto la existencia del mismo no fue confirmada a través del estudio de inmunohistoquímica, no fue detectado por las ecografías realizadas, no se exteriorizó ni en la madre ni en el feto;
  - ii)** El tramadol suministrado a la gestante es un fármaco contraindicado durante el embarazo y parto en orden a su comprobada relación con síntomas de abstinencia, depresión respiratoria, convulsiones, efectos secundarios graves e incluso **MUERTE FETAL**;
  - iii)** La oxitocina aplicada a la embarazada representa peligros ciertos por hiperestimulación de contracciones, razón por la cual las guías clínicas de atención del parto prevén que a la cuarta hora después de iniciada su perfusión debe realizarse tacto vaginal para verificar dilatación y en caso de no progreso, reevaluar el caso para analizar la posibilidad de practicar cesárea, nada de lo cual se cumplió en el presente caso;
  - iv)** Toda vez que el embarazo transcurrió de manera normal, se esperaba un parto normal y un final satisfactorio, lo cual no ocurrió y es indicativo de mala atención en el servicio prodigado a la materna SÁNCHEZ SÁNCHEZ.
  - v)** Siendo la obstetricia una rama de la medicina relacionada con un proceso normal y natural y no con una patología, ante la frustración del proceso gestacional (óbito fetal), corresponde a los galenos la acreditación de las circunstancias exculpatorias que deben caracterizarse por la imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito, lo cual no ocurre en el presente caso porque entre las posibles causas de muerte atribuibles al personal médico encontramos a no dudarlo, la aplicación del medicamento tramadol contraindicado y la omisión del cuidado requerido a partir de la perfusión de oxitocina;
  - vi)** Teniendo en cuenta que a la luz de lo dispuesto por los artículos 180 y 213 del CPACA, el fin último del debate procesal es desentrañar la verdad<sup>5</sup>, con el objeto de sopesar la credibilidad de los dichos de cada testigo técnico, el señor Juez bien puede acudir a los medios probatorios electrónicos, según lo prevé el artículo 216 ibídem;
  - vii)** La desatención a las suplicas de la gestante y sus acompañantes, manifestado desde el momento en que se rechazan o desconocen las notas médicas de remisión, poniendo en tela de juicio la seriedad e idoneidad de los médicos de provincia, demuestra un trato indiferente y descomedido por parte del personal adscrito a la fundación demandada, muy seguramente relacionado con la condición campesina y humilde de los primeros nombrados;
  - viii)** Resulta claro que en el asunto que nos convoca el tratamiento médico hospitalario prestado a la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ , produjo una afectación irremediable que omitió valorar la justa medida que representa la condición de la mujer en estado de embarazo, merecedora de un cuidado especial y único, y mucho más para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente.

---

<sup>5</sup> Cfr. Artículos 180 y 213 del CPACA.

**36o.** El día 29-06-2018, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pasto profiere sentencia de primera instancia declarando de oficio la excepción de mérito de *"falta de legitimación en la causa por activa"*, respecto de PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, CÉLIMO BENICIO RODRÍGUEZ GUALMATÁN y la niña ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ; por pasiva frente a Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar – Ess, Seccional Pasto y la Empresa Social del Estado Ese Juan Pablo II de Linares, Nariño. Declara la responsabilidad patrimonial de Fundación Hospital San Pedro, pero reduce la tasación de perjuicios, apelando a la teoría de pérdida de oportunidad según la sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706)<sup>6</sup>, arguyendo imposibilidad de señalar con asidero técnico y científico, el porcentaje de sobrevida del nasciturus si hubiese recibido una atención médica idónea.

**37o.** Dentro del término legal interpuse recurso de apelación destacando: **i)** en las diferentes oportunidades procesales en que el funcionario de primer grado analiza lo correspondiente a legitimación en la causa por activa, no se formuló ningún reparo sobre la acreditación de la condición con que comparecen los poderdantes excluidos por el fallo, ni tampoco se procedió a su saneamiento pese a las amplias facultades conferidas por el ordenamiento para tales efectos, resultando los demandantes sorprendidos por la propia incuria del despacho; **ii)** No hay argumento jurídico que valide la decisión del juez de primera instancia de privilegiar la aplicación al caso concreto de criterios de *"equidad"* en lugar de la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado en tanto Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014<sup>7</sup>, cuya *ratio decidendi* posee fuerza vinculante, en especial para los jueces de inferior jerarquía, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional entre otras, en las Sentencias C-836 de 2001<sup>8</sup>, C-634 de 2001<sup>9</sup> y SU-053 de 2015<sup>10</sup>; **iii)** La

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 05 de abril de 2017. Radicación: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706). C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. Expediente: 73001-23-31-0002001-00418-01 (27.709). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 09 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. *"(...) La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente..."*

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 09 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. *"(...) El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante..."*

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. *"(...) Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento..."* *"(...) En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la*

sentencia sobre pérdida de oportunidad aplicada para reducir el monto de los perjuicios no es una de unificación jurisprudencial como sí lo es la de 28 de agosto de 2014<sup>11</sup>; **iv)** Los artículos 10, 102, 256 y 258 otorgan preeminencia a las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre las restantes; **v)** En tanto no se logró acreditar factores diferentes a la falta de atención médica oportuna y adecuada en el desenlace fatal, no se puede aducir incertidumbre técnica o científica para efectos de determinar la incidencia de la inobservancia de protocolos médicos que comporten pérdida de oportunidad de sobrevivir del nasciturus; **vi)** El soporte fáctico de la sentencia invocada por el aquo para aplicar el criterio de pérdida de oportunidad es totalmente diferente al que soporta el presente asunto; **vii)** El criterio de pérdida de oportunidad debe aplicarse en aquellos casos en que resulte imposible endilgar responsabilidad o no hay claridad respecto del nexo causal; **viii)** A pesar de que la niña ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ no había nacido para el tiempo en que murió su hermano (el nasciturus), los lazos que la unen a él perviven y se mantendrán durante toda su vida, debiendo acarrear los perjuicios derivados de dicho daño.

**38o.** Dentro de la oportunidad legal, presenté alegatos de conclusión en segunda instancia reiterando los argumentos planteados en la demanda, en los alegatos de primera instancia y en el recurso de apelación.

**39o.** El día 02-09-2019, con ponencia de la Magistrada BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN, el Tribunal Administrativo de Nariño, desató la alzada revocando la sentencia que había concedido parcialmente las pretensiones resarcitorias, a cuyo efecto, de manera exótica, por decir lo menos, relievó: **i)** que el binomio madre – feto recibieron por parte de la fundación demandada, atención especializada acorde a la condición verificada de conformidad con los análisis físicos y ayudas diagnósticas; **ii)** que la muerte del nasciturus pudo haber ocurrido por la presencia del tumor corioangioma, mismo que, aduce, fue detectado a través de un examen de **"hinmunohistoquímica"** (SIC). **ESTE ARGUMENTO ES TOTALMENTE FALSO;** **iii)** que fue imposible determinar otra presunta causa de muerte, por cuanto los parientes se negaron a autorizar la realización de necropsia; **iv)** que la cesárea fue oportuna por cuanto se practicó cuando se advirtió la presencia de meconio; **v)** que la falta regularidad en la realización de los monitoreos fetales no comporta falla del servicio ni causa eficiente del daño ni negligencias que comporten la pérdida de oportunidad; que no existe prueba de probabilidad de vida del nasciturus ante la falta de resultado de la necropsia.

## II. CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

### i) Relevancia constitucional

El presente asunto interesa a la disciplina del derecho constitucional como quiera que las actuaciones judiciales censuradas vulneran los derechos fundamentales al **DEBIDO PROCESO**, de **ACCESO A LA**

---

*jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico...*"

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. Expediente: 73001-23-31-0002001-00418-01 (27.709). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

**ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, a la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, a la IGUALDAD ANTE LA LEY de los accionantes.**

**ii) Agotamiento de los medios judiciales de defensa:**

Con la expedición de la sentencia de segunda instancia el 02 de septiembre de 2019 por parte del Tribunal Administrativo de Nariño se cierran todas las vías judiciales ordinarias y extraordinarias previstas en el ordenamiento jurídico vigente para la defensa de los derechos fundamentales de mis poderdantes, en tanto no se avizora la presencia de las causales taxativas para que proceda el recurso extraordinario de revisión previstas por el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA.

De esta manera se cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta de que no contamos con otro medio para procurar la defensa de nuestros derechos.

**iii) Inmediatez**

La sentencia de segunda instancia fue notificada a la parte que represento el día 17-09-2019; el expediente remitido al juzgado de primer grado el 24-05-2019, despacho que estuvo a lo resuelto por el superior mediante providencia de 07-11-2019, habiendo transcurrido desde entonces tres meses y algunos días, término más que razonable para la interposición de la presente solicitud, si en cuenta se tiene nuestras condiciones las condiciones de marginalidad de los accionantes, quienes residen en área rural con alteración del orden público.

En todo caso, nos encontramos dentro del término de seis (06) meses reconocido como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>12</sup> y el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>13</sup> para su interposición.

**iv) Las irregularidades procesales y sustanciales acusadas tienen un efecto determinante en la providencia censurada**

Desde luego que las irregularidades constitutivas de los defectos procedimentales, fácticos y sustantivos, que se explican en el siguiente acápite son la causa directa y efectiva de las providencias judiciales reprochadas.

**v) Identificación razonable de los hechos y derechos vulnerados**

Tanto los derechos vulnerados como los supuestos fácticos que permiten inferir dicho menoscabo se encuentran expuestos de manera clara y concreta.

**vi) No se trata de una tutela contra tutela.**

En efecto, la presente solicitud de amparo se dirige contra una providencia dictada dentro de un proceso de reparación directa fallado por la jurisdicción contencioso administrativa.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-246 del 30 de abril de 2015. M.P: MARÍA VICTORA SÁCHICA MÉNDEZ.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 03 de marzo de 2017. Radicado 110010315000201700272 00 (AC). Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

### III. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDIBILIDAD EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

#### DEFECTO PROCEDIMENTAL.

Definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como aquel que se presenta cuando el juez actúa al margen de la tramitación establecida.

Las sentencias tanto de primera como de segunda instancia incurrir en defecto procedimental por cuanto incumplen el imperativo mandato contenido en el artículo 187 del CPACA, en tanto omite realizar un análisis crítico de las pruebas aportadas por la parte actora y los argumentos esgrimidos por el suscrito apoderado en el escrito de alegatos de conclusión. Efectivamente, la sentencia de primer grado se limita a direccionar su argumentación en torno la ausencia de fundamentos técnicos y científicos para señalar el porcentaje de sobrevivencia del nasciturus si hubiese recibido una atención médica idónea, al tiempo que deja de lado, toda la fuerza probatoria de las piezas que dan cuenta de la PÉSIMA, DEFECTUOSA, DEFICIENTE Y NEGLIGENTE atención prodigada por la fundación accionada, a saber: **i)** Desde ningún punto de vista científico, ni siquiera con la intervención del perito se logró establecer que el corioangioma fue la causa de la muerte, por cuanto que no se realizó el estudio de inmunohistoquímica, no fue detectado por las ecografías realizadas, no se exteriorizó ni en la madre ni en el feto; **ii)** El tramadol suministrado a la gestante es un fármaco contraindicado durante el embarazo y parto; **iii)** No se cumplió con los protocolos médicos indicados por las guías clínicas de atención del parto luego de haber iniciado la perfusión con oxitocina; **iv)** En vista de que el embarazo transcurrió de manera normal, se esperaba un parto normal y un final satisfactorio; **v)** En tanto el embarazo y parto se consideran como un proceso normal y natural, mas no como una patología, ante la frustración del proceso gestacional (óbito fetal), corresponde a los galenos la acreditación de las circunstancias exculpatorias que deben caracterizarse por la imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito; **vi)** El diligenciamiento inexacto e incompleto de la historia clínica sugiere falla en el servicio médico; **vii)** A fin de cumplir con el mandato de desentrañar la verdad material, referido en los artículos 180 y 213 del CPACA, el Juez bien puede acudir a los medios probatorios electrónicos, según lo prevé el artículo 216 ibídem; **viii)** La desatención a las suplicas de la gestante y a las notas médicas de remisión del primer nivel comporta un trato indiferente y descomedido por parte del personal adscrito a la fundación demandada; **ix)** la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ , nunca recibió el cuidado especial, necesario y adecuado requerido en orden a su estado de embarazo.

Por su parte, la sentencia de alzada no se ocupó de desvirtuar el sólido caudal probatorio que se acaba de detallar, señalando de manera contraevidente, que la atención recibida por la materna fue oportuna y adecuada, en contra de lo preceptuado por el citado artículo 187 del CPACA.

La sentencia de primera instancia incurre en defecto procedimental en tanto contradice los mandatos de los artículos 162 y siguientes del CPACA, en tanto no se compadece que después de radicada la demanda, el juzgado la inadmite, señalando al efecto que no se había acreditado el parentesco entre la demandante ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y sus padres, pero ningún defecto advirtió

respecto de los demandantes PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y CÉLIMO BENICIO RODRÍGUEZ GUALMATÁN, padre y abuelo (paterno) de la criatura por nacer<sup>14</sup>. Lo dicho es suficiente para tener por subsanada cualquier falencia sobre el particular.

Además, del texto de dicha providencia se tiene por certificada la legitimación en la causa de los citados padre y abuelo paterno, por cuanto el despacho señala que la demanda es "(...) *presentada por los señores ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SANCHEZ y PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ, quienes intervienen en nombre propio y en representación de su hija ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ...*"<sup>15</sup> Énfasis añadido.

Como si lo dicho fuese poco, la comprobación de legitimación en la causa que echa de menos el funcionario de primer grado en el pronunciamiento confutado, se desprende del contenido del auto que admite la demanda previa subsanación<sup>16</sup>, en cuya parte motiva se lee "*Teniendo en cuenta la corrección presentada por la parte accionante, dentro del término otorgado, y observando que la demanda reúne los requisitos de forma previstos en los artículos 162 y ss de la Ley 1437 de 2011, procede el despacho a la ADMISIÓN de la demanda...*"; vuelve el juzgado a incluir como legitimados en la causa por activa a los demandantes PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, CÉLIMO BENICIO RODRÍGUEZ GUALMATÁN e incluso a la menor ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

Bien se sabe, que los requisitos de forma de la demanda se encuentran previstos en los artículos 162 a 167 del CPACA, y, precisamente, el numeral 3, artículo 166 ibídem, exige que a la demanda debe adosarse "[e]l documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso...", norma que había sido transcrita en el referido auto de inadmisión. Ahora, si el juzgado concluye en el auto admisorio que la demanda cumple con los requisitos formales, se entiende que tal inferencia comprende el documento que avala la condición con que comparecen los citados demandantes.

Para abundar en razones, hay que decir que bajo el principio de integración normativa consagrado por el artículo 306 del CPACA, al trámite le son aplicables las disposiciones del Código General del Proceso, compendio que en su artículo 42, numeral 5, estatuye el deber del juez de "(...) *adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario...*", de donde se tiene que después de la admisión de la demanda, acaecida de la forma descrita, el juzgado debió formular los requerimientos pertinentes para que las partes que acuden rogando justicia acrediten la condición invocada, a efectos de garantizar el impoluto surgimiento de la relación jurídico procesal.

En el acta que condensa lo sucedido en desarrollo de la audiencia inicial de fecha 21-02-2017, quedó consignado: "(...) *No obstante, el Juzgado no observa hasta el momento excepciones previas que puedan ser declaradas de oficio, o que se inscriban en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 100 del C.G.P., ni las*

<sup>14</sup> Folios 156, reverso y 157, cuaderno principal.

<sup>15</sup> Primer inciso, folio 156, cuaderno principal.

<sup>16</sup> Folio 170 y reverso, cuaderno principal.

*excepciones de cosa juzgada, transacción, **legitimación en causa** y conciliación del artículo 180-6 del C.P.A.C.A...*" He resaltado.

De tal manera, que existían motivos más que suficientes para que los demandantes asumieran que el juzgado había cumplido a cabalidad su deber de acreditar la condición reclamada al comparecer al proceso.

En adición a lo señalado, el numeral 5, artículo 180 del propio CPACA impone al Juez el deber de adoptar las medidas de saneamiento necesarias y, al respecto, hay que decir, que en desarrollo de la audiencia inicial, abordada concretamente dicha fase<sup>17</sup>, nada advirtió el despacho sobre la falta de legitimación en la causa, ahora declarada de oficio, en perjuicio de los citados accionantes.

Al tenor del principio de confianza legítima, el juzgado debe respetar la expectativa creada en los mencionados demandantes al proferir auto admisorio de la demanda en el entendido que tal decisión procede luego de que el despacho agota un estudio exhaustivo y minucioso sobre sus requisitos formales. En efecto, *"(...) las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a los particulares con sus actuaciones. Esto implica que "al crearse expectativas favorables al administrado no puede, el ente público de manera sorpresiva, eliminar esas condiciones afectando palpablemente los derechos de aquél..."*<sup>18</sup>

En todo caso, advertida la falencia, en uso de las facultades oficiosas frente al decreto de prueba otorgadas por el numeral 10, artículo 180 del CPACA, bien pudo el juzgado requerir la aportación del registro civil en el decurso procesal, concediendo para tal fin el término previsto por el artículo 170 ibídem, lo cual no sucedió, por lo que resulta desproporcionado aguardar al último momento para excluir a los demandantes de los efectos de la sentencia estimatoria.

Nótese también que el testimonio HILBIA LUCÍA GUALMATAN SANCHEZ, armonizado con el vigor probatorio de la partida eclesiástica de matrimonio adosada, concurre a refrendar la innegable condición de padre que PEDRO FERNANDO ostenta respecto de la criatura obitada. Ello por cuanto la Sentencia de Unificación SU-355 de 2017 citada por el A quo, señala *"(...) que existen hechos que pueden demostrarse por otros medios de convicción, como los documentos y el testimonio, entre otros..."*<sup>19</sup>

De lo reseñado, aparece injusta, sorpresiva y tardía la declaratoria de oficio de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, que se erige en **DEFECTO PROCEDIMENTAL** por cuanto riñe con el imperativo de las normas procesales que acabo de relacionar, lo cual se traduce en denegación de justicia y vulneración de los derechos de acción y al debido proceso respecto de los accionantes y todos los demandantes dentro del radicado 52-001-33-33-001-2013-00089-00.

### **DEFECTO FÁCTICO.**

Surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Una de las variaciones

<sup>17</sup> Minuto 00:13:55 a 00:20:24 – Registro de video – Audiencia Inicial 21-02-2017.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-343 del 05 de junio de 2014. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-355 de 25 de mayo de 2017. M.P: IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

hermenéuticas de este requisito específico de procedibilidad de la acción de tutela en contra de las sentencias judiciales se presenta cuando el funcionario judicial valora la prueba de manera voluntariosa o contraevidente<sup>20</sup>.

Tanto el Juez Administrativo de primer grado como la Corporación Adquem dan la espalda y omiten valorar bajo criterios de ponderación y razonabilidad todo el vigor que ofrecen las piezas probatorias recaudadas. Es así que a partir de la revisión integral y exhaustiva del historial clínico que obra en el expediente, incluida su transcripción, el análisis del dictamen pericial así como de las declaraciones de la testigo presencial, testigos técnicos y del Ginecólogo IGNACIO ARMANDO ENRÍQUEZ FIERRO, quien atendió bajo su directa responsabilidad a la materna ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, ha quedado demostrado que la atención a ella brindada por parte de FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO, entre el 05 y el 07 de enero de 2011, cuando culminaba el proceso gestacional iniciado el 27 de marzo de 2010, NO se verificó de conformidad a la *lex artis* y tampoco estuvo ajustada a los protocolos de manejo y guías clínicas basadas en la evidencia, adoptados por esa Institución, cuya consecuencia directa fue la muerte del nasciturus por la pésima y negligente atención.

De suerte que, resulta necesario detallar las pruebas recopiladas y su alcance en el cometido de demostrar la tremenda falla en el servicio médico prestado por la fundación demandada.

## **I. RELACIÓN DE ACCIONES Y OMISIONES VERIFICADAS EN LA ATENCIÓN BRINDADA POR LA FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO A LA SEÑORA ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ.**

- 1a. La principal y más grave omisión en que incurrió el personal médico y de enfermería de Fundación Hospital San Pedro, que a la postre desencadenó la muerte de la criatura que la gestante ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ llevaba en su vientre, fue no prestar la atención debida y apartarse de los protocolos médicos previstos a partir de la administración de oxitocina, hecho médico verificado a las 06:00 horas del día 06 de enero de 2011, y que se encuentra consignado así en la historia clínica:

"(...)

1. D/A 5% 500cc+2.5 UI Oxitocina. Pasar a 45 cc/hora Dosis Rta

2. Tramadol 100 mg IM

3. Monitoreo con estrés

Firma: Dr. Filipo Morán – Ginecólogo – RM 180941...<sup>21</sup>

La referida anotación fue además, admitida y confirmada por el propio Ginecólogo FILIPO VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO, cuando sostiene: "(...) se le indicó la administración de oxitocina..."<sup>22</sup>, episodio a partir del cual, la fundación hospitalaria demandada omite brindar la atención con el absoluto celo y cuidado requeridos habida consideración de que cada hora y cada minuto era determinante para que el proceso gestacional tuviese un final satisfactorio, acorde con su embarazo catalogado dentro de parámetros normales, como en

<sup>20</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-590 de 08 de junio de 2005, M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y SU-50 de 20 de febrero de 2017; M.P: LUIS ALBERTO VARGAS SILVA.

<sup>21</sup> Folios 123 y su transcripción a folio 261 del cuaderno principal.

<sup>22</sup> Minuto 01:37:32 a 01:37:35 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

efecto lo señala el documento "GUÍAS DE ATENCIÓN INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN TEMPRANA Y TRATAMIENTO DE LAS COMPLICACIONES DEL EMBARAZO, PARTO O PUERPERIO", elaborada por la Universidad Nacional de Colombia en virtud del Contrato No. 159 de 2010 con financiación del Ministerio de Salud y Protección Social y el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, dentro de las estrategias para mejorar la salud sexual y reproductiva del Plan Nacional de Salud Pública 2007 -2010, habida cuenta que el conocimiento y aplicación de tales guías es aceptado por los testigos técnicos (Ginecólogos) FILIPO VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO e IGNACIO ARMANDO ENRÍQUEZ, siendo del caso resaltar que el primero informó haber participado en la redacción nacional de las guías versiones 2010 y 2013<sup>23</sup>, mientras el segundo asegura que las mismas son conocidas, discutidas y socializadas por todos los ginecólogos de la fundación accionada, amén de su aval por el Instituto Departamental de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social<sup>24</sup>.

Dentro del citado documento, en la página 35 de la primera versión<sup>25</sup> y página 61 de la correspondiente al año 2013<sup>26</sup>, se encuentran señaladas las conductas recomendadas para resolver la pregunta: ¿CUÁLES SON LAS MEDIDAS MÁS EFECTIVAS PARA EL MANEJO DE LAS ALTERACIONES DE LA DURACIÓN DEL PRIMER PERIODO DEL TRABAJO DE PARTO?, de la siguiente manera:

*"(...) NO SE RECOMIENDA EL USO DE OXITOCINA EN FASE LATENTE DEL TRABAJO DE PARTO NI SU UTILIZACION A DOSIS ALTAS.*

*Cuando se sospecha un retardo de la fase activa de la primera etapa del parto se recomienda:*

- *Ofrecer apoyo a la mujer, hidratación y un método apropiado y efectivo para el control del dolor.*
- *Si las membranas están intactas se procederá a la anotomía.*
- *Exploración vaginal dos horas después y si el progreso de la dilatación es menos de 1 cm se establece el diagnostico de retardo de la dilatación.*
- *Una vez establecido el diagnostico de retardo de la dilatación, se ofrecerá la estimulación con oxitocina o se remitirá a una unidad obstétrica de nivel II o superior donde haya las condiciones para ofrecer esta alternativa.*
- *Se practicara monitorización fetal continua y se ofrecerá anestesia neuroaxial antes del uso de la oxitocina.*
- *Se procederá a un nuevo tacto vaginal 4 horas después de iniciada la perfusión de oxitocina. Si el progreso de la dilatación es inferior a 2 cm se reevaluara el caso tomando en consideración la posibilidad de practicar una cesárea. Si el progreso es superior a 2 cm se realizara una nueva exploración 4 horas después..."*

2a. En este punto, merece comentario especial la aplicación de TRAMADOL<sup>27</sup> 100mg intramuscular dispuesta por el Ginecólogo FILIPO VLADIMIR MORÁN

<sup>23</sup> Minuto 01:45:45 a 01:45:50 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>24</sup> Minuto 01:36:57 a 01:37:19 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>25</sup> Ver: [http://santamargarita.gov.co/intranet/pdf/E.S.E/GAI%20Aprobadas%20MPS/GUA%20GAI%20MATERNIDAD%20versio%ECn%20corta%20260612%20\(3\).pdf](http://santamargarita.gov.co/intranet/pdf/E.S.E/GAI%20Aprobadas%20MPS/GUA%20GAI%20MATERNIDAD%20versio%ECn%20corta%20260612%20(3).pdf).

<sup>26</sup> Ver: [http://gpc.minsalud.gov.co/gpc\\_sites/Repositorio/Conv\\_500/GPC\\_embarazo/GPC\\_embarazo\\_completa.aspx](http://gpc.minsalud.gov.co/gpc_sites/Repositorio/Conv_500/GPC_embarazo/GPC_embarazo_completa.aspx).

<sup>27</sup> "(...) El tramadol es un analgésico opiáceo con un mecanismo dual de acción. Es una mezcla racémica de los isómeros trans, y cis observándose importantes diferencias desde el punto de vista bioquímico, farmacológico y metabólico entre ambos enantiómeros. El tramadol es un análogo sintético de la codeína, con una menor afinidad que esta hacia los receptores opioides. El tramadol tiene un potencial mucho menor que otros opiáceos para inducir depresión respiratoria y

MONTENEGRO<sup>28</sup>, en orden a que, son varios los artículos médicos que ilustran su contraindicación durante el embarazo. Veamos:

- "(...) Embarazo y el uso de TRAMADOL

*Cat. C. No se recomienda su uso durante el embarazo salvo que sea claramente necesario. Atraviesa la barrera placentaria e independientemente de la dosis, su uso crónico puede inducir síntomas de abstinencia en los neonatos. Las dosis elevadas administradas en las últimas semanas de la gestación, aunque sea durante períodos breves, pueden inducir depresión respiratoria en neonatos...*<sup>29</sup>

- "(...) Se han registrado diversos casos de síndrome de abstinencia en el recién nacido expuesto al tramadol durante la gestación, especialmente cuando la madre recibió de forma continuada este medicamento ... **Se han reportado también casos de convulsiones neonatales y muerte fetal intrauterino...**<sup>30</sup> Me he permitido resaltar.

- "(...) Tramadol puede causar efectos secundarios graves o fatales en un recién nacido, si la madre usa este medicamento durante el embarazo o el parto. Dígame a su médico si usted está embarazada o planea quedar embarazada mientras está usando este medicamento..."<sup>31</sup>

- "(...) Embarazo y lactancia Tramadol MK

*Categoría C: Estudios en reproducción animal han mostrado un efecto adverso sobre el feto o no se ha podido demostrar su inocuidad. No hay estudios adecuados y bien controlados en humanos. Los fármacos incluidos en esta categoría sólo deben utilizarse cuando los beneficios potenciales justifican los posibles riesgos para el feto...*<sup>32</sup>

Con esta pequeña muestra de literatura médica, seleccionada entre decenas de referentes, tenemos que, el uso del tramadol durante el embarazo o el parto se asocia con síntomas de abstinencia, depresión respiratoria, convulsiones, efectos secundarios graves e incluso **MUERTE FETAL**. Entonces, resulta inaceptable su uso en el presente caso por el grave riesgo derivado, a manos de un profesional de la medicina que pregona no sólo conocer, aplicar, sino además, haber co-redactado tales guías clínicas<sup>33</sup>, en las cuales, dicho sea de paso, la única referencia es de alerta, en tanto señalan que la utilización de un analgésico de origen opiáceo u opioide como el tramadol no ofrece resultados significativos para el tratamiento del dolor y, en cambio sí, efectos adversos y peligros para madres e hijos;<sup>34</sup> nada más alejado de la buena praxis médica y del trato humano y digno que merecen toda madre y su hijo.

No cavila el juicio para concluir que la prescripción farmacéutica no fue la indicada para el tratamiento del dolor según las guías transcritas y la literatura especializada, amén que aquellas señalan que antes de utilizar oxitocina debe

---

*dependencia, pero ambos efectos adversos pueden tener lugar...*" Información consultada en: <http://www.iqb.es/cbasicas/farma/farma04/t050.htm>. Junio de 2017.

<sup>28</sup> Folios 123 y su transcripción a folio 138 del cuaderno principal.

<sup>29</sup> Consultado en <http://www.onmeda.es/medicamentos/principio-activo-tramadol-efectos-secundarios-N02AX02.html>. Junio de 2017.

<sup>30</sup> Consultado en <http://www.medizzine.com/embarazo/reaccionesE.php?nombre=tramadol>. Junio de 2017.

<sup>31</sup> Consultado en <http://www.edrugs.eu/tramadol/>. Junio de 2017.

<sup>32</sup> Consultado en <https://www.tqfarma.com/productos/vademecum-mk/sistema-nervioso-central/tramadol-mk> Junio de 2017.

<sup>33</sup> Minuto 01:36:57 a 01:37:19 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>34</sup> Guía de práctica clínica para la prevención, detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio, página 433. Consultada en

ofrecerse anestesia neuroaxial, pero en ningún momento sugiere, ni recomienda ni admite tramadol, por lo que, no aparecen adecuadas, creíbles o lógicas las explicaciones dadas por el citado profesional en referencia a que los efectos retardantes o inhibitorios de contracciones, que en su concepto son los únicos provocados por el tramadol en la madre, estaban siendo contrarrestados con el suministro de oxitocina, pues lo que aflora es que la fragilidad del binomio maternofetal en esos aciagos momentos estaba siendo sometida a efectos bruscos, contradictorios e implacables. Así lo ilustró el Médico Especialista MORÁN MONTENEGRO: "(...) *Lo que genera el tramadol en ciertas etapas del trabajo de parto es detención del número de contracciones. Digámoslo así: la señora arranca espontánea, sin medicamentos, arranca su trabajo de parto, se queja de mucho dolor y uno le coloca la ampolla de tramadol, corre riesgo de que disminuyan las contracciones y se nos prolongue el trabajo de parto. Pero cuando hacemos administración de oxitocina, ese riesgo ya no lo hay, porque si le coloco el tramadol y ella respondería a quedarse sin contracciones, yo le estoy goteando medicamento para que tenga unas buenas contracciones...*"<sup>35</sup>

- 3a. Ahora bien, de cara a la innegable administración de oxitocina acaecida a las 06:00 horas del fatídico día (06-01-2011), se imponía según las guías clínicas, la realización de un tacto vaginal cuatro (04) horas después, es decir a las 10:00 horas, orientado a verificar que la dilatación sea igual o mayor a dos (02) centímetros. Esto no se hizo y en consecuencia no aparece registrado ni en la historia clínica<sup>36</sup> ni en la transcripción que de la misma aportó la fundación accionada<sup>37</sup>.

Reza la guía que en caso de que la dilatación sea inferior a dos (02) centímetros debe reevaluarse el caso **TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR UNA CESÁREA.**

La omisión de realizar el tacto vaginal a la hora indicada contraviene las guías clínicas por lo que no puede ser evaluada sino como **QUEBRANTAMIENTO DE LA LEX ARTIS** y por ende, como falla médica en la atención prodigada a la actora y a la criatura que llevaba en su vientre, porque ante la verificación de no progreso de dilatación, tan cristalino como el agua surge afirmar que la práctica de cesárea era la única conducta que habría podido evitar el infausto resultado.

- 4a. Lo más insólito, es que al cambio de especialista encargado, vale decir, en curso del turno de servicio asignado al Ginecólogo IGNACIO ARMANDO ENRÍQUEZ FIERRO, concretamente, a las 11:35 horas, el citado profesional procede a suspender la administración de oxitocina, tras advertir la presencia de contracciones 8/10 de 30 segundos, señalando que el objetivo médico de tal decisión era la necesidad de eliminar la oxitocina para que las contracciones retornen al rango normal, que asegura, es 4/10 de 10 segundos<sup>38</sup>, de donde emerge que para el caso de la señora SÁNCHEZ SÁNCHEZ la oxitocina resultó descontroladamente estimulante, al punto de provocarle una súbita alza de

<sup>35</sup> Minuto 01:38:45 a 01:40:25 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>36</sup> Órdenes médicas a folio 123, y notas de enfermería a folio 131 del cuaderno principal.

<sup>37</sup> Folios 261 y 262 del cuaderno principal.

<sup>38</sup> Minuto 01:23:23 a 01:23:48 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

contracciones al doble de lo entendido como normal en términos del médico que la atendía, precisamente porque cada ser humano es un universo distinto, como así lo proclama la apoderada de la fundación accionada<sup>39</sup>.

Así aparece en el registro clínico:

*"(...) Paciente que en el momento presenta contracciones 8/10 de 30 segundos, por lo tanto se suspende goteo de oxitocina y se coloca 300 cc en bola de ringer Dejar a 80cc/hora*

*Dr. ARMANDO ENRIQUEZ.- Ginecólogo RM 52456.- Dr. Leonardo Mendoza R.- Médico Interno FHSP COD.049-2011..."*

- 5a. No obstante, las guías referidas no indican que se deba suspender dicho suministro sino proceder a evaluar el nivel de dilatación una vez iniciado, del cual se espera que progrese o de lo contrario contemplar la necesidad de realizar cesárea, pero en ningún momento se habla de retrotraer el proceso activado con la perfusión de oxitocina. De suerte que, se pone de manifiesto otro desacato a las guías que se traduce irremediamente en **FALLA EN EL SERVICIO**, pero surge interrogantes adicionales: ¿Si ya habían transcurrido cerca de seis horas desde que inició la irrigación con oxitocina sin novedad en la dilatación, porque no aparece registro?, y además, al haber sido sometido el feto a un frenético embate de contracciones de su albergue natural (útero), ¿se hacía necesaria una cesárea de emergencia para salvarle la vida?

No solamente eso, la inexplicable decisión de conjurar los efectos de la oxitocina no surte el efecto contemplado por ENRÍQUEZ FIERRO porque las notas de enfermería dan cuenta de que a las 08:13 horas, esto es, antes de ser suspendida, la actividad uterina era regular, igual que a las 13:00 y 19:00 horas<sup>40</sup>. Se destaca que aparecen dos (02) notas a esta hora; una suscrita por Rosario C. y otra por Carmen C<sup>41</sup>.

- 6a. El especialista realiza tacto vaginal a la gestante a las 16:45 horas<sup>42</sup> pero tras evidenciar cuello cerrado, es decir, ausencia de dilatación, a pesar de haber transcurrido casi once (11) horas desde la administración de oxitocina, vuelve a omitir su deber de reconsiderar el caso y optar por una cesárea. Se prolonga en el tiempo el sufrimiento de la madre y el feto; se patentiza así la **FALLA MÉDICA**.
- 7a. Nuevamente el Ginecólogo ENRÍQUEZ FIERRO, realiza tacto vaginal a las 17:45 horas<sup>43</sup>, advierte ausencia de dilatación y omite una vez más la realización de cesárea.
- 8a. La dos notas de enfermería de las 19:00 horas dan cuenta de la expulsión del tapón mucoso<sup>44</sup> y un descenso de la actividad uterina que pasa de regular a leve. No consta en la historia clínica que se haya dado aviso al personal médico, siendo que desde esa hora pudo haberse detectado la presencia de

<sup>39</sup> Folios 229 y 233 del cuaderno principal.

<sup>40</sup> Folio 123 y su transcripción a folios 261 y 262 del cuaderno principal.

<sup>41</sup> Folio 131 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal.

<sup>42</sup> Folio 107 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal.

<sup>43</sup> Folio 107 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal.

<sup>44</sup> Folio 131 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal.

meconio y haber dispuesto una cesárea de emergencia, según lo explicado por el Ginecólogo FILIPO VLADIMIR MONTENEGRO MORÁN<sup>45</sup>; si desde esa hora contamos 2 horas, la cesárea debió realizarse máximo a las 21 horas y no a la 23:05 horas como finalmente sucedió

- 9a. La nota de enfermería de las 20:30 horas<sup>46</sup> refiere presencia de actividad uterina de buena intensidad y que se dio aviso al médico, pero no aparece constancia de que algún médico general o especializado haya atendido el llamado.
- 10a. Cuando la materna presenta vómito, causa alarma en el equipo médico y se logra llamar la atención del médico, quien finalmente la atiende a las 22:20 horas, advirtiendo la presencia de meconio, por lo que decide practicar, al fin la cesárea, cuando ya nada había que hacer por el nasciturus, pues estaba muerto. Como se aprecia, desde la inicial administración de oxitocina **TRANSCURRIERON MÁS DIECISÉIS (16) HORAS**, rebasando con cruel exceso, los tiempos previstos en las guías, lo que a la postre se erige en la senda a la muerte que le trazó la PÉSIMA, DEFECTUOSA, DEFICIENTE Y NEGLIGENTE dispuesta por Fundación Hospital San Pedro.
- 11a. Según las referidas guías, cuando se sospecha un retardo de la fase activa de la primera etapa del parto, se recomienda ofrecer apoyo a la mujer con hidratación y un método apropiado y efectivo para el control del dolor. En vista de que en la historia clínica no obra anotación al respecto, se impone deducir que no se dio cumplimiento a tal previsión o en el mejor de los casos, que si se observó no fue registrada, incumpliendo de tal forma con la obligatoriedad de consignar en ella todos y cada uno de los pormenores acaecidos en el desarrollo de la atención prodigada, lo cual, según ha sido decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado constituye indicio grave en contra de la fundación demandada que debe *"(...) interpretarse como un hecho indicativo de la existencia de falencias en la atención que recibió el paciente..."*<sup>47</sup>

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha destacado en varios de sus pronunciamientos la necesidad de elaborar historias clínicas claras, fidedignas y completas<sup>48</sup>, entendidas como insumos que garantizan no solo el adecuado seguimiento y el acierto en el diagnóstico, sino también, la verificación de la prestación del servicio de salud<sup>49</sup>. Según el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica *"la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente..."* A su turno, el artículo 36 reza que *"en todos los casos la Historia clínica deberá diligenciarse con claridad"*. La Resolución 1995 proferida por el Ministerio de Salud el 8 de julio de 1999 *"por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica"*, del, establece:

<sup>45</sup> Minuto 01:44:24 a 01:44:48 - Registro de video – Audiencia de pruebas 01-06-2017.

<sup>46</sup> Reverso del folio 131 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal.

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 03 de octubre de 2016. Expediente 40057. C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de febrero de 2011. Expediente 18515. C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011. Expediente 19192. C.P: Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

*Artículo 1.- Definiciones: a. La Historia clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. b. Estado de salud: El estado de salud del paciente se registra en los datos e informes acerca de la condición somática, psíquica, social, cultural, económica y medioambiental que pueden incidir en la salud del usuario (...).*

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

*Artículo 4.- Obligatoriedad del registro. Los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución (...)*

- 12a. La omisión de atender las alertas consignadas en la remisión realizada por la Médica LUZ E. VARGAS DÍAZ, adscrita a la ESE JUAN PABLO II de Linares, Nariño, quien señaló **"ALTO RIESGO MATERNO-FETAL"**<sup>50</sup> y **"TV: CUELLO POSTERIOR CERRADO, ARCO SUB PÚBICO ESTRECHO?"**<sup>51</sup>, bajo argumentos, decididamente livianos e inadmisibles, como acusar o generalizar que las anotaciones realizadas por el personal médico de los hospitales de los municipios no son serias sino mentirosas, orientadas únicamente a liberarse de la carga de atender a las embarazadas, remitiéndolas a las instituciones de mayor nivel, fueron determinantes en la displicente atención brindada a la usuaria, a partir de prejuicios como el expresado por el Ginecólogo EDGARDO JULIÁN BENAVIDES ARCOS: *"(...) la mayoría de médicos mienten en las remisiones para librarse de la paciente y remitirla..."*<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Folio 36 del cuaderno principal.

<sup>51</sup> Folio 58 del cuaderno principal.

<sup>52</sup> Minuto 54:43 a 54:48 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

- 13a. Una omisión asistencial adicional está representada por la indiferencia del personal médico y de enfermería frente al dolor, malestar y sufrimiento padecidos por la materna, actitud indolente acusada por ella y su esposo, refrendada testimonialmente por HILBIA LUCÍA GUALMATAN SANCHEZ, quien en lenguaje sencillo pero de manera espontánea, coherente, responsiva y circunstanciada narra que en muchos momentos suplicaron atención; que solicitaron la práctica de cesárea según remisión realizada por la ESE de Linares. Dijo al respecto la testigo: "(...) *Porque de Linares la mandaron directo acá, al hospital, porque ella tenía... era... cerrada la... no podía tener a la niña normal y la mandaron para cesárea para acá...*"<sup>53</sup> Y agregó: "*Porque en Linares, pues uno va al médico y cuando ya uno no lo puede tener, ya la mandan porque es para cesárea, lo mandan para acá...*"<sup>54</sup>
- 14a. Frente al gravísimo y por demás lesivo resultado representado en la muerte de la criatura que esperaba ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ, el personal médico de la fundación demandada omite además disponer la confirmación del diagnóstico SUGESTIVO de corioangioma, pese a que el análisis realizado por el Médico Patólogo FERNANDO SANZÓN GUERRERO en el Departamento de Patología de Fundación Hospital San Pedro, señala: "**REQUIERE DE ESTUDIO DE INMUNOHISTOQUÍMICA PARA CONFIRMACIÓN DIAGNÓSTICA**". De la simple revisión documental emerge diáfano y contundente que dicho estudio nunca se realizó, lo cual representa omisión en el procedimiento médico.
- 15a. El resultado fatal del proceso gestacional impone además obligaciones legales inexcusables a la Fundación Hospital San Pedro, a través de sus directivos y agentes según lo señalado por los literales e y f, artículo 7 del Decreto 786 de 1990, del siguiente tenor:  
*"(...) DECRETO 786 DE 1990 (abril 16) Diario Oficial No. 39.300, de 17 de abril de 1990.- Artículo 7. **Autopsias que proceden obligatoriamente:** ... e) cuando se sospeche que la muerte pudo haber sido causada por un acto médico; f) muerte de gestantes o del producto de la concepción cuando haya sospecha de aborto no espontáneo...*

Como quedó suficientemente averiguado, en el presente caso dicha necropsia no se practicó al óbito fetal, y en modo alguno puede aceptarse el argumento de que los familiares se negaron a ello, en primer lugar porque informan mis mandantes que no procedieron de tal manera; en segundo, porque no pasan de ser afirmaciones realizadas por cada uno de los médicos al servicio la fundación accionada con sospechoso sincronismo y carentes de respaldo probatorio; y en tercero, pero lo más importante, porque siendo su deber ineludible, el personal médico y hospitalario, muy bien podía haber obrado apelando a la persuasión o prevalido del uso de la fuerza para obtener su realización como en efecto lo hicieron cuando expulsaron al padre de la criatura fallecida, a pesar de las súplicas y el lamentable estado de salud de la demandante. Al punto HILBIA LUCÍA GUALMATAN SÁNCHEZ, expresó: "*(...) Estuvimos el 05 de enero hasta las cinco de la tarde, el 06 de enero hasta las*

<sup>53</sup> Minuto 01:04:16 a 01:04:30 – Registro de video –Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>54</sup> Minuto 01:04:54 a 01:05:01 – Registro de video –Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

*cinco de la tarde. A esa hora, ya a mí me sacaron y el esposo le pidió el favor de que lo dejaran; lo dejaron hasta las seis de la tarde, y a las seis de la tarde lo... ya el... fue el vigilante y lo sacaron, que ya no era necesario, cuando ella estaba muy enferma allá y que no podía ni levantarse ella sola ni para ir al baño ni nada...*<sup>55</sup>

## II. IMPROSPERIDAD DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO Y DECAIMIENTO DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA.

De lo expuesto en el escrito de contestación, se tiene que el argumento que la entidad demandada ha pretendido hacer creer al despacho desde que comenzó su intervención procesal, esto es, **"que la muerte de la criatura que ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ llevaba en vientre se produjo por la presencia del tumor denominado CORIOANGIOMA"**, ha quedado totalmente desvirtuado, principalmente con las conclusiones emanadas en la audiencia de sustentación y contradicción del dictamen pericial rendido por el Especialista en Ginecología y Obstetricia MIGUEL NAJITH DELGADO OBANDO. De suerte que, al militar huérfano de sustento fáctico, científico y probatorio el raciocinio principal (casi único) de Fundación Hospital San Pedro, la suerte que debe acarrear toda la teoría de la defensa no puede ser otra que el fracaso traducido en la desestimación jurídica de tales asertos y en consecuencia, se impone declarar su plena responsabilidad frente al resultado médico adverso representado en la muerte de la criatura por nacer.

En efecto, de lo expuesto y explicado por el mencionado profesional, de manera clara y contundente se puede concluir que:

1. **EL DIAGNÓSTICO DE CORIOANGIOMA NO ESTÁ CONFIRMADO** en el presente caso, porque no se realizó el **"estudio de inmunohistoquímica"** que conforme al análisis realizado por el Médico Patólogo FERNANDO SANZÓN GUERRERO en el Departamento de Patología de Fundación Hospital San Pedro, se indica de manera expresa como necesario para dicho efecto científico<sup>56</sup>: Dijo el Especialista DELGADO OBANDO: **"NO ESTÁ CONFIRMADO QUE HAY UN CORIOANGIOMA..."**<sup>57</sup>
2. De acuerdo con la línea orientadora del artículo científico que cita en apoyo de su dictamen, según el cual los casos clínicos que allí se reportan fueron detectados a través de ecografía, el perito manifiesta enfáticamente que a través de las dos ecografías<sup>58</sup> que se le practicaron a la gestante **SÍ** era posible detectar la presencia de Corioangioma<sup>59</sup>. En ese orden, tomando en consideración que dichos estudios realizados en el primer y tercer trimestre del proceso gestacional reportaron normalidad en la placenta se tiene que no se presentó el corioangioma en el caso que nos convoca.
3. No se presentaron complicaciones maternas durante la gestación como preclampsia, metrorragia, desprendimiento placentario, polihidramnios y parto

<sup>55</sup> Minuto 01:09:45 a 01:10:11 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>56</sup> Folios 110 y 280 del cuaderno principal.

<sup>57</sup> Minuto 16:21 a 16:24 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>58</sup> Folios 136 y 138 del cuaderno principal; también folios 269 y 270.

<sup>59</sup> Minuto 17:44 a 18:10 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

pretérmino, que suelen estar asociadas a la presencia de corioangiomas, destacando que el sangrado advertido más puede estar relacionado con el trabajo de parto que con un desprendimiento de placenta<sup>60</sup>. Esta es otra evidencia de que la placenta no fue afectada por el tumor CORIOANGIOMA.

4. Al ser preguntado que si ante la evidencia de no haberse detectado las complicaciones maternas preclampsia, metrorragia, desprendimiento placentario, polihidramnios y parto pretérmino, se puede afirmar que tampoco se presentó corioangioma, de manera categórica asevera: "(...) *Es muy probable que no; es muy probable que no...*"<sup>61</sup>
5. Que tampoco se presentó bajo peso en el feto, como uno de los indicadores de Corioangioma<sup>62</sup>, por lo que nos encontramos ante un nuevo elemento para descartar o al menos dubitar la presencia del CORIOANGIOMA; en todo caso, la confirmación diagnóstica que alega la fundación accionada, simple y llanamente resulta inverosímil.
6. Cuando se le refiere porque la parte demandada afirma que la muerte se presentó por CORIOANGIOMA, dice: "(...) *El corioangioma no necesariamente es una causa de muerte...*"<sup>63</sup>. Esta respuesta es reiterada bajo la frase: "(...) *No necesariamente el corioangioma...*" ofrecida cuando el Señor Juez de primer grado le interroga: ¿Es decir que de acuerdo con lo que usted ha revisado y con la evidencia, pues, que tenemos en la historia clínica y el expediente, no se puede establecer que la causa del óbito fetal fue el corioangioma?<sup>64</sup>. Empero, se impone reiterar que ni siquiera fue confirmada la presencia del multicitado tumor.

Capitulando, tenemos entonces, que: **i)** no se confirmó la presencia del corioangioma mediante estudio de inmunohistoquímica; **ii)** las ecografías en tanto método idóneo para la detección del tumor no sugieren su presencia; **iii)** no se presentaron las complicaciones maternas ni fetales que según la literatura se encuentran asociadas al mismo; **iv)** ni aun la improbable presencia de corioangioma en el presente caso era apta para determinar la muerte fetal, pues muchos son los casos en que este involuciona o desaparece desembocando en un parto sin complicaciones.

Entonces, se impone concluir que la defensa erigida en que la muerte del nasciturus se produjo por la presencia de CORIOANGIOMA, se cae de su peso y en vista de que las tres primeras excepciones propuestas no tienen otro sustento argumentativo están llamadas a fracasar.

En cuanto a la excepciones 4 y 5, se impone decir que la actuación de Fundación Hospital San Pedro reniega de la buena praxis, la eficiencia, la diligencia, la calidad que debe caracterizar el servicio de salud, porque entre otros aspectos el personal adscrito: **i)** desdeña sin fundamento los signos de alarma emitidos desde el primer nivel de atención; **ii)** aplica el medicamento tramadol que se encuentra

<sup>60</sup> Minuto 20:55 a 21:25 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>61</sup> Minuto 21:35 a 21:38 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>62</sup> Minuto 23:51 a 24:13 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>63</sup> Minuto 27:21 a 27:27 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>64</sup> Minuto 43:35 a 43:46 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

contraindicado para embarazo y parto: **iii)** desatiende las pautas contenidas en las guías a partir de la administración de oxitocina: **iv)** omite registros determinantes en la historia clínica como la medición de contracciones a partir de la suspensión de dicho fármaco.

### III. INDICIOS EN CONTRA DE FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO QUE SE ERIGEN EN HECHOS INDICADORES DE FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO.

1. El registro clínico es incompleto pues en él no aparece reporte de progreso de contracciones, pérdidas vaginales que ocasionen la ausencia total de líquido amniótico verificada al momento de la cesárea, el abundante sangrado sufrido por la materna, respecto del cual la historia da cuenta someramente como un "sangrado vaginal escaso"<sup>65</sup>, pero que confirmó con lujo de detalles y naturalidad la testigo de excepción, a pedido, precisamente, de la apoderada de la parte demandada<sup>66</sup>. Esta falta de diligenciamiento en la historia clínica constituye indicio en contra que debe interpretarse como hecho indicativo de falla en el servicio<sup>67</sup>
2. Contra toda la evidencia científica representada en la literatura médica citada, el ginecólogo FILIPO VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO, vinculado laboralmente con la fundación implicada desde el año 2002 (hace 15 años)<sup>68</sup>, asevera: "(...) *el tramadol no genera alteraciones en el bebé ni en la mamá*"<sup>69</sup>.
3. En contraposición a las conclusiones que arrojan el estudio de patología, el dictamen pericial y la literatura médica citada por el perito, cuando el Señor Juez pregunta **¿Ese resultado de la patología fue confirmado definitivamente?**, de manera sorprendente por decir lo menos, el ginecólogo FILIPO VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO, manifiesta: "(...) *Sí... fue confirmado. (no?)... Fue confirmado. se envía la patología al estudio y los patólogos la revisan, y más o menos a los 15 días dan su concepto del diagnóstico...*"<sup>70</sup> Y es que debo repetir que faltó el estudio inmunohistoquímica, lo que se comprueba porque el informe de patología el último documento que en orden cronológico aporta la parte demandante<sup>71</sup>, al unísono con la parte demandada<sup>72</sup>, al tiempo que es el registro final que obra en la transcripción de historia clínica<sup>73</sup>.
4. Contra toda la evidencia científica representada en la literatura médica citada, y el dictamen pericial, aun faltando el análisis de necropsia, el ginecólogo FILIPO

<sup>65</sup> Folios 131 y su transcripción a folio 262 del cuaderno principal; Nota de enfermería de las 13 horas.

<sup>66</sup> Minuto 01:13:25 a 01:13:45 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017. Dijo la testigo que la gestante estaba desesperada porque sentía que le salía el bebé y miró el abundante sangrado que manaba.

<sup>67</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 03 de octubre de 2016. Expediente 40057. C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>68</sup> Folio 286 del cuaderno principal.

<sup>69</sup> Minuto 01:39:46 a 01:39:50 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>70</sup> Minuto 01:27:16 a 01:27:29 – Registro de video – Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

<sup>71</sup> Folio 110 del cuaderno principal.

<sup>72</sup> Folio 280 del cuaderno principal.

<sup>73</sup> Folio 267 del cuaderno principal.

VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO afirma que el feto de todas maneras iba a morir; que el corioangioma trae aparejadas malformaciones fetales en el 80% de los eventos; que la totalidad de la placenta en el presente caso era una tumoración; que la única manera de ser detectado es a través de estudio de patología. En el mismo sentido, los Ginecólogos EDGARDO JULIÁN BENAVIDES ARCOS e IGNACIO ARMANDO ENRÍQUEZ FIERRO, pretenden hacer ver un supuesto coriangioma (NO CONFIRMADO) como causa del deceso de la criatura, desconociendo las evidencias científicas y las conclusiones del perito designado.

5. Como si se tratara de un libreto prefabricado y ensayado todos los testigos técnicos apuntan a decir que la cesárea no estaba indicada en ningún momento, cuando lo cierto es que ante la ausencia de dilatación debió practicarse en un máximo de cuatro horas después de aplicada la oxitocina. Ello no se hizo y la criatura que ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ llevaba en su vientre sufrió por más de 16 horas intensamente hasta que murió.
6. En vista de que el desarrollo del parto fue normal y su desenlace no lo fue, emerge un indicio de falla en el servicio médico, esto es, que varios de los procedimientos, indicaciones y decisiones adoptadas no estuvieron en consonancia con la lex artis.
7. El llamamiento en garantía formulado inicialmente por la fundación demandada en contra del Médico IGNACIO ARMANDO ENRÍQUEZ FIERRO, quien tenía bajo su responsabilidad la atención de la gestante en las horas previas y concomitantes al deceso de la criatura, deja mucho que desear respecto de la unidad de criterios médico-científicos a su interior.
8. Resulta obvio y humano entender que el volumen de trabajo asignado por la fundación demandada al Ginecólogo ENRÍQUEZ FIERRO el día de los hechos, representado en los frentes que debía atender: *"(...) Mi trabajo en ese día lo compartía con dos servicios; lo que es atención del parto y hospitalización..."*<sup>74</sup>, unido al elevado número de pacientes asignadas: *"(...)nosotros los ginecólogos tenemos 30 pacientes a cargo en el piso de ginecobstetricia..."*<sup>75</sup>, constituye una carga que por su complejidad incide en que se pierda la cuenta de la evolución de cada usuaria y que a la postre degenera en descuido y negligencia (omisión) en la prestación asistencial con las fatales e irreversibles consecuencias aquí conocidas, de donde se refrenda la responsabilidad por la falla del servicio médico radicada en cabeza de la fundación hospitalaria llamada al presente litigio, al no disponer de un número adecuado y suficiente de especialistas en gineco-obstetricia que atiendan las contingencias y particularidades de las maternas que ingresan dentro de parámetros de eficiencia, responsabilidad y respeto por la dignidad humana.

## CONCLUSIONES

Tomando en consideración que el Corioangioma no fue confirmado porque nunca se realizó el estudio de histoquímica, amén que no fue detectado por las ecografías

<sup>74</sup> Minuto 01:00:39 a 01:00:51 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

<sup>75</sup> Minuto 01:35:40 a 01:35:50 – Registro de video – Continuación Audiencia de Pruebas 20-06-2017.

realizadas, no se exteriorizó ni en la madre ni en el feto, es inadmisibile que la fundación accionada pretenda indicarlo como la causa de muerte.

El tramadol es un fármaco contraindicado durante el embarazo y parto en orden a su comprobada relación con síntomas de abstinencia, depresión respiratoria, convulsiones, efectos secundarios graves e incluso **MUERTE FETAL**, de donde se impone deducir que en el caso de marras, su administración a la madre pudo ser la causa de muerte del nasciturus.

La oxitocina representa peligros ciertos por hiperestimulación de contracciones, razón por la cual las guías clínicas de atención del parto prevén que a la cuarta hora después de iniciada su perfusión debe realizarse tacto vaginal para verificar dilatación y en caso de no progreso, reevaluar el caso para analizar la posibilidad de practicar cesárea. En tanto del material probatorio recabado se ha logrado establecer que nada de esto se cumplió, se impone concluir sin ambages la responsabilidad del personal adscrito a la fundación demandada en el resultado fatal.

En vista de que el embarazo transcurrió de manera normal, se esperaba un parto normal y un final satisfactorio, lo cual no ocurrió y es indicativo de mala atención en el servicio prodigado a la materna SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

Las omisiones en el registro completo y pormenorizado dela historia clínica comportan graves fallas en el servicio médico prodigado a la accionante SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

En contra de la prueba documental, el informe pericial y la literatura médica, los testigos técnicos tratan de dar por probada la presencia de corioangioma y que esta fue causa del deceso de la criatura por nacer.

Siendo la obstetricia una rama de la medicina relacionada con un proceso normal y natural y no con una patología, ante la frustración del proceso gestacional (óbito fetal), corresponde a los galenos la acreditación de las circunstancias exculpatorias que deben caracterizarse por la imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito, lo cual no ocurre en el presente caso porque entre las posibles causas de muerte atribuibles al personal médico encontramos a no dudarlo, la aplicación del medicamento tramadol contraindicado y la omisión del cuidado requerido a partir de la perfusión de oxitocina.

Teniendo en cuenta que a la luz de lo dispuesto por los artículos 180 y 213 del CPACA, el fin último del debate procesal es desentrañar la verdad<sup>76</sup>, con el objeto de sopesar la credibilidad de los dichos de cada testigo técnico, el señor Juez bien puede acudir a los medios probatorios electrónicos, según lo prevé el artículo 216 ibídem.

La desatención a las suplicas de la gestante y sus acompañantes, manifestado desde el momento en que se rechazan o desconocen las notas médicas de remisión, poniendo en tela de juicio la seriedad e idoneidad de los médicos de provincia, demuestra un trato indiferente y descomedido por parte del personal adscrito a la

---

<sup>76</sup> Cfr. Artículos 180 y 213 del CPACA.

fundación demandada, muy seguramente relacionado con la condición campesina y humilde de los primeros nombrados.

Resulta claro que en el asunto que nos convoca el tratamiento médico hospitalario prestado a la señora ERICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ , produjo una afectación irremediable que omitió valorar la justa medida que representa la condición de la mujer en estado de embarazo, merecedora de un cuidado especial y único, y mucho más para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente... siendo del caso *"(...) destacar y reivindicar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una promotora y gestadora de vida, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión más que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y respetada como persona, para que antes, durante y después del alumbramiento se le deba brindar un tratamiento idóneo e integral que amerita tan significativo evento..."*<sup>77</sup>

El presente caso entra a engrosar las estadísticas de fallas en el servicio gineco-obstétrico, que ponen de manifiesto negligencia e indiferencia en torno a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, que no se pueden interpretar sino como lastre de machismo y discriminación por motivo de género, en orden a las alarmantes cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal acentuadas en determinadas regiones y por lo general frente a grupos de población vulnerable. Al punto, en reciente pronunciamiento ha señalado el Consejo de Estado:

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

*En efecto, la Sala advierte que el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género. En efecto, de la revisión de las cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones. (...) Por otra parte, el análisis que permiten los Anales del Consejo de Estado, revela que el 28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013, corresponden a fallas en la atención en ginecología y obstetricia, ya sea por deficiencias en la atención en el embarazo y el parto o por la práctica de histerectomías innecesarias. Que un porcentaje tan significativo de las sentencias recientes en materia de responsabilidad médica corresponda a una*

---

<sup>77</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencias de 11 de junio de 2014. Expediente 27089. C.P. HERNAN ANDRADE RINCON.

*sola especialidad, debe alertar sobre las deficiencias en la atención que se presta en la misma.*

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

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

*A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona.<sup>78</sup>*

*18.4.1. En esta perspectiva, como medida de satisfacción y no repetición<sup>79</sup>, la Sala ordenará al director de cada una de las entidades demandadas que dirijan sendos oficios a cada uno de los demandantes legitimados como familiares de la señora Yulissa del Carmen Sánchez Copete, en los que reconozcan, en los términos estrictos de esta providencia, las fallas en las que se incurrieron en la atención gineco obstétrica brindada a esta última el día de su parto y posterior deceso, así como las medidas que han sido o serán adoptadas para evitar que las mismas vuelvan a repetirse en otros casos. Los oficios serán enviados, dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la dirección que los actores suministrarán, de desear recibirlos. El hospital*

---

<sup>78</sup> "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2014, radicación 23001233100020010027801 (28804), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo."

<sup>79</sup> "Sobre el tipo de medidas de reparación integral, consultar el artículo 8 de la Ley 975 de 2005, así como: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 6 de diciembre de 2001, caso Las Palmeras vs. Colombia, párr. 68 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de octubre de 2007, exp. 29.273, C.P. Enrique Gil Botero y de 18 de febrero de 2010, exp. 18.436, C.P. Mauricio Fajardo Gómez."

*informará al Tribunal Administrativo del Chocó y a la Procuraduría General de la Nación sobre el cumplimiento de esta medida...*<sup>80</sup>

La sentencia de primer grado incurre en **DEFECTO FÁCTICO** al privilegiar la aplicación al caso concreto de criterios de "equidad" en lugar de la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado en tanto Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014<sup>81</sup>, cuya *ratio decidendi* posee fuerza vinculante, en especial para los jueces de inferior jerarquía, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional entre otras, en las Sentencias C-836 de 2001<sup>82</sup>, C-634 de 2011<sup>83</sup> y SU-053 de 2015<sup>84</sup>, como forma de viabilizar la efectividad del derecho de las personas a la igualdad de trato ante la Ley, al tiempo de honrar los pilares constitucionales de buena fe, seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico. *Ratio decidendi* concretada en los siguientes términos: "(...) A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas..."<sup>85</sup>.

Ante la claridad de las razones que llevaron al Consejo de Estado a unificar la jurisprudencia frente a la indemnización de perjuicios infligidos por la muerte de una persona, la decisión del juez de primer grado de desconocer dicho criterio de autoridad aparece ostensiblemente infundada y arbitraria.

<sup>80</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencias de 30 de marzo de 2017. Expediente 38434. C.P. Danilo Rojas Betancourth."

<sup>81</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. Expediente: 73001-23-31-0002001-00418-01 (27.709). C.P: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

<sup>82</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 09 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. "(...) La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente..."

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 09 de agosto de 2001. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. "(...) El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante...."

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-053 de 12 de febrero de 2015. M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL. "(...) Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento..." "(...) En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico...."

<sup>85</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014 ya citada.

De lo expuesto resulta inadmisibile que el Juzgado A quo decida lo concerniente a la indemnización de perjuicios apelando a la teoría de pérdida de oportunidad de excepcionalísima configuración con base en la sentencia proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706)<sup>86</sup>, por las siguientes razones:

- i) No se trata de una sentencia de unificación.
- ii) En varias de sus normas, el CPACA otorga marcada relevancia a la labor de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, destacando que: **a)** *al resolver los asuntos de su competencia las autoridades deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado* (artículo 10); **b)** *las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho* (artículo 102); **c)** *el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida* (artículo 256); **d)** *Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado* (artículo 258).
- iii) El juzgado señala que si bien la inobservancia de los protocolos médicos en la atención del parto provocaron la pérdida de oportunidad de sobrevivir del nasciturus, no se puede determinar el porcentaje de probabilidad de estos para evitar su deceso, de haber sido practicados<sup>87</sup>, en orden a que, indica, se presentaron "*otros factores que pudieron desencadenar su deceso*"; conclusión totalmente falsa, por cuanto, ni por vislumbres se logró acreditar la presencia de anomalías o contingencias que hubiesen puesto en peligro su vida comoquiera que se trató de un embarazo desarrollado en términos de normalidad, y al punto, vale recalcar que tal como se expuso en los alegatos de conclusión y lo reconoció el juzgador, la teoría de exculpación de la Fundación Hospital San Pedro, de presencia de corioangioma, quedó totalmente aniquilada, como lo atestigua la declaratoria sin ambages de su responsabilidad frente al trágico desenlace. Así las cosas, es incorrecto e injusto que el despacho de primera instancia acuda a la *equidad*, aludiendo la inaplicable teoría de pérdida de oportunidad en el presente asunto, y disminuya la tasación de perjuicios pretextando una inexistente incertidumbre técnica y científica frente a las posibilidades de vida del nasciturus, en tanto quedó suficientemente averiguado que la causa efectiva y determinante de su deceso fue la falla en el servicio médico que no se apegó a los protocolos expedidos al efecto, amén que el embarazo fue normal, no se demostró la presencia del corioangioma y los mismos padres procrearon otra hija que vive actualmente en condiciones normales gracias a que su nacimiento se produjo mediante cesárea. Y es que la incorrecta invocación y aplicación de la teoría de pérdida de oportunidad al caso concreto se patentiza cuando el fallo incumple la carga de argumentación en la parte motiva, al tiempo que en la parte resolutive, declara la responsabilidad bajo el título de imputación de **falla de atención ginecobstétrica** y no por el de *pérdida de oportunidad*.
- iv) El soporte fáctico de dicho pronunciamiento es totalmente diferente al del caso en estudio, por cuanto aquél se refiere a la señora MARÍA SENED CAMPIÑO

<sup>86</sup> Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 05 de abril de 2017. Radicación: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706). C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>87</sup> Página 48 de la sentencia recurrida.

AGUDELO, paciente mayor de 50 años de edad que ingresa al servicio hospitalario con múltiples indicaciones médicas y serias patologías (*isquemia subendocárdica, fumadora de diez cigarrillos al día, precordialgia, infarto de miocardio, enfermedad microvascular, angina inestable, dolor retroesternal ocasional, con irradiación al brazo luego de ejercicio normal, defecto de refracción, espasmo muscular, enfermedad coronaria, dolor precordial ocasional con ejercicio normal, luego de vómitos, resultados clínica y hemodinámicamente anormales, alteraciones sugestivas de respuesta isquémica, opresión precordial en aumento, cronotropismo mal preservado e inotropismo normal, diabetes mellitus, colesterol bajo medicación, déficits de perfusión importantes en septum, apex y cara inferior que reperfundan con el reposo, déficit en septum y cara anterior, angina de pecho, caída súbita con pérdida instantánea de conocimiento como consecuencia de mareos y pérdidas de equilibrio, mareo, desvanecimiento y palidez, síndrome vertiginoso e infarto agudo al miocardio previo, hospitalización el diagnóstico: i) paro cardiorrespiratorio; ii) Killip IV (infarto agudo de miocardio con choque cardiogénico) y se solicitó valoración por la Unidad de Cuidados Intensivos para soporte ventilatorio y hemodinámico, episodios convulsivos, mal olor "fecaloide", abdomen distendido y peristaltismo, evento coronario agudo, alto riesgo de isquemia mesentérica agregada y signos de sepsis, Killip IV, sangrado digestivo alto, gastritis isquémica y duodenitis erosiva arritmia ventricular; su deceso final se produce a las 19:30 horas del día 16 de agosto de 1999, en el Hospital de Caldas (fl. 109, c. 1, verso) por isquemia mesentérica, shock cardiogénico, infarto agudo de miocardio y artero esclerosis)<sup>88</sup>. De lo reseñado, se tiene que la gravedad del estado de salud de CAMPIÑO AGUDELO imposibilita determinar hasta qué punto el servicio médico podía impedir que finalmente se presente su muerte.*

Por el contrario, en el presente caso se trata del primogénito de una pareja joven y saludable, con todas las expectativas y posibilidades de vivir, cuya muerte, como lo admitió el juzgado, se produjo por una falla evidente del servicio médico en la especialidad de obstetricia.

**v)** Lo más importante, según lo expuesto en dicho pronunciamiento, es que la figura de pérdida de oportunidad debe entenderse como constructo hermenéutico orientado por la necesidad de atribuir responsabilidad con consecuencias morigeradas, pero única y exclusivamente en aquellos casos en que no existe claridad sobre el nexo causal entre el proceder de la parte demandada y el daño resultante; *"dicho de otro modo, es un instrumento de facilitación probatoria aplicada a casos donde establecer la certeza del vínculo causal resulta una tarea imposible de alcanzar y, por ende, se imputa al actor de la conducta, el incremento de la probabilidad de haber ocasionado el daño..."*<sup>89</sup>, lo cual no sucede en el caso que nos convoca, en tanto quedó perfectamente demostrada la responsabilidad de Fundación Hospital San Pedro frente a la muerte del nasciturus, como consecuencia de no haber cumplido con *"los monitoreos, auscultaciones y registros de contracciones y de signos vitales de la madre y del feto..."*<sup>90</sup>

Ciertamente, el pronunciamiento citado por el juzgado de primer grado señala:

*"(...) a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto.*

<sup>88</sup> Sentencia de 05 de abril de 2017, radicación: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706) ya citada.

<sup>89</sup> Sentencia de 05 de abril de 2017, radicación: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706) ya citada.

<sup>90</sup> Página 46 de la sentencia recurrida.

*b) La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o en el nexa causal...*

*(...) 13.3... (...) [Es entonces un] factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexa causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente"<sup>91</sup>*

Otro **DEFECTO FÁCTICO** lo constituye la declaratoria de falta de legitimación en la causa de la niña ANNY SOFÍA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pues pese a que no había nacido para el tiempo en que murió su hermano (el nasciturus), los lazos que la unen a él perviven y se mantendrán durante toda su vida, debiendo acarrear los perjuicios derivados de dicho daño, siendo innegable el enorme y grave sufrimiento psicológico, moral y espiritual por ella padecido en condición de consanguínea, puesto que tan nefasto resultado truncó para siempre sus anhelos e ilusiones de crecer a lado de su hermano, y de contera, la ha privado de disfrutar de todas las vivencias, afecto, compañía, solidaridad y experiencias que dimanaban de aquella estrecha relación familiar.

La sentencia de segundo grado entraña **DEFECTO FÁCTICO** al señalar que la señora ERIKA ELIZABETH y la criatura que llevaba en su vientre recibieron por parte de la fundación demandada, atención especializada acorde a la condición verificada de conformidad con los análisis físicos y ayudas diagnósticas, por cuanto los registros de la historia clínica contradicen tal aserto, en tanto fueron incompletos e inexactos, amén que informan que no se tomaron las precauciones debidas a partir de la aplicación de tramadol y oxitocina; tampoco se tomaron los monitoreos fetales necesarios ante la prolongación del trabajo de parto.

La misma providencia contiene **DEFECTO FÁCTICO** cuando señala que la muerte del nasciturus pudo haber ocurrido por la presencia del tumor corioangioma, mismo que, aduce, fue detectado a través de un examen de "*hinmunohistoquímica*" (SIC). **ESTE ARGUMENTO ES TOTALMENTE FALSO.** En el expediente quedó perfectamente demostrado que dicho estudio jamás fue realizado, lo que se comprueba porque el informe de patología es el último documento que en orden cronológico aporta la parte demandante<sup>92</sup>, al unísono con la parte demandada<sup>93</sup>, al tiempo que es el registro final que obra en la transcripción de historia clínica<sup>94</sup>. Y aquí, resulta lamentable advertir que muy probablemente, la Corporación Adquem haya sido asaltada por el testimonio del ginecólogo FILIPO VLADIMIR MORÁN MONTENEGRO, quien **FALTANDO A LA VERDAD** declaró en tal sentido. Y es que hay que recordar que incluso el perito señaló enfáticamente la probabilidad de que tal diagnóstico de tumoración nunca se hubiese presentado.

La sentencia de alzada incurre en la misma causal específica de procedibilidad cuando pretende endilgar responsabilidad a los familiares del nasciturus en la no determinación de causa de muerte por la no realización de la necropsia, siendo que ese deber incumbe a la fundación accionada, a través de sus directivos y agentes según lo señalado por los literales e y f, artículo 7 del Decreto 786 de 1990, del siguiente tenor: "*(...) DECRETO 786 DE 1990 (abril 16) Diario Oficial No. 39.300, de*

<sup>91</sup> Sentencia de 05 de abril de 2017, radicación: 17001 23 31 000 2000 00645 01 (25706) ya citada.

<sup>92</sup> Folio 110 del cuaderno principal.

<sup>93</sup> Folio 280 del cuaderno principal.

<sup>94</sup> Folio 267 del cuaderno principal.

17 de abril de 1990.- Artículo 7. **Autopsias que proceden obligatoriamente:** ...  
 e) cuando se sospeche que la muerte pudo haber sido causada por un acto médico;  
 f) muerte de gestantes o del producto de la concepción cuando haya sospecha de aborto no espontáneo... Tal argumento no puede aceptarse, en primer lugar porque informan mis mandantes que no procedieron de tal manera; en segundo, porque no pasan de ser afirmaciones realizadas por cada uno de los médicos al servicio la fundación accionada con sospechoso sincronismo y carentes de respaldo probatorio; y en tercero, pero lo más importante, porque siendo su deber ineludible, el personal médico y hospitalario, muy bien podía haber obrado apelando a la persuasión o prevalido del uso de la fuerza para obtener su realización como en efecto lo hicieron cuando expulsaron al padre de la criatura fallecida, a pesar de las súplicas y el lamentable estado de salud de la demandante. Al punto HILBIA LUCÍA GUALMATAN SÁNCHEZ, expresó: "(...) *Estuvimos el 05 de enero hasta las cinco de la tarde, el 06 de enero hasta las cinco de la tarde. A esa hora, ya a mí me sacaron y el esposo le pidió el favor de que lo dejaran; lo dejaron hasta las seis de la tarde, y a las seis de la tarde lo... ya el... fue el vigilante y lo sacaron, que ya no era necesario, cuando ella estaba muy enferma allá y que no podía ni levantarse ella sola ni para ir al baño ni nada...*"<sup>95</sup>

También se evidencia **DEFECTO FÁCTICO** cuando la Corporación adquem indica que *"la cesárea fue oportuna por cuanto se practicó tras advertir la presencia de meconio"*, ya que dicho hallazgo siempre está asociado a sufrimiento fetal o estrés del nasciturus, lo cual era altamente probable dada la prolongación del trabajo de parto, además de que se desatendió los cuidados requeridos en tanto se había utilizado tramadol y oxitocina en el proceso.

La Magistratura demandada incurre en **DEFECTO FÁCTICO** cuando señala que *"la falta regularidad en la realización de los monitoreos fetales no comporta falla del servicio ni causa eficiente del daño ni negligencias que comporten la pérdida de oportunidad"*. Todo lo contrario, la falta de monitoreos constantes pone de manifiesto que la embarazada fue atendida de manera negligente y descuidada, tomando en cuenta el tiempo del parto y la estimulación química contradictoria del proceso de dilatación uterina. La falta de dichos estudios y la desatención del personal ginecológico a los llamados de las enfermeras, corroboran las quejas de abandono formuladas por los familiares de la paciente.

Otro **DEFECTO FÁCTICO** protuberante se configura cuando la Colegiatura indica *"que no existe prueba de probabilidad de vida del nasciturus ante la falta de resultado de la necropsia"*. En vista de que en concepto del perito, unido a las ecografías y evidencias físicas en la madre y feto, se puede inferir que el corioangioma no se presentó, la probabilidad de vida del nasciturus es ALTA, siempre que hubiese contado con una atención mínimamente adecuada y humana.

## FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

### PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES.

<sup>95</sup> Minuto 01:09:45 a 01:10:11 – Registro de video –Audiencia de Pruebas 01-06-2017.

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, cuando puede constatarse que con su proferimiento han resultado vulnerados derechos fundamentales, identificando al efecto, por lo menos seis causales, en cuya presencia puede predicarse el menoscabo de mandatos constitucionales. Tales criterios fueron recogidos en la sentencia T – 200 de 2004<sup>96</sup> de la siguiente manera:

*i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido<sup>97</sup>.*

***ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omita la práctica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido<sup>98</sup>.***

*iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia<sup>99</sup>.*

*iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos<sup>100</sup>.*

*v) Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia<sup>101</sup>.*

*vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto<sup>102</sup> (Resaltado a propósito).*

Mediante sentencia 613 del 16 de junio de 2005, con ponencia del Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, la Alta Colegiatura realizó un recuento jurisprudencial

<sup>96</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>97</sup> Sobre defecto sustantivo pueden consultarse las sentencias T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02, entre otras.

<sup>98</sup> Sobre defecto fáctico, pueden consultarse las siguientes sentencias: T-260/99, T-488/99, T-814/99, T-408/02, T-550/02, T-054/03

<sup>99</sup> Al respecto, las sentencias SU.014/01, T-407/01, T-759/01, T-1180/01, T-349/02, T-852/02, T-705/02

<sup>100</sup> Sobre defecto sustantivo, pueden consultarse las sentencias: T-260/99, T-814/99, T-784/00, T-1334/01, SU.159/02, T-405/02, T-408/02, T-546/02, T-868/02, T-901/02

<sup>101</sup> En la sentencia T – 123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, esta Corporación señaló: "Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución". Sobre este tema, también la sentencia T – 949 de 2003.

<sup>102</sup> Sentencias T – 522 de 2001 y T – 462 de 2003.

sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como sigue:

*"[E]n la sentencia C-543 de 1992,<sup>103</sup> la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, normas que regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales, por considerar que desconocían las reglas de competencia fijadas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica. En esta decisión, la Sala Plena de la Corte Constitucional, **que no rechazó en términos absolutos la posibilidad de que la acción de tutela procediera contra providencias judiciales**, previó casos en los cuales, de forma excepcional, esta era procedente contra actuaciones que, aunque en apariencia estuvieran revestidas de formas jurídicas, en realidad implicaran una vía de hecho. Al respecto dijo la Sala Plena en la sentencia C-543 de 1992,*

*"(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia."*

*Las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional, atendiendo a la fuerza vinculante de los fallos de constitucionalidad erga omnes, han aplicado en casos concretos el precedente recientemente citado. Así, por ejemplo, puede citarse la sentencia T-158 de 1993, en la que la Sala Novena de Revisión de la Corte decidió confirmar la decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Popayán de conceder el amparo solicitado por el accionante en razón a que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se quebrantó el derecho fundamental del debido proceso al negar el recurso de apelación exigiéndose un requisito inexistente en el Código de Procedimiento Civil.<sup>104</sup> Otro ejemplo se encuentra en la sentencia T-173 de 1993,<sup>105</sup> en la que se consideró que*

<sup>103</sup> MP. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>104</sup> En la sentencia T-158 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) se consideró: "Aunque esta Corte declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991(...), la doctrina acogida por esta misma Corporación, ha señalado que es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante vías de hecho vulneren o amenacen derechos fundamentales. El caso que nos ocupa enmarca cabalmente dentro de los parámetros de esta excepción, por cuanto existe en él evidencia de una flagrante violación de la ley, constitutiva de una vía de hecho, en detrimento del derecho fundamental al debido proceso. (...) El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito: en primer lugar, porque es contrario a la rectitud de justicia el impedir el derecho natural a la defensa; en segundo lugar, porque si el juez impone

*"Las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte - pese a su forma - en verdaderas vías de hecho, no merecen la denominación ni tienen el carácter de providencias para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.*

*(..)*

*"De los párrafos transcritos aparece claro que la doctrina de la Corte ha efectuado un análisis material y ha establecido una diáfana distinción entre las providencias judiciales -que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico- y las vías de hecho por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.*

*"En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho."*

*La evolución de la jurisprudencia condujo a que, desde la sentencia T-231 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) se determinara cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como una vía de hecho. En la providencia mencionada se indicaron los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una vía de hecho cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*

*Esta doctrina constitucional también ha sido precisada y reiterada en varias sentencias de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional proferidas entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) y SU-159 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia SU-1184 de 2001<sup>106</sup> se dijo lo siguiente:*

---

*requisitos que no están autorizados por la ley, estaría extralimitándose en sus funciones; en tercer lugar, porque falta la rectitud de la razón jurídica."*

<sup>105</sup> MP: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>106</sup> MP. Eduardo Montealegre Lynett).

"La Corte Constitucional ha construido una nutrida línea de precedentes en materia de tutela contra providencias judiciales, bajo las condiciones particulares de lo que se ha denominado la vía de hecho. No es de interés para este proceso en particular hacer un recuento de dicha línea de precedentes. Baste considerar que sus elementos básicos fueron fijados en la sentencia T-231 de 1994<sup>107</sup>, en la que se señaló que existe vía de hecho cuando se observan algunos de los cuatro defectos: sustantivo, orgánico, fáctico y procedimental."

La Corte ha indicado que, en lugar para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, debe verificarse en cada caso concreto si reúne los estrictos requisitos precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A saber:

- **Que la conducta del agente carezca de fundamento legal.** Dado que la ley es el principio de toda actuación que realice cualquier autoridad pública, ésta no puede, por ende, extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.<sup>108</sup>
- **Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial.** La Corte ha dicho que dado que en sistema jurídico colombiano, la determinación subjetiva del juez no produce efectos jurídicos, sino que debe obedecer a la objetividad legal para que su acto este totalmente legitimado. Lo anterior no quiere decir que el Juez no cuente con la potestad de interpretar las normas adecuándolas a las circunstancias reales y concretas. Sin embargo, "lo que nunca puede hacer es producir efectos jurídicos con base en su voluntad particular, ya que sólo la voluntad general determina el **deber ser** en el seno de la comunidad, donde prima el **interés general**."<sup>109</sup>
- **Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente.** La actitud ilícita del juez debe violar los derechos y el orden legal grave e inminentemente, para de esta manera justificar la acción inmediata por parte del Estado para que no se produzca el efecto ilícito. La inminencia debe entenderse como "la evidente probabilidad de una consecuencia negativa e ilícita producida por la actuación judicial."
- **Que no exista otra vía de defensa judicial,** o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.

Ahora bien, en los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una "violación flagrante y grosera de la Constitución", es más adecuado utilizar el concepto de "causales genéricas de procedibilidad de la

<sup>107</sup> MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>108</sup> Corte Constitucional Sentencia T- 327 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>109</sup> Corte Constitucional, T- 327 de 1994, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

acción" que el de "vía de hecho." En la sentencia T-774 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) se describe la evolución presentada de la siguiente manera:

"(...) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no (...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.<sup>110</sup> En este caso (T-1031 de 2001) la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando 'su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados.'

"Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar '(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.' Así, la regla jurisprudencial se redefine en los siguientes términos,

"Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.<sup>111</sup>

**"(...) ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reglas de procedencia y procedibilidad conforme a la sentencia C-590/05**

<sup>110</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1031 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) En este caso se decidió que "(...) el premitir la utilización de los medios ordinarios de defensa, torna en improcedente la acción de tutela. Empero, la adopción rigurosa de éste postura llevaría, en el caso concreto, a una desproporcionada afectación de un derecho fundamental. En efecto, habiéndose establecido de manera fehaciente que la interpretación de una norma se ha hecho con violación de la Constitución, lo que llevó a la condena del procesado y a una reducción punitiva, no puede la forma imperar sobre lo sustancial (CP. art. 228). De ahí que, en este caso, ante la evidente violación de los derechos constitucionales fundamentales del demandado, la Corte entiende que ha de primar la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos, por encima de la exigencia de agotar los medios judiciales de defensa."

<sup>111</sup> Corte Constitucional, sentencia T-949 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte decidió que "(...) la infracción del deber de identificar correctamente la persona sometida al proceso penal, sumada a la desafortunada suplantación, constituye un claro defecto fáctico, lo que implica que está satisfecho el requisito de procedibilidad exigido por la Jurisprudencia para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales."

**DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia**

**DEFECTO FACTICO**-Se estructura siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, atribuibles a deficiencias probatorias del proceso

La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución., o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

**DEFECTO FACTICO**-Dimensión negativa de la prueba por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso

Ocurre cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

**DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION PROBATORIA-Configuración**

El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso...<sup>112</sup>

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

<sup>112</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-117 del 07 de marzo de 2013. M.P: ALEXEI JULIO ESTRADA.

Fundo esta acción en lo preceptuado por el artículo 86 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 13, 29, 228 y 230, de la misma obra; en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 1983 de 2017.

### **PETICIÓN:**

Solicito respetuosamente al señor Juez, se sirva realizar los siguientes pronunciamientos:

1. Tutelar en nuestro favor los derechos fundamentales invocados y aquellos cuya vulneración resulte probada.
2. Declarar la nulidad de la providencia de segunda instancia proferida el 02 de septiembre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Nariño con ponencia de la Magistrada BEATRIZ ISABLE MELODELGADO PABÓN dentro del Proceso de Reparación Directa **52-001-33-33-001-2013-00089-00** (6582).
3. Ordenar a la citada autoridad judicial se sirva proferir nueva sentencia declarando que Fundación hospital San Pedro es responsable administrativa y patrimonialmente por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes *el 6 de enero del 2011, con ocasión de la muerte del nasciturus concebido por ÉRICA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y PEDRO FERNANDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ*, de conformidad con la realidad procesal otorgada por el material probatorio recaudado; asimismo que se realicen los demás ordenamientos consecuenciales a ello tal como se invocaron en la demanda.
4. Los demás que su Señoría tenga a bien impartir.
5. Se advierta a las autoridades judiciales accionadas sobre las sanciones que pueden imponerse en caso de desacato.

### **COMPETENCIA**

De conformidad con la calidad de los funcionarios judiciales demandados de mayor jerarquía y lo dispuesto por el numeral 5, artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017, son ustedes, Señores Consejeros, competentes para conocer y decidir la presente Acción de Tutela.

### **PRUEBAS:**

Solicito que en la oportunidad legal se sirva decretar, practicar y valorar como tales, las siguientes:

### **DOCUMENTALES:**

#### **Adjunto en copia digital los siguientes:**

Expediente correspondiente al radicado 52-001-33-33-001-2013-00089-00 (6582) interpuesto por ERIKA ELIZABETH SÁNCHEZ SÁNCHEZ y otros en contra de

Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud Emssanar – Ess, Seccional Pasto y otros.

### **JURAMENTO:**

Bajo la gravedad de juramento manifestamos que no hemos interpuesto ninguna otra acción de tutela con base en los mismos hechos y derechos.

### **LITISCONSORCIO NECESARIO:**

A fin de que se integre debidamente la Litis en el extremo pasivo, respetuosamente solicitamos, vincular ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR ESS, FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO y EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO.

### **ANEXOS:**

Anexo a la presente los documentos relacionados en el acápite de pruebas documentales y una (01) copia de la solicitud de amparo; un disco compacto (CD) que contiene copia de la presente en formatos word y pdf lo mismo que del expediente **52-001-33-33-001-2013-00089-00** escaneado y segmentado en archivos debidamente rotulados que no superan las 10 MB.

Respecto de las copias para traslado, de manera comedida solicitamos que atendiendo los principios procesales de economía y celeridad, no obstante la posibilidad de acceso al expediente que ha dado origen a la presente acción por parte de las autoridades accionadas, la misma se surta a través de medios electrónicos.

### **NOTIFICACIONES:**

**Juzgado Primero Administrativo Circuito de Pasto:** Calle 19 No. 21B-26, Segundo Piso, Oficina 201, Edificio Montana.

**Tribunal Administrativo de Nariño:** Calle 19 No. 23-00; Palacio de Justicia, Bloque 3, Piso 3; Teléfono 7233026.

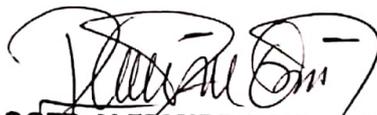
**ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR ESS:** Calle 11A Carrera 33 Esquina Barrio La Aurora de Pasto, Nariño; Teléfono: 7336030; Correo Electrónico: webmaster@emssanar.org.co.

**FUNDACIÓN HOSPITAL SAN PEDRO:** Calle 16 con Carrera 43 Esquina, Barrio San Pedro de Pasto; Teléfono: 7336000; Correo Electrónico: webmaster@hospitalsanpedro.org.co.

**EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JUAN PABLO II DEL MUNICIPIO DE LINARES, NARIÑO:** Carrera 2 No. 2-33, Sector San Sebastián - Barrio Gólgota; Telefax: (2) 7287456; Correo Electrónico: esejuanpablo2@hotmail.com.

**DEMANDANTES Y APODERADO:** Las recibiremos en la Casa 5, Manzana C, Barrio Portal de los Sauces de El Tambo, Nariño, teléfono celular No. 3105043323, correo electrónico: rogernm1975@hotmail.com.

De los Señores Magistrados, Atentamente,



**ROGER ALEJANDRO MENA ORTEGA**  
C.C. No. 98.334.415 de El Tambo. Nariño  
T.P. No. 249.127 del C. S. de la J.