

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

NOTA DE RELATORÍA – En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 1581 de 2012, y atendiendo a la solicitud de la Presidencia de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, la Relatoría del Tribunal Administrativo de Boyacá ha omitido los nombres de los demandantes y de los menores en esta providencia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA OBSTÉTRICA- Falla del servicio de la E.S.E. Hospital de Duitama

Revisado el material probatorio, esta Sala encuentra 4 circunstancias que resultan relevantes para desatar el recurso de alzada, a saber: (i) La evolución del embarazo gemelar de la paciente XX hasta antes de su ingreso a la ESE demandada; (ii) El diagnóstico y estudio del caso al momento del ingreso de la paciente; (iii) el tiempo de atención de una cesárea programada por embarazo gemelar; y (iv) Las pruebas realizadas para determinar las causas muerte del óbito masculino. (...)De acuerdo con la prueba indiciaria de la cual se realizó el recuento y de conformidad con la jurisprudencia que gobierna la falla médica en la especialidad de obstetricia, se concluye que el argumento de apelación no tiene vocación de prosperidad, en la medida que se evidencia un desarrollo normal del parto, que solo se refieren algunas complicaciones iniciales que fueron descartadas con los diagnósticos posteriores, en especial el realizado el 24 de julio de 2006, en el cual se indicó la evolución normal del embarazo gemelar de XX. Las inconsistencias entre la Historia Clínica y las explicaciones de la muerte anterior a la atención médica por obstetricia, puesto que se indicó que los gemelos estaban con vida al momento del ingreso, y luego se sostiene que el óbito masculino había muerto entre 24 a 36 horas antes del parto; la falta de diagnóstico especializado, control y seguimiento constante al evento de Alto Riesgo Obstétrico que constituye un embarazo gemelar, la demora en la práctica de una cirugía programada con 2 días de antelación, espera que se prolongó por más de 8 horas y finalmente la omisión en la práctica de la necropsia para establecer de manera técnica los motivos de la muerte del menor, permiten concluir que existió una falla probada del servicio médico de obstétrica, motivo por el cual será confirma la sentencia objeto de apelación. En la medida que la ESE Hospital de Duitama fue apelante único, y que en el recurso no se hizo referencia a inconformidad alguna en relación con la tasación de perjuicios morales, esta Sala mantendrá lo decidido al respecto frente a los mismos, en la sentencia de primera instancia.

MEDIDAS RESTAURATIVAS NO PECUNIARIAS DE NO REPETICIÓN – Aplicación en caso de falla médica obstétrica.

No obstante lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que en estos casos las medidas restaurativas, no son únicamente de orden patrimonial, sino que involucran otras decisiones de orden resarcitorio y de no repetición, que podrán ser ordenadas aún de oficio, superando la barrera del principio de la

Demandante: XX y otros
Demandado: ESE Hospital Regional de Duitama y otro
Expediente: 15693-3331-002-2008-00307-01
Medio de control: Reparación Directa

non reformatio in peius, por tratarse de medidas pro homine, que buscan el restablecimiento de los derechos de los menores y de las mujeres gestantes, ante la negligencia de la atención del Sistema de Salud, en esa medida se procederá a estudiar la jurisprudencia que soporta esa posición y a establecer si en sub judice hay lugar a ordenar alguna de estas medidas. Frente a la importancia de las medidas restaurativas y la posibilidad de ordenarlas en sede de segunda instancia cuando la demandada es apelante único el Consejo de Estado, sostuvo: (...) Existe una sentencia de unificación sobre las medidas restaurativas que deben adoptarse en los casos de falla médica obstétrica como el presente, a saber en ese precedente se señaló: (...)Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda que se encuentra dentro de los eventos destacados en las jurisprudencias en cita, pues la negligencia médica fue evidente conforme a la prueba indiciaria, sometieron a la demandante a la espera por más de 8 horas de un procedimiento quirúrgico programado; no se evidencia la realización de exámenes diagnósticos, de control y seguimiento; ante la muerte de uno de los niños por nacer, remitieron a la realización de necropsia la cual nunca tuvo lugar, pese a contar con unidad de medicina legal en el Hospital Regional de Duitama, además de emitir concepto sobre la muerte 24 a 36 horas anteriores del óbito fetal masculino, cuando existe evidencia del ingreso con vida de éste. Circunstancias que implican la adopción de medidas restaurativas, como la publicación de esta sentencia en la página web de la ESE Hospital Regional de Duitama, la celebración de ceremonia privada donde le sea ofrecida excusas a los demandantes XX y XX, por la muerte de su hijo por nacer, la cual deberá tener lugar dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia bajo el consentimiento de los aludidos demandantes; así mismo se dispondrá el envío de esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de Género para que haga parte de las providencias a tener en cuenta para la política de optimización en la prestación del servicio gineco-obstetra y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género. Por último, como medida de no repetición ante la inexistencia de protocolos internos de atención de partos por cesárea tanto de embarazo único como múltiple, y de asistencia post mortem de óbitos fetales que incluya necropsia y estudio de patología y acompañamiento psicológico a la paciente y familiares, se ordenará al Hospital Regional de Duitama que en el término de un mes elabore y apruebe dichos protocolos para que sean adoptados como política institucional, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.

Tunja, - 3 MAY 2016

Demandante: XX y otros
Demandado: ESE Hospital Regional de Duitama y otro
Expediente: 15693-3331-002-2008-00307-01
Medio de control: Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho.

El 11 de abril de 2016, la Secretaría General del Consejo de Estado (fl. 627) remitió sentencia de tutela proferida el 23 de febrero de 2016 por la Sección Segunda Subsección "B" (fls. 628 a 636) en la que se ampararon derechos fundamentales de los demandantes en este proceso, dejando sin efecto la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2015 por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá y ordenó en el término de 20 días siguientes a la notificación se profiriera nueva sentencia que decidiera de fondo la demanda de reparación directa de la referencia. Procede esta Sala a cumplir la orden judicial.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada ESE Hospital Regional de Duitama, contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de septiembre de 2013 por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual, accedió a algunas de las pretensiones de la demanda presentada por XX y XX en nombre propio y de las menores XX y XX, contra la ESE Hospital Regional de Duitama y la EPS Saludcoop.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda. (f. 2-14). En ejercicio de la acción de reparación directa, los señores XX y XX en nombre propio y en representación de sus menores hija XX y XX, a través de apoderado judicial, pidieron declarar administrativa y contractualmente responsable a la ESE Hospital Regional de Duitama y a la EPS Saludcoop por los perjuicios patrimoniales y morales causados con ocasión de la omisión en la atención diligente y oportuna durante el parto de XX, lo cual conllevó la muerte de uno de sus hijos por nacer.

A título de condena, pretendieron que las demandadas cancelen a título de daño emergente la suma de \$2.500.000, como lucro cesante \$1.000.000, además como daño emergente a los demandantes XX y XX 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes –s.m.m.l.v.- a cada uno y a las demandantes XX y XX 90 s.m.m.l.v. a cada una. Además, que la condena fuera indexada y cumplida en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

Señalaron, como hechos relevantes, que la señora XX el **26 de julio de 2006**, a las 7:15 a.m. fue remitida por la EPS Saludcoop a la ESE Hospital Regional de Duitama, en adelante la ESE; que ingresó a una habitación de la ESE a las 8:00 a.m.; que a las 11:00 a.m. inició trabajo de parto, situación que le manifestó a una

enfermera de turno sin obtener respuesta alguna; que hasta las 12 m. fue revisada por el médico, quien le tomó la tensión arterial y le manifestó que aún no sentía los movimientos de los niños por nacer, que debían esperar que se desocupara la Sala de Partos, que no había disponibilidad de atención inmediata, y que el ginecólogo Mauricio Niño no se encontraba en el momento.

Que siendo las 2:30 p.m. la señora XX fue trasladada a la Sala de Partos del Hospital Regional de Duitama, donde esperó hasta las 5:00 p.m. momento en el que pasó a Sala de Cirugía. Indicó que sobre las 5:30 de la tarde, llegó el ginecólogo Mauricio Niño, quien le manifestó que uno de los niños por nacer estaba muerto y que eso había sucedido unos tres días atrás. Situación que le fue puesta en conocimiento a XX y a una hermana de la paciente, quienes solicitaron le hicieran necropsia al menor, sin embargo, en la ESE les informaron que no había un profesional o persona idónea para realizar dicho procedimiento, motivo por el cual, el **27 de julio de 2006** fue enviado el progenitor junto con el cuerpo del niño sin vida a la ciudad de Tunja para dicho procedimiento.

Aseveró que para dicho desplazamiento no fue dispuesto una ambulancia y mucho menos que fuera acompañado por personal profesional ambulatorio adecuado para realizar la correspondiente necropsia en el Hospital San Rafael de Tunja, en vista de ello, procedió a trasladarse en un taxi expreso para realizar dicha diligencia. Que en el Hospital San Rafael de Tunja le indicaron que no podía realizarse la necropsia porque ese no era el procedimiento, desatendiendo la orden de remisión para la práctica de la misma, así mismo que la necropsia debía hacerse en el Hospital Regional de Duitama o por un médico particular.

Que ante la negativa del Hospital Regional de Duitama y del San Rafael de Tunja para realizar la necropsia, en vista de la desesperación que le embargaba procedió a efectuar las exequias fúnebres correspondientes para el día **28 de julio de 2006**.

De otra parte señala que la demandante XX le manifestó al médico ginecólogo Mauricio Niño que, contrario a lo afirmado por él, le habían sido entregados resultados de unos exámenes tomados en MEDIAGNOSTICA que constataban la vitalidad de los dos menores, demostrando un embarazo gemelar con fetos vivos. Por último informó que el **24 de julio de 2008**, fue radicada solicitud de conciliación extrajudicial, una vez programada la diligencia para el **3 de octubre de 2008**, fue aplazada por las partes, para que tuviera lugar el **1º de diciembre de 2008**.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f. 515-529 vto.)

*El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama puso término a la instancia con sentencia proferida el **30 de septiembre de 2013**, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

*Contrajo el problema jurídico a determinar si las entidades demandadas son responsables, por falla del servicio médico obstétrico, por la muerte de un *naciturus* cuyo embarazo se desarrolló en términos normales (fl. 521 vto.).*

*El juzgado de primera instancia desestimó las excepciones propuestas por la E.S.E. Hospital Regional de Duitama, en relación con la **caducidad de la acción y falta de legitimación y competencia del funcionario que tramitó la audiencia de conciliación**, se estuvo a lo resuelto por esta Corporación en providencia de **7 de diciembre de 2009**, que avaló el trámite de conciliación ante la Personería Municipal de Santa Rosa de Viterbo y concluyó que no había operado el fenómeno de caducidad. En lo concerniente a la excepción **antecedente de demanda ya tramitada entre las mismas partes**, sostuvo que el rechazo de la acción de reparación directa incoada bajo el radicado No. **15693-33-31-002-2008-00236** no impedía la presentación de una nueva acción, en la cual se acreditaran los requisitos previstos para tal fin, toda vez que ello ni implica el acaecimiento de la cosa juzgada, en los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.*

*Respecto a las excepción propuesta por la EPS SALUDCOOP, consideró que la **falta de legitimación por pasiva por no existir jurídicamente la persona demandada**, concluyó con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que la EPS demandada estaba legitimada por pasiva, en la medida que la demandante estaba cotizando allí al momento de la atención del embarazo gemelar.*

*De otra parte, sobre la excepción que se denominó **inexistencia de la EPS Saludcoop Duitama**, la Juez de primera instancia consideró que “sin embargo, se advierte que si bien es cierto la parte accionante dirige su demanda contra EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SALUDCOOP DUITAMA, no lo es menos que por ella fue presentado el certificado de existencia y representación antes aludido, a lo cual se suma que dentro de las diligencias de la demanda fue debidamente notificada a LA ENTIDAD*

PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO "SALUDCOOP" (f. 214), entidad que actuara dentro de las presentes diligencias a través de apoderado y que ejerciera su derecho de defensa y contradicción en debida forma..." (f. 521 vto.), así las cosas concluyó que ante la comparecencia de la demandada al proceso, debe prevalecer al derecho sustancial sobre lo procesal y considerarse que se demandó a la EPS Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop, por consiguiente tampoco prosperó esa excepción.

Al resolver el fondo del asunto, el a quo hizo un recuento normativo, frente a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por falla médica, así mismo analizó de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre responsabilidad por falla médica obstétrica desde el régimen de falla probada al de falla presunta y, finalmente, al de falla probada pero con carga dinámica de la prueba; no obstante, dejó claro que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal y que el proceso de alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de falla, y que corresponde al demandante demostrar que el embarazo tuvo un desarrollo normal que no auguraba complicación alguna, para determinar que al momento de parto se presentó el daño debido a la falla del servicio por la prestación médica.

Indico que en el sub-examine, para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, la parte actora demostró:

*a) El daño o perjuicio que sufrió sin estar obligado a soportarlo, originado por una acción u omisión imputable a una autoridad pública, daño que se encuentra probado con la muerte del *naciturus* de la señora XX.*

*b) La falla del servicio en el acto obstétrico que se probó en la omisión del centro médico de realizar la evaluación prenatal con monitoria fetal, procedimiento que hubiera permitido establecer la condición de salud de los *naciturus* al momento del ingreso al centro hospitalario previo a la práctica de la cesárea, como quiera que en el control realizado el **24 de julio de 2006** a las 5:26 pm, en la Corporación IPS SALUDCOOP BOYACÁ-DUITAMA, consta que los fetos estaban vivos con las siguientes observaciones "AU 39 CM FETOS VIVOS FCF 1DE132X MN FCF DEL 2 DE 144 XMN" y en la epicrisis de ingreso del **26 de julio de 2006**, consta que se presentaba actividad cardíaca de ambos fetos, resultando contrario a lo asegurado por el médico que atendió la cesárea al informar que uno de los gemelos estaba*

muerto hacia tres (3) días. Si el embarazo fue normal e incluso el día del nacimiento no se presentó complicación o riesgo para el alumbramiento como se consigna en los exámenes realizados y aportados al expediente, se infiere que el daño se dio con ocasión de la prestación del servicio médico.

c) El nexó causal se estableció al relacionar la conducta negligente de la ESE Hospital Regional de Duitama en la prestación del servicio de salud, al omitir la práctica de exámenes y procedimientos de conformidad con el protocolo para atención al parto de la señora XX, indispensable para conocer el estado de salud de los gemelos previo a la cesárea, omisión que le produjo daños irreversibles por la muerte de uno de sus hijos.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de Saludcoop EPS como promotor de salud, el a quo consideró que no existía medio probatorio dentro del plenario para concluir que hubiera incurrido en falla médica, por cuanto, su obligación según la ley es organizar y garantizar la prestación de los servicios del POS y le corresponde a las IPS prestar la atención médica a los usuarios.

Entonces teniendo en cuenta que el Hospital Regional de Duitama prestó el servicio de salud a la señora XX como establecimiento público descentralizado de orden municipal, permite que responda por los que le sean imputables, sin actuar como prestadora de salud perteneciente a la EPS Saludcoop, por tanto, la Juez concluyó que no existió una acción u omisión determinante en la causación del daño por parte de la EPS Saludcoop, en consecuencia, declaró probada la excepción de inexistencia de requisitos que permitan constituir causalidad.

Al considerar que existió el daño imputable a la ESE Hospital Regional de Duitama reconoció perjuicios morales para los señores XX y XX en cuantía de 100 SMLMV y para las menores XX y XX por 50 SMLMV, negando las demás pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACION.

*La ESE HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA impugnó la sentencia de **30 de septiembre de 2013**, estimó que existe una violación de la ley por vía de hecho, en tanto en la providencia de **7 de diciembre de 2009** y en la sentencia motivo de*

apelación, no fue estudiada la competencia del Personero Municipal como agente del Ministerio Público en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para adelantar conciliación prejudicial, y que por el trámite adelantado ante éste se pudiera suspender el término de caducidad, razón por la cual había operado la caducidad, por lo cual pidió que se aplique al caso el artículo 23 Ley 640 de 2001, según la cual “las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo solo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción (...)” (f. 532), facultad que no ha sido delegada a los Personeros Municipales salvo para asuntos de Familia de manera excepcional, facultados para ello por el artículo 31 de la misma ley.

Que dicho requisito de conciliación extrajudicial para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa entró en vigencia con la Ley 1285 de 2009, por cuanto la establecida en la Ley 640 de 2001 no llegó a ser requisito de procedibilidad, señalando que todas las demandas previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. anteriores al **23 de enero de 2009**, deber haber agotado previamente la conciliación prejudicial ante el Procurador Judicial delegado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En torno a la falla en el servicio médico manifestó que la juez de primera instancia declaró la responsabilidad del Hospital basándose en el control realizado por el Dr. Luis Fernando Rentería y el testimonio de la Dra. Clara Inés Corredor Cely, afirmó que el Juzgado hizo una calificación “demasiado ligera” (f. 535); que se dejó de efectuar la evaluación del acto médico para determinar la existencia del daño, tales como: la función del personal médico y paramédico en todo el tratamiento, el diagnóstico, las órdenes, los exámenes, la intervención quirúrgica, en atención a que de éste -el acto médico- depende de los medios existentes, siendo claro que para el momento de los hechos el Hospital no contaba con los necesarios para determinar la anomalía en la salud de la gestante XX el día **26 de julio de 2006**.

Que en el óbito masculino se advirtieron anomalías congénitas anteriores al nacimiento que no son producto de la mala praxis médica o consecuencia de la prestación de un servicio médico inoportuno, afirma que de haberse realizado una mala praxis, el otro niño no hubiera nacido en buenas condiciones de salud, ya que el personal médico actuó bajo la misma conducta en todo el alumbramiento.

Afirmó que no puede endilgarse responsabilidad al Hospital como quiera que no se conocieron las causas del fallecimiento del feto, en consecuencia la declaratoria de responsabilidad sin determinar las causas del fallecimiento y bajo el único argumento de la mala praxis del procedimiento quirúrgico resulta ilógica si se tiene en cuenta que de ser cierta tal afirmación no hubiera sobrevivido ningún naciturus, contrario a lo sucedido donde hubo un nacimiento exitoso de uno de los gemelos, como sustento de su argumento citó la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de 14 de noviembre de 2012, en Acción de Reparación Directa No. 2001-0268-01 “en consecuencia, la responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lexartis y que esta inobservancia fue la causa eficiente del daño” (f. 536).

Concluyó que no existe ningún elemento probatorio que indique que existió una mala praxis en el servicio prestado o que se omitió alguno de los procedimientos ordenados por el protocolo dentro de la práctica de la cesárea, lo cual constituiría una prueba idónea, pertinente y contundente para demostrar que no se actuó conforme a lo establecido para este tipo de procedimientos médicos.

Por último, trajo en cita literatura médica sobre el riesgo cuando hay embarazo múltiple, y las implicaciones del mismo tanto para la madre como para los bebés en gestación.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

*Mediante auto de **12 de marzo de 2014** (f. 573), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión con base en el artículo 212 del CCA.*

Saludcoop EPS (f. 574-579). *La EPS realizó un recuento del servicio médico prestado a la gestante XX, sostuvo que la afiliada recibió por parte de esa EPS, los servicios propios de manera oportuna y eficiente para el **desarrollo normal del embarazo**, que las actividades desarrolladas en la atención del parto por cesárea de la paciente son responsabilidad de la ESE que atendió el procedimiento médico, que la EPS cumplió con las obligaciones a su cargo establecidas en los artículos 156, 177 y 178 de la Ley 100 de 1993. En esa medida solicitó sea confirmada la sentencia de primera instancia.*

ESE HOSPITAL REGIONAL DE DUITAMA (f. 580-582) Reiteró su solicitud de caducidad por la indebida suspensión del término, por cuanto se practicó Audiencia de Conciliación por funcionario sin competencia para tal efecto, ya que a la fecha de la realización de la audiencia las Personerías Municipales no estaban autorizadas para adelantar estos procesos.

Luego de hacer un recuento sobre el tratamiento jurisprudencial en relación con la responsabilidad médica dijo que del acervo probatorio allegado al proceso no puede derivarse responsabilidad patrimonial de la ESE Hospital Regional de Duitama, en la medida que de la historia clínica y la epicrisis con el registro de la atención médica prestada, se puede concluir que existió en este caso una buena praxis médica, que el menor nacido vivo es prueba de ello, que si hubiese existido negligencia el resultado hubiera sido otro, en esa medida solicitó revocar la sentencia y declarar que el Hospital Regional de Duitama no es responsable por los hechos que se le endilgaron.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad de Tunja, mediante la cual, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

5.1. Tema de Apelación.

La Sala observa que el recurso estuvo fundamentado en dos razones de inconformidad, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera: (i) Existe caducidad de la acción de reparación directa, por cuanto la solicitud de conciliación fue presentada ante funcionario que carecía de competencia para celebrar dicha trámite, el cual por demás no era para esa fecha requisito de procedibilidad; y (ii) No existe prueba que el daño causado por la muerte del *naciturus*, hubiera sido causado por una mala praxis médica, situación que implica que se exonere de responsabilidad al Hospital Regional de Duitama.

Para resolver los temas de apelación, la Sala tendrá en cuenta lo considerado por el Consejo de Estado sobre la caducidad de la acción y el tratamiento de ese asunto en este caso concreto, en la sentencia de tutela de **23 de febrero de 2016**, providencia a la cual se está dando cumplimiento por medio de este fallo; en cuanto

a los reparos sobre la responsabilidad del Hospital Regional de Duitama, la Sala estudiará la evolución jurisprudencial que ha tenido el régimen de responsabilidad médica obstétrica, dado que los hechos que dieron lugar a esta acción, se presentaron en la atención del parto gemelar de la señora XX, luego se analizará la imputación en sub examine para establecer si hay lugar a confirmar la sentencia impugnada y finalmente, en caso que sea confirmada la responsabilidad de la Entidad demandada, se analice si proceden medidas de justicia restaurativa, conforme a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en eventos similares al que ocupa la atención de la Sala.

5.2. Caducidad del medio de control de Reparación Directa – Conciliación Prejudicial – suspensión del término de caducidad en el caso concreto.

Sea lo primero señalar que el Código Contencioso Administrativo en su artículo 136 previó la caducidad de las acciones, respecto de la reparación directa, señala:

“... 8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.”

Por su parte el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, frente a la suspensión del término de caducidad por la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial, prevé:

“ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

Para el presente caso resulta pertinente traer en cita lo considerado por esta Corporación en auto de 7 de diciembre de 2009, con ponencia de la suscrita magistrada, sobre la situación particular en el caso bajo análisis sobre la caducidad de la acción, así:

“En este orden de ideas, está probado que la parte actora radicó solicitud de conciliación ante la Personería Municipal de Santa Rosa de Viterbo el 24 de julio de 2008, según obra a folio 102 y el 3 de octubre de 2008 se dio

inicio a la diligencia (f. 106) que fue aplazada para el 1º de diciembre del mismo año, ante la postura de los apoderados de las entidades citadas a conciliar, con lo que la interrupción de la caducidad por efecto del artículo 21 de la Ley 640 de 2001 sólo podía prolongarse hasta por tres meses desde el 24 de julio, es decir que el término legal para demandar llegaría hasta el 27 de octubre de 2008, teniendo en cuenta que el término legal es de dos años a partir del día siguiente de los hechos y como la demanda fue radicada el día 22 de ese mes y año (f. 14), la caducidad para el evento no había operado.” (f. 184).

Posición ésta que fue avalada por el Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2016, en la cual sobre el particular se dijo:

“Los hechos que originaron la interposición de la demanda contencioso administrativa ocurrieron el 26 de julio de 2006 y los actores presentaron solicitud de conciliación extrajudicial ante el personero municipal de Santa Rosa de Viterbo el 24 de julio de 2008 (dos días antes de caducar la acción), lo que suspendió el término de caducidad conforme lo prevé el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

En razón a que el 3 de octubre de 2008 se adelantó la diligencia de conciliación en la personería municipal, pero fue suspendida hasta el 1º de diciembre siguiente porque las partes no plantearon fórmulas de arreglo, el actor al observar los tres (3) meses de suspensión de la caducidad vencían el 24 de octubre, interpuso la demanda el 22 del mismo mes.

Así las cosas, se observa que la acción de reparación directa se interpuso en el término previsto en el numeral 8 del artículo 136 del CCA, que fue suspendido el 24 de julio de 2008 con la presentación de la solicitud de conciliación ante el personero municipal de Santa Rosa de Viterbo en virtud del artículo 21 de la Ley 640 de 2001.” (f. 635 vto.)

Frente a la falta de competencia del Personero para efectuar el trámite de conciliación, el Consejo de Estado en esa misma ocasión, sostuvo lo siguiente:

“Cabe destacar que la personería municipal de Santa Rosa de Viterbo en el trámite de la conciliación presentada por los actores, convocó a las entidades que presuntamente ocasionaron el daño antijurídico y estas acudieron a la diligencia lo que originó en los actores la confianza legítima de que la actuación extrajudicial se adelantó de acuerdo con el sistema normativo, por lo que podían incoar la demanda contencioso administrativa sin inconveniente.

En ese orden de ideas, aunque la mencionada autoridad administrativa haya obrado sin competencia al tramitar la petición de conciliación, ese error no puede trasladarse a los demandantes quienes confiaron actuar conforme a las normas procesales que rigen el procedimiento contencioso administrativo, máxime si se tiene en cuenta que las entidades demandadas acudieron a la diligencia sin oponerse a su celebración.,

Además, si bien la personería municipal de Santa Rosa de Viterbo no tenía competencia para tramitar la conciliación extrajudicial, su actuación fue convalidada por el Tribunal Administrativo de Boyacá con el auto de 7 de diciembre de 2009, en el que expresamente sostuvo que la petición de acuerdo presentada el 24 de julio de 2008 suspendió el término de caducidad

de la acción de reparación directa, postura que no podía ser cambiada ya que produjo en los demandantes la convicción de que la demanda cumplía las ritualidades procesales y, por ende, debía resolverse de fondo, tal como lo hizo el a quo.” (f. 634 vto.-635).

Bajo esos derroteros para la Sala no cabe duda que los argumentos expuestos en el recurso de apelación, sobre la operancia de la caducidad en el sub lite, no tienen vocación de prosperidad, en esa medida se despacha desfavorablemente en este sentido el recurso formulado, y se procederá a estudiar el segundo tema de impugnación.

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

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

“En el campo de la gineco-obstetricia, la jurisprudencia de esta Corporación ha presentado diversas tendencias. En efecto, inicialmente se dijo que, en los eventos en los que el embarazo había transcurrido normalmente durante el proceso de gestación, no obstante lo cual se causaba un daño durante el parto, la responsabilidad tendía a ser objetiva, por cuanto, en ese evento, surgía una obligación de resultado, bajo el entendido de que se trataba de “un proceso normal y natural y no de una patología”¹.

Posteriormente, la Sala estimó que el régimen de responsabilidad aplicable a tales asuntos debía gobernarse con fundamento en la falla probada del servicio, en cuya demostración jugaría un papel determinante la prueba indiciaria, a la cual el juez podía acudir de ser necesario². Últimamente, la Sala ha venido sosteniendo que el daño causado durante el parto de un embarazo normal constituye un indicio de falla del servicio, siempre que dicho embarazo hubiera transcurrido en términos de normalidad y que el daño hubiera ocurrido una vez producida la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento; al respecto, la Sala³ ha sostenido:

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

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de agosto de 2000, expediente 12.123.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 15.276.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 2008, expediente 27.268.

responsabilidad.

“Por consiguiente, a la parte actora -en estos supuestos-, le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto.”. (Subraya fuera del texto)⁴.

La máxima Corporación en materia de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en sentencia de 19 de agosto de 2009 dentro del expediente 18364⁵, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero, sobre este sistema probatorio puntualizó:

“(…) en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero’⁶, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

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

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

‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto –o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, **corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Éstas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito.**’⁷

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 24 de julio de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743). Actor: John Wilder Anturi Garcia. Demandado: Instituto de Seguros Sociales - Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁶ MELLONI. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

⁷ CARLOS ALBERTO GHERSI. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

(...)

“Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente **falla del servicio probada**, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora **XX exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna**, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

“De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso”⁸.

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del **servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad**; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, **sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla**⁹. En sentencia de 14 de julio de 2005¹⁰, dijo la Sala:

(...)

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

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

⁸ Sentencia de 17 de agosto de 2000, exp. No. 12.123.

⁹ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767.

¹⁰ Exp. No. 15.276.

actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.¹¹ (Se destaca).

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

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

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

“La ginecología - obstetricia debe ocupar el primer lugar como especialidad afecta al error médico, por causa del carácter de emergencia que prevalece, por las circunstancias siempre dramáticas que involucran el nacimiento del ser humano, impregnado de emociones fuertes, y todo eso bajo fuerte tensión psicológica; al fin sentimientos potencialmente generadores de júbilo o frustración, además de la actividad nocturna, inductora de cansancio o caracterizada por el relajamiento de los mecanismos naturales de atención y vigilancia. La ginecología/obstetricia, sobre todo la obstetricia, es una especialidad médica que trabaja con personas saludables, lo cual hace inaceptable cualquier forma de deterioro de la salud, por menor que sea.”¹²

Así mismo, en reciente pronunciamiento la Sala sostuvo:

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

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² MEIRELLES Gómez, Julio; DE FREITAS Drumond, José Geraldo y VELOSO, Genival “Error Médico”, Ed. Bdef, Buenos Aires, 2002, pág. 47.

relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud¹³.

“En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima¹⁴ en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexas, la salud.”¹⁵

En esa perspectiva, en el sub examine, se presentó un evento de res ipsa loquitur, como quiera que los médicos se abstuvieron de descartar cualquier otro tipo de diagnóstico y se limitaron a verificar superficialmente la sintomatología de la paciente, sin siquiera indagar cuándo se había presentado la última menstruación de la gestante, y si efectivamente a ésta se le habían realizado las ecografías obstétricas y los monitoreos fetales. Por consiguiente, el daño considerado en sí mismo, reviste una excepcionalidad y anormalidad que permite dar por configurado un supuesto de acercamiento probatorio en la imputación de aquél, toda vez que no existe otra forma de explicar la producción del perjuicio que en la propia conducta de la entidad, quien de manera precipitada e irregular ordenó una cesárea al considerar que se trataba de un embarazo a término. (Subraya y negrilla fuera del texto)¹⁶.

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

¹³ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

¹⁴ “El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

“En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada.” LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121. (Se destaca).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

“4.3.2.1. La tesis que actualmente orienta la posición de la Sala, frente a los daños sufridos como consecuencia de la atención médica obstétrica, se concreta en que “la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, **siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos**, ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto **cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales**, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico (se destaca)”¹⁷. (negrilla dentro del texto)¹⁸.

5.4. Del caso concreto.

Revisado el material probatorio, esta Sala encuentra 4 circunstancias que resultan relevantes para desatar el recurso de alzada, a saber: (i) La evolución del embarazo gemelar de la paciente XX hasta antes de su ingreso a la ESE demandada; (ii) El diagnóstico y estudio del caso al momento del ingreso de la paciente; (iii) el tiempo de atención de una cesárea programada por embarazo gemelar; y (iv) Las pruebas realizadas para determinar las causas muerte del óbito masculino.

5.4.1. De la evolución del embarazo gemelar.

Conforme a las pruebas que obran en el expediente, en especial la Historia Clínica allegada al proceso por la EPS Saludcoop, se pudo determinar que la evolución del embarazo era normal, hasta el momento de la remisión por parte de la EPS para el procedimiento de cesárea programada, al respecto la valoración de **24 de julio de 2006**, se observa:

“(…) Motivo de consulta: CONTROL
Enfermedad Actual: EMB GEMELAR 38 SEM MSFS NORMAL RESTO NORMAL
(…)
EXAMEN FISICO
Parte del Cuerpo Variable

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 19.801, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia de 26 de julio de 2012. Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00115-01(24727). Actor: Florencio Urrea. Demandado: Instituto Departamental de Salud del Caquetá. Referencia: Apelación Sentencia - Acción de Reparación Directa.

a. Cabeza y Cráneo Normal
b. Extremidades Inferior Normal
c. Abdomen Normal
DIAGNOSTICOS AU 39 CM FETOS VIVOS 1 DE 132X MN
FCF DEL 2 DE 144 XMN (...)” (f. 348).

Además de lo anterior, en la epicrisis visible a folio 258 se relacionó en la anamnesis¹⁹, revisión por sistemas, examen físico, lo siguiente:

“...ARO x gemelar. Se decide parto x cesárea y planificación (...) Ote. Mov. Fetales (x) No pérdida vaginales No actividad útero.
(...)
Examen físico: TA: 100/70 Peso: 80 T.: 36 AN: 39 w. fcf²⁰ No. 1 Derecho: 140 fcf Izquierdo: 138. Mov. Fetales activos (...)” (f. 238).

Lo anterior basta para determinar que el desarrollo del embarazo hasta el momento del ingreso era normal, que los dos fetos presentaban frecuencia cardíaca al momento del examen físico realizado por la ESE el 26 de julio de 2006, así mismo que había movimiento fetal, en esa medida, para la Sala se constituye el primer indicio, en contra de la entidad para endilgarle responsabilidad, el cual tiene gran relevancia, tal como fue visto antes pues aún hay procesos que bajo el régimen de responsabilidad objetiva o el de la falla presunta, con ese material únicamente condenaron a la entidad.

Sin embargo, la tesis de la demandada, sostenida tanto en la contestación de la demanda como en el testimonio de la Md. Clara Inés Corredor Cely, en que el óbito²¹ masculino, presentaba signos de muerte entre 24 y 36 horas, no obstante, dicha hipótesis no pudo ser demostrada técnicamente en esta sede judicial, pues no hubo actividad probatoria, además de las afirmaciones hechas por la pediatra que auxilió la cesárea.

Entonces, toma mayor solidez el argumento de la parte actora, de un lado, del desarrollo normal del embarazo gemelar y de otro, que existe prueba de vida de los fetos al momento de ingreso, pues el examen físico refiere actividad cardíaca de los nacituros, como se transcribió anteriormente, correspondiente a 140 pulsaciones por

¹⁹Anamnesis. Del gr. ἀνάμνησις anámnēsis 'recuerdo'. I. f. Med. Información aportada por el paciente y por otros testimonios para confeccionar su historial médico. (...) Real Academia Española © Todos los derechos reservados. <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=anamnesis>

²⁰ Ciclas de Frecuencia Cardíaca Feto.

²¹ Óbito. Del lat. obītus. I. m. cult. Fallecimiento de una persona. Real Academia Española © Todos los derechos reservados. <http://dle.rae.es/?id=OmTguyP>

minuto para el feto ubicado en el lado derecho y a 138 pulsaciones por minuto respecto del feto del lado izquierdo.

Así las cosas queda agotado el primer escenario de análisis del caso concreto, teniendo como base **el indicio del desarrollo normal del embarazo gemelar y el ingreso de los fetos vivos al Ingreso a la ESE**, para la práctica de la cirugía de cesárea gemelar programada y autorizada por la EPS Saludcoop, el cual tiene una relevancia importante para la resolución del caso, al punto que con sólo estos hechos se han proferido sentencias, bajo el régimen objetivo y el de falla presunta.

5.4.2. Del diagnóstico y estudio del caso al momento del Ingreso.

En este caso, resulta importante resaltar que desde el ingreso se identificó el caso de la señora como ARO –Alto Riesgo Obstétrico-, precisamente por tratarse de un embarazo gemelar, tal como se señaló anteriormente en los datos de ingreso consignados en la epicrisis de la paciente; sobre este tipo de casos el Consejo de Estado en la sentencia de 19 de agosto de 2009, radicado interno 18364, señaló:

“Según los supuestos acreditados en el proceso, la señora XX dado su embarazo múltiple debió ser evaluada como paciente de alto riesgo obstétrico (ARO) y, por consiguiente, demandaba una atención y manejo especializado. De allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la “dignitas humana”, de que da cuenta el artículo 1° de la Constitución Política, y que sin lugar a dudas, en el presente caso, se enhiesta como apodíctica verdad, en tanto la madre, como quienes estaban por nacer, no recibieron propiamente el trato digno que merecían por la sola condición de ser personas, amén de que para el caso concreto también eran pacientes, o sea seres que se encontraban en situación de sujeción al servicio de otros, que para el caso eran profesionales en el área hospitalaria y de la salud.

En esa perspectiva, frente al grupo de galenos que suministró atención médica a la madre, existía una clara obligación de adoptar todas y cada una de las medidas idóneas para establecer el período de gestación, así como el tipo de embarazo de la paciente (múltiple), lo cual se hubiera establecido con la práctica de una ecografía y/o un monitoreo fetal durante el lapso que duró la urgencia que motivó a la joven gestante a recurrir a la Clínica Rafael Uribe Uribe. (...)”²².

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

Es decir que la atención de éstos eventos requiere mayor diligencia y cuidado por parte del personal médico especializado, sin embargo de la Historia Clínica de la paciente XX aportada por la ESE Hospital vista a folios 356-373, no se observa a parte de la anamnesis y el examen físico referidos en el epicrisis, la realización de estudios diagnósticos especializados que permitieran detectar anomalía desde del ingreso de la paciente para cesárea gemelar programada, no se observa que se hubiera realizado monitoreo ni ecografía al momento de entrada de la paciente, pese a que se trata como se dijo de un evento de Alto Riesgo Obstétrico.

*Así mismo, el desarrollo y evolución consignado en los documentos de la Historia Clínica aportada por la ESE demandada no dan cuenta de procedimientos adicionales previos a la realización de la intervención quirúrgica que permitieran tener elementos propios para estos casos como la ecografía o por lo menos un monitoreo fetal, caso en que antes de la cesárea se hubiera detectado la supuesta muerte del *naciturus*.*

Hechos éstos que se corroboran con el testimonio de la Md. Clara Inés Corredor Cely, cuando manifestó:

“...De los controles ecográficos, en las últimas 72 horas no tiene ningún control porque ya estaba programada la cesárea, no tengo conocimiento de exámenes o valoraciones, que se hubieran realizado en el Hospital...” (f. 298).

Entonces, la omisión en este caso que se trataba de un embarazo de Alto Riesgo Obstétrico constituye un indicio en contra de la entidad demandada, pues no se observó el cuidado y diligencia que requería la atención médica por obstetricia del embarazo gemelar de la señora XX, al momento del ingreso, para establecer un diagnóstico, que permitiera señalar que servicios se requerían de manera previa a la realización de la cesárea programada, hecho que como se dijo se refuerza con el testimonio de la pediatra que asistió la cirugía, quien para ese momento debía contar con los elementos de juicios obtenidos de exámenes propios antes de la cirugía.

*Actividad que en este caso resultaba de vital importancia, ya fuera que en efecto el *naciturus* hubiera fallecido, esto para evitar riesgo al feto aún con vida, hipótesis que*

como se dijo queda descartada, pero más aún cuando los dos gestantes viven, para preservar su vida, el monitoreo constante era indispensable desde el momento de ingreso hasta cuando entrara la madre al procedimiento de cesárea, pero de la realización de estos controles pre quirúrgicos no existe soporte en la Historia Clínica, que permitan establecer la evolución de la paciente y sus hijos por nacer desde el ingreso hasta el momento de la cirugía.

Adicional a lo anterior, resulta indispensable señalar que la demandada no aportó prueba de los seguimientos, procedimientos y monitoreo realizado por esa Institución pese a que ello refiere en la contestación de la demanda (f. 223), resaltando, además, la incipiente actividad probatoria de la parte demandada, quien estaba en mejor posición para desvirtuar las afirmaciones de la demandada, sin embargo no aportó prueba de la diligencia y el cuidado pre quirúrgico que requería un evento ARO, como el embarazo gemelar.

5.4.3. Del tiempo transcurrido desde el Ingreso de la paciente al momento de practicarse la cesárea.

Resulta importante señalar que el lapso que transcurrió desde el ingreso de la paciente a la ESE y el momento de la práctica de la cesárea, es un evento que resulta necesario analizar, en la medida que pasaron más de 8 horas, sin que existiera registro en la historia clínica de los servicios médicos o asistenciales que requirió la paciente para la atención de una cirugía que había sido programada con antelación.

En efecto la paciente ingresó a las 08:33:28 horas como consta en la Hoja de Atención de Urgencias vista a folio 356, la cirugía tuvo lugar entre 17:00:00 como consta en Hoja de Evolución (f. 360), es decir que entre el ingreso de la paciente a la ESE y la práctica de la cesárea transcurrieron aproximadamente 8 horas y media, pese a que la cirugía era programada y que se trataba de un embarazo múltiple.

Entonces la demora en la prestación del servicio cuando se trata de un evento de ARO como la cesárea gemelar, lleva por sí solo un indicio en contra de la Entidad que tenía la responsabilidad de atender el procedimiento quirúrgico, por cuanto se espera en estos casos la eficiente prestación del servicio médico, sin embargo, se evidencia una demora considerable, sin que en la Historia Clínica o demás pruebas se evidencie alguna causa ajena a la negligencia de la entidad, para que se haya presentado tal mora en la atención de un evento gineco-obstetra de alto riesgo.

Lo anterior, se torna aún más relevante al tener en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2014, radicado interno 18364²³, en la que respecto de la cesárea se dijo:

“En lo concerniente a la intervención quirúrgica cesárea la Sala considera necesario añadir que ésta no está llamada a sustituir al parto, medio natural de alumbramiento, siendo entonces necesario que se realice única y exclusivamente cuando existan razones médicas que lo justifiquen, esperándose, por ello, que el número global de estas intervenciones sea limitado. Lo anterior porque, como se ha dicho anteriormente, salvo en aquellos casos excepcionales en los que el parto vaginal está contraindicado,

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

la cesárea, en tanto procedimiento quirúrgico supone un aumento del riesgo y un sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural, algunas de las cuales tienen que ver con la fertilidad femenina y las características de los partos subsiguientes. Sobre el imperativo de revisar la actitud frente a la proliferación de las cesáreas innecesarias, así como sobre los mayores riesgos y complicaciones de esta intervención se puede hallar copiosas referencias en la literatura médica. Así, por ejemplo, José Botella Llusía y José A Clavero Núñez, señalan las siguientes razones para limitar el número de las cesáreas:

1. El parto es un acto natural y debe ser respetado como un fenómeno no sólo fisiológico, sino de alto valor psicológico y antropológico,
2. La cesárea, aunque tienen pocos riesgos, no deja por ello de tener una mortalidad y sobre todo, una morbilidad. Complicaciones infecciosas, alteraciones funcionales y riesgos anestésicos, deben tenerse muy en cuenta.
3. **Una cesárea compromete el porvenir obstétrico de la mujer y en un 50 por 100 de los casos obliga a nuevas cesáreas y a la larga disminuye notoriamente la fertilidad individual y colectiva.**
4. El coste de un parto con cesárea es muchísimo mayor que el de un parto normal²⁴

Carbero Roura y Saldívar Rodríguez, señalan a su vez lo siguiente sobre las complicaciones potencialmente ligadas a la cesárea:

La cesárea a pesar de su alta seguridad, no está exenta de complicaciones, algunas impuestas por la propia indicación de la cesárea (situaciones maternas de extrema urgencia) aunque otras derivan de la técnica en sí. No es correcto ignorar el incremento de la del riesgo de morbilidad neonatal y alterna que se deriva de su práctica, por no repetir el aumento del riesgo (2.8 a seis veces) de muerte materna. Las infecciones son más frecuentes que en el parto vaginal y en ocasiones fuerzan a terapéuticas muy agresivas (histerectomía). La necesidad de transfusión, con sus particulares complicaciones, se requiere del 1 al 6% de las ocasiones. Hay posibilidad de daño en órganos vecinos y en ocasiones se presentan cuadros de íleo paralítico que son muy raros en el parto vaginal. El hecho de requerir anestesia constituye otra fuente de eventuales complicaciones. El postoperatorio es mucho más molesto y prolongado, con alto riesgo de tener que abandonar la lactancia materna. (...)²⁵.

Y en igual sentido Fernández del Castillo conceptúa:

Los riesgos de la cesárea son numerosos. La cesárea multiplica de 2 a 6 veces el riesgo de mortalidad materna, y por 2 la mortalidad perinatal. Aunque haya casos en los que la muerte se debe a la razón por la que se practicó la cesárea, los estudios señalan que al menos la mitad de los casos se deben a la operación en sí.

²⁴ José Botella Llusía y José A. Clavero Núñez, *Tratado de Ginecología*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A, 1993, pág.667.

²⁵ Luis Carbero Roura y Donato Saldívar Rodríguez, *Operatoria Obstétrica: una visión actual*, México, Editorial Médica Panamericana, 2009, pág.235

Posibles complicaciones de la intervención para la madre son las hemorragias, lesiones intestinales y vesicales, neuritis por compresión instrumental, trombosis, embolia pulmonar o cerebral, peritonitis, etc. La morbilidad también aumenta como consecuencia del elevado uso de antibióticos, el mayor número de días de hospitalización y la incidencia de infecciones. Además, la cesárea complica embarazos y partos posteriores.

Para el bebé. Nacer por cesárea tampoco es inocuo: aumenta el riesgo de síndrome de dificultad respiratoria, de prematuridad iatrogénica y de laceraciones durante la intervención. Que el bebé durante la cesárea “no sufre” es una creencia que ya forma parte de la cultura. Pero las cosas no son así de lineales. Las horas que dura el parto preparan al bebé para su vida fuera del útero. Las hormonas del parto ponen a punto su organismo para la vida extrauterina, especialmente sus pulmones y su cerebro, y le preparan psicológicamente para su nuevo estado y el establecimiento del vínculo con su madre. El proceso de “estrujamiento” que experimenta al atravesar el canal del parto no solamente puede resultar placentero y estimulante, sino que además le ayuda a vaciar sus pulmones de líquido, facilitando el inicio de la respiración²⁶...”

Conforme a lo anterior, en casos como el presente que implicaba la realización de una cesárea los controles y seguimiento a la salud de los gemelos y de la madre gestante debió intensificarse frente a los de los partos naturales, sin embargo ello no aconteció como ya se hizo referencia.

Según el testimonio de la Md. Clara Inés Corredor Cely, sólo hasta las 4 de la tarde que fue requerida su presencia para atención médica especialista por pediatría. Al respecto la declarante dijo: “...yo recuerdo que me llamaron a asistir una cesárea embarazo gemelar, más o menos sobre las 4 de la tarde del día 26 de julio de 2006, en el Hospital Regional de Duitama, realmente creo que el nombre de la paciente es XX paciente de Saludcoop remitida para realizarse una intervención programada...” (f. 299).

Observa la Sala que el procedimiento fue programado desde el **24 de julio de 2006**, es decir con dos días de antelación, como se indicó en control visto a folio 89 del plenario, en el cual se lee: “**OBSERVACIONES: SE PROGRAMA CESAREA MAS POMEROY PROXIMO MIERCOLES 26 DE JULIO DE 2016.**” (f. 89), orden emitida por el médico gineco-obstetra tratante Luis Fernando Rentería, quien venía conociendo del caso desde el **07 febrero de 2006**, como se observa en la Hoja de Evolución Historia Consulta Externa visible a folio 339, y siguió realizando los controles respectivos a la evolución del embarazo gemelar como se evidencia en las Hojas de

²⁶ Isabel Fernández del Castillo, *La revolución de los nacimientos: partos respetados, nacimientos más seguros.* Madrid, Granica, 2006, págs.. 153 y 154.:

control vistas a folios 340, 342, 344 y 347 que corresponde a la historia clínica de la demandante con Saludcoop.

En cuanto a lo afirmado por la parte actora respecto de la falta de ginecólogo desde el ingreso hasta el momento de cirugía, así como de la disponibilidad de Salas respectivas para el procedimiento quirúrgico, debe señalarse que dicha afirmación no fue desvirtuada por la demandada, quien como se ha dicho se encuentra en mejor posición, para demostrar la prestación y atención del servicio médico, conforme a la jurisprudencia que rige para este tipo de eventos, es decir que no obra prueba que demuestre que se realizaron valoraciones o seguimientos por parte del especialista en ginecología desde el ingreso de la paciente al Hospital hasta cuando se dispuso la realización de la cirugía; como tampoco hubo ningún esfuerzo probatorio para probar la disponibilidad de las Salas para la atención de la **cirugía programada**.

Todo lo anterior, refuerza el indicio frente a la falla del servicio por parte de la ESE demandada, por cuanto pese a existir una orden de cirugía programada emitida por el médico especialista tratante **2 días** antes de la fecha de la cirugía, la demandante tuvo que esperar más de 8 horas para la realización de la misma, desde su ingreso a las 8:33 a.m. y hasta las 17:00 del día **26 de julio de 2006**; la especialista en pediatría sólo fue requerida para acompañar el procedimiento hasta las 16:00 de ese día y, no existe prueba aportada al proceso que permita inferir que el ginecólogo realizó procedimientos anteriores a la cirugía, y que la Sala de Cirugías estaba dispuesta para atender la **intervención quirúrgica programada**.

No cabe duda que un comportamiento diligente y oportuno del servicio, en manera alguna admitiría un decurso en los hechos como el descrito, mucho menos cuando se trata de la atención frente a una situación de **Alto Riesgo Obstétrico (ARO)** como en este caso.

5.4.4. De Las pruebas realizadas para determinar las causas muerte del óbito masculino.

En este caso era muy relevante, tanto para su resolución como para la efectividad del derecho de los padres a saber la verdad, la realización del procedimiento de necropsia al óbito masculino, sin embargo, ello no se realizó, debido a la negligencia

de la entidad, a dicha conclusión se arriba una vez evaluadas las pruebas obrantes en el proceso, así:

- *Constancia de remisión del óbito al procedimiento de necropsia –ver Hoja de Historia Clínica Perinatal – Base obrante a folio 357-, en la cual se consignó: “OBITO ♂ p: 3350-SE ENVÍA A NECROPSIA” (f. 357).*
- *Orden de necropsia vista a 67 A, en la que se lee: “SS Necropsia RN. Hijo de Pte de 33 años, con gestación gemelar, a quien se le realiza cesárea obteniendo 1 óbito fetal y 1 RN Sano vivo” (f. 67 A) y en la que fue impuesto el sello de autorizaciones del Hospital San Rafael de Tunja.*
- *Testimonio de la pediatra que asistió la cesárea en el cual sostuvo que: “...por la inspección se estableció, que la muerte fetal del óbito estaba dentro de las 24 a 36 horas antes de la cesárea, y se sugirió a la familia el estudio anatómico-patológico del óbito, de la cual tengo desconocimiento si se realizó” (f. 298) y agregó “En estos casos es de vital importancia la necropsia para aclarar ya que consideré, que por ser pareja joven se debería establecer la causa para un futuro embarazo.” (f. 298-299).*
- *En la contestación de la demanda, la ESE Hospital Regional de Duitama, dijo: “8. No se hizo necropsia del Óbito fetal para poder establecer las causas definitivas de la muerte.” (f. 223), más adelante, la Entidad sostuvo que: “AL CUARTO. Es una afirmación de la parte demandante la cual se encuentra sin fundamento, ya que dentro de las instalaciones de la ESE REGIONAL DE DUITAMA, funciona la Unidad de Medicina Legal, la cual tiene como función específica realizar el procedimiento de las necropsias de la zona” (f. 225).*

Conforme a lo anterior, no cabe duda que la actuación de la ESE no solamente fue negligente sino que conllevó a la imposibilidad de conocer la verdad acerca de las causas del fallecimiento del niño por nacer, pues siendo los galenos y el personal del Hospital Regional capacitado y formado para la atención de estos eventos, en los cuales los progenitores se encuentran en medio de un sin número de emociones ante el nacimiento de un hijo, la muerte de otro, la práctica de una intervención quirúrgica; ilógico por no decir inhumano, resulta imponer además la carga de realizar las gestiones ante medicina legal para la necropsia, pues ello, le correspondía a los especialistas que atendieron la cesárea, máxime cuando de los elementos de la historia clínica y el diagnóstico de la posible muerte del feto, existe contradicción, como se ha dicho, ante la actividad cardíaca de ambos fetos al ingresar al Hospital y lo referido por los especialistas sobre la muerte anterior.

Más aún cuando ello resulta de “vital importancia” en términos de lo manifestado por la especialista en pediatría que acompañó la cesárea que motivó la interposición de la presente demanda, establecer las causas del deceso para futuros embarazos, y aún más frente al derecho a la verdad sobre los hechos que ocasionaron el fallecimiento del feto.

Así las cosas se colige que esa acción omisiva constituye otro indicio de la responsabilidad médica obstétrica endilgada a la ESE Hospital Regional de Duitama, y en un motivo de reproche frente a la falta de diligencia para poder establecer la verdad, más cuando se contaba con los medios en el mismo Hospital para ello, al tener la unidad de Medicina Legal en sus instalaciones, sin que fuera necesaria la remisión, como sucedió a la ESE Hospital San Rafael de Tunja y, de paso, someter al padre a desplazarse con su hijo fallecido, en un vehículo inadecuado, como si se tratara de una cosa y no de un ser humano que merece dignidad y que, por demás, antes que tristezas, reporta alegría.

5.4.5. Conclusión común frente al segundo cargo de apelación.

De acuerdo con la prueba indiciaria de la cual se realizó el recuento y de conformidad con la jurisprudencia que gobierna la falla médica en la especialidad de obstetricia, se concluye que el argumento de apelación no tiene vocación de prosperidad, en la medida que se evidencia un desarrollo normal del parto, que solo se refieren algunas complicaciones iniciales que fueron descartadas con los diagnósticos posteriores, en especial el realizado el **24 de julio de 2006**, en el cual se indicó la evolución normal del embarazo gemelar de XX.

Las inconsistencias entre la Historia Clínica y las explicaciones de la muerte anterior a la atención médica por obstetricia, puesto que se indicó que los gemelos estaban con vida al momento del ingreso, y luego se sostiene que el óbito masculino había muerto entre 24 a 36 horas antes del parto; la falta de diagnóstico especializado, control y seguimiento constante al evento de Alto Riesgo Obstétrico que constituye un embarazo gemelar, la demora en la práctica de una cirugía programada con 2 días de antelación, espera que se prolongó por más de 8 horas y finalmente la omisión en la práctica de la necropsia para establecer de manera técnica los motivos de la muerte del menor, permiten concluir que existió una **falla probada del**

servicio médico de obstétrica, motivo por el cual será confirmada la sentencia objeto de apelación.

En la medida que la ESE Hospital de Duitama fue apelante único, y que en el recurso no se hizo referencia a inconformidad alguna en relación con la tasación de perjuicios morales, esta Sala mantendrá lo decidido al respecto frente a los mismos, en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, esto es, como

instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado. (Subraya por fuera del texto)²⁷.

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

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

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

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

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

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

En efecto, la Sala advierte que el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la

²⁷ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia de 19 de agosto de 2009. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03225-01(18364). Actor: Glueimar Echeverry Alegría y otros. Demandado: Instituto de Seguros Sociales. Referencia: Acción de Reparación Directa.

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

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

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

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

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

Adicionalmente, el Hospital San Vicente de Paúl de Lorica implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los

niños recién nacidos. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia y minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.” (Subraya y negrilla fuera del teto)²⁸.

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda que se encuentra dentro de los eventos destacados en las jurisprudencias en cita, pues la negligencia médica fue evidente conforme a la prueba indiciaria, sometieron a la demandante a la espera por más de 8 horas de un procedimiento quirúrgico programado; no se evidencia la realización de exámenes diagnósticos, de control y seguimiento; ante la muerte de uno de los niños por nacer, remitieron a la realización de necropsia la cual nunca tuvo lugar, pese a contar con unidad de medicina legal en el Hospital Regional de Duitama, además de emitir concepto sobre la muerte 24 a 36 horas anteriores del óbito fetal masculino, cuando existe evidencia del ingreso con vida de éste.

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

Por último, como medida de no repetición ante la inexistencia de protocolos internos de atención de partos por cesárea tanto de embarazo único como múltiple, y de asistencia post mortem de óbitos fetales que incluya necropsia y estudio de

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

patología y acompañamiento psicológico a la paciente y familiares, se ordenará al Hospital Regional de Duitama que en el término de un mes elabore y apruebe dichos protocolos para que sean adoptados como política institucional, a efectos que no se repitan eventos como el que aconteció en el sub lite.

6. Costas

No se condenará en costas en esta instancia, toda vez que las partes se limitaron al ejercicio de los derechos y actuaciones procesales pertinentes y no se observó una conducta dilatoria o de mala fe, según lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA:

- 1. Obedecer y cumplir lo dispuesto en la sentencia de tutela de 23 de febrero de 2016**, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cueter, en virtud de ello se dicta la siguiente sentencia.
- 2. Confirmar la sentencia de 30 de septiembre de 2013** proferida por el Juez Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Duitama, en el proceso que inició XX, XX, XX y XX en contra de E.S.E Hospital Regional de Duitama y la E.P.S. Saludcoop.
- 3. Ordenar a la E.S.E. Hospital Regional de Duitama ofrecer excusas a los demandantes XX, XX**, en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre los mismos así lo consientan.
- 4. Ordenar a la E.S.E. Hospital Regional de Duitama establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.**
- 5. Ordenar a la E.S.E. Hospital Regional de Duitama que en el término de un (1) mes elabore y apruebe protocolos internos de atención de partos por cesárea tanto de embarazo único como múltiple, y de asistencia post mortem**

de óbitos fetales que incluya necropsia y estudio de patología y acompañamiento psicológico a la paciente y familiares,

6. **Hacer conocer** esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que se promueva ante las instancias gubernamentales políticas que optimicen la prestación de la atención gineco-obstétrica que minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para incluya la decisión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.
7. **Por la Relatoría** publicar esta sentencia en todos los medios de publicidad con los que cuenta el Tribunal Administrativo de Boyacá.
8. Sin condena en costas en esta instancia.
9. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.
10. Por Secretaría **envíese copia de esta sentencia** al Despacho del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cueter informándosele que se ha dado cumplimiento a la sentencia proferida dentro de la acción de tutela proferida el 23 de febrero de 2016 por la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado, dentro del radicado No. 1101-03-15-000-2016-00203-00, siendo accionantes XX y otros.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
Magistrada

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Demandante: XX y otros
Demandado: ESE Hospital Regional de Duitama y otro
Expediente: 15693-3331-002-2008-00307-01
Medio de control: Reparación Directa