



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, nueve (9) de marzo del dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Reparación Directa
Radicación N°: 700013333003 – 2015-00207-00
Demandante: Kelly Yohana Osorio Paredes y Otros
Demandado: E.S.E Centro de Salud de Sampués

SENTENCIA N° 025

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar sentencia de primera instancia.

ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1 Partes

Demandantes: Kelly Yohana Osorio Paredes (Madre), Isaac Enrique Camargo Herrera (Padre), Marlenis Rebeca Herrera de Camacho (Abuela), Medardo Enrique Camargo Álvarez (abuelo) y Sady Luz Paredes Osorio (Abuela).

Demandada: E.S.E Centro de Salud de Sampués.

1.1.2. PRETENSIONES.

Se declare administrativamente responsable a la E.S.E Centro de Salud de Sampués de los perjuicios materiales y morales que les fueron causados a los demandantes, por causa de la falla en el servicio que produjo el fallecimiento del hijo de los señores Isaac Enrique Camargo Herrera y Kelly Yohana Osorio Paredes, el 8 de julio del 2003.

Daño material/Lucro cesante: por este concepto peticionó \$100.000.000 para cada uno de los padres de la víctima directa de la litis y \$50.000.000 para los demás miembros de la parte actora.

Daños morales: Se solicitó 300 SMLMV para cada uno de los padres de la víctima directa del proceso y 50 SMLMV para los demás miembros que conforman la parte demandante.

Finalmente, demandó que las sumas reconocidas en la sentencia respectiva sean actualizadas con el I.P.C en atención a lo normado en el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.

Como fundamento de las anteriores pretensiones, en resumen; se narraron los siguientes argumentos fácticos:

1.1.3 Hechos:

- El 14 de marzo del 2003, la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, en virtud de su condición de embarazada se inscribió en el control prenatal en la E.S.E Centro de Salud de Sampués (Sucre).

-El 8 de abril del 2013, la señora Osorio Paredes se efectuó cita de control prenatal, en el marco de la cual el médico tratante la diagnosticó con bajo riesgo fetal; además, le ordenó realizarse paraclínicos de control, ecografía obstétrica, entre otras recomendaciones.

-El 9 de mayo del 2013, la señora Kelly Yohana Osorio Paredes se realizó control prenatal, seguidamente, el 6 de junio de esa misma anualidad asistió nuevamente al prenombrado control, donde el galeno tratante, luego de tener un embarazo que se desarrollaba en condiciones de aparente normalidad y de 36 semanas de gestación, le ordenó realizarse el día 9 de julio del 2013 ecografía obstétrica, pese a que su parto estaba programado para el 6 de julio de ese mismo año según su carnet materno.

-El 8 de julio del 2013 a las 12: 20 A.M, la señora Osorio Paredes asistió a la Urgencia de la E.S.E Centro de Salud de Sampués, dado que había iniciado su trabajo de parto, centro hospitalario donde el médico de turno observó en su última ecografía que presentaba alto riesgo obstétrico fetal y materno.

-Posteriormente, alegó que con ocasión del alto riesgo obstétrico fetal y materno que padecía esta ciudadana, se ordenó su traslado al Hospital Universitario de Sincelejo, sin embargo, pasado 1 hora y 20 minutos esta directriz médica no se había llevado a

cabo, dado que la ambulancia que se utiliza para tales fines se encontraba retenida en el precitado centro médico, por no haber camillas disponibles.

- A las 1:40 P.M del 8 de ese mismo mes y anualidad, llegó la ambulancia a las instalaciones de la entidad demandada, no obstante, el traslado ordenado por el galeno tratante no pudo efectuarse, porque en ese mismo momento se le intensificaron a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes sus dolores de parto, por lo que el médico de turno decidió remitirla a la sala de parto, donde desafortunadamente nació sin vida su hijo (Q.E.P.D).

-Finalmente, la parte actora esgrimió que el doloroso daño que engendro este litigio le es imputable a la entidad demandada, toda vez que no trasladó de manera inmediata a la señora Kelly Yohana a un centro médico de segundo nivel; además, porque en el tiempo que en que estuvo esperando que se realizar dicho traslado no se practicó ningún examen médico, para establecer su estado de salud y el de su bebe; de igual manera por haberle programado una cita de control - *9 de julio del 2013*- en días posterior a la fecha -*6 de julio del 2013*- en que presuntamente daría a luz.

1.2 Trámite del Proceso.

- La demanda fue presentada en la Oficina Judicial de Sincelejo el 7 de octubre del 2015¹, correspondiéndole su competencia por reparto a esta Agencia Judicial².

- En Auto datado 26 de octubre del 2015³ se inadmitió el libelo genitor, consecuentemente se le otorgó a la parte actora el término de que habla el artículo 170 del C.P.A.C.A, para corregir lo yerros de que adolecía la misma.

- En Auto calendado 8 de marzo del 2016⁴ se admitió el escrito genitor, decisión que se le notificó en debida forma a la parte demandante⁵, a la entidad demandada⁶, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado⁷ y al Ministerio Publico⁸.

¹ Folio 8 del C. Ppal.

² Folio 99 del C. Ppal.

³ Folio 101 del C. Ppal.

⁴ Folio 104 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁵ Folio 107 del C. ppal.

⁶ Folio 116 del C. ppal.

⁷ Folio 112 del C. ppal.

⁸ Folio 114 del C. ppal.

- Posteriormente, se le dio traslado a la demanda en atención a lo normado en el artículo 173 ibídem, oportunidad dentro de la cual la E.S.E Centro de Salud de Sempués no contestó en escrito petitorio.
- En Auto del 19 de mayo del 2017⁹, se convocó a la partes para llevar a cabo la audiencia inicial el 12 de julio de esa misma anualidad.
- En Auto fechado 14 de julio de ese mismo año¹⁰, se fijó como nueva fecha de la audiencia inicial, el 3 de octubre del 2017.
- El 3 de ese mismo mes y anualidad¹¹, se realizó la audiencia inicial, en el marco de la cual se surtieron todas las etapas previstas en artículo 180 de la Ley 1437 del 2011, además, se denegaron varias pruebas documentales y testimoniales peticionadas por la parte activa de la litis; quien en su oportunidad presentó recurso de reposición en subsidio apelación contra la decisión que negó la prueba testimonial, el primero de estos recursos fue denegado en estrado; mientras tanto, el recurso de apelación se concedió en el efecto diferido; finalmente, se prescindió del período probatorio.
- La parte demandante mediante memorial datado 4 de octubre del 2017 desistió del recurso de apelación que instauró contra la decisión adoptada en auto del 3 de ese mismo mes y anualidad.
- Finalmente, esta Agencia Judicial en Auto del 17 de noviembre del 2017¹² aceptó el desistimiento del recurso de apelación que peticionó la parte actora; concomitantemente, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión y el Ministerio Público conceptuara de fondo, oportunidad donde se pronunciaron los extremos de la litis.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. E.S.E Centro de Salud de Sempués: No hizo uso de esta oportunidad procesal.

⁹ Folio 131 del C. ppal.

¹⁰ Folio 134 del C. ppal.

¹¹ Folio 138 a 142 del C. ppal.

¹² Folio 155 del C. ppal.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

-La parte demandante¹³: Peticionó que se accedan a las súplicas de la demanda dado que de las pruebas que reposan en el expediente se encuentra demostrado que la parte activa de la litis padeció un daño antijurídico, por causa del fallecimiento del hijo de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes; el cual le es imputable la entidad demandada en ocasión de la omisión en que incurrió al no trasladar de manera oportuna a esta ciudadana a la E.S.E Hospital Universitario de Sampedo.

Aunado a lo anterior, indicó que la E.S.E Centro de Salud de Sampedo según lo normado en el artículo 83 y 124 de la Resolución 5521 del 2013, le asistía el deber legar de remitir de manera oportuna y adecuada a la señora Osorio Paredes a un centro médico que contara con las tecnologías necesarias para brindarle una atención adecuada, que en este particular caso era la E.S.E Hospital Universitario de Sampedo.

Finalmente, alegó que la legitimación en la causa pasiva de las personas que se enlistaron como demandantes en escrito demandatorio se encuentra demostrada con los medios de convicción que militan en el *sub-lite*.

-E.S.E Centro de Salud de Sampedo¹⁴: Manifestó que lo pretendido en este proceso no tiene vocación de prosperidad, toda vez que de la situación fáctica narrada en el escrito genitor y de la historia clínica de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes no se logra observar una relación de causalidad entre el daño que pretende la parte actora que le sea reparado y la atención que le brindó la E.S.E centro de SALUD de Sampedo a esta administrada.

Además, esgrimió que no incurrió en una falla en servicio, toda vez que le prestó a la señora Osorio Paredes un servicio de salud de manera oportuna, pertinente, de calidad y acorde con el cuadro clínico que presentaba la gestante durante su trabajo de parto.

Finalmente; expuso que la señora Kelly Yohana no pudo ser remitida la E.S.E. Hospital Universitario de Sampedo, por circunstancias ajenas al actuar de la entidad demandada y que esta libelista inicio de manera tardía sus controles prenatales, por causa de su falta de autocuidado y de seguimiento de su E.P.S.

¹³Folio 158 a 163 del C. ppal.

¹⁴Folio 331 y su respectivo respaldo del C. ppal.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.3 Problema jurídico:

Se determinará si a la entidad accionada puede imputársele una falla en la prestación del servicio médico, con ocasión de haber nacido sin vida el hijo de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, en virtud de la falta de atención y omisión de trasladarla a un hospital de segundo nivel por el alto riesgo obstétrico y fetal que presentaba.

Para resolver este interrogante se seguirá el siguiente hilo conductor: I) Clausula General de Responsabilidad II) Responsabilidad Médica- Asistencial del Estado III) De la Responsabilidad del Estado por falla en el servicio médico obstetricia IV) Pérdida de oportunidad y sus elementos constitutivos V) Literatura médica VI) Acervo Probatorio VII) juicio de responsabilidad

2.3.1 Cláusula General de Responsabilidad del Estado

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un **daño antijurídico** (II) **que le sea imputado** a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas, *“cuyo sentido axiológico último radica en la formalización de una garantía de protección para los ciudadanos frente a la actividad del Estado, en atención y desarrollo de los principios generales que se proclaman alrededor del Estado Social de Derecho”*¹⁵.

¹⁵ José Fernando Gómez Posada. Teoría y Crítica de la Responsabilidad por Daños del Estado en Colombia. Universidad Sergio Arboleda. 2003. Pág. 33

En atención a lo anterior, puede definirse el *daño antijurídico* como “*aquel que causa un detrimento patrimonial*”¹⁶, *que carece de título jurídico válido, y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social*”¹⁷, o como lo precisó la H. Corte Constitucional, es “*aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar*”¹⁸, noción de la cual se puede inferir un desplazamiento del fundamento de la responsabilidad del Estado desde el autor de la conducta causante del daño hacia la víctima, que por sí no descarta el análisis de aquella, pues su calificación como dolosa, culposa o irregular sigue siendo por excelencia la fuente del daño antijurídico¹⁹.

De tal forma que, *el fundamento de la responsabilidad por el daño antijurídico genera que el sistema de responsabilidad sea mixto*²⁰, ya que admite su análisis con base en teorías subjetivas y objetivas, o lo que es lo mismo, subsume todos los regímenes de responsabilidad tales como la falla del servicio – *que constituye lo que los autores han llamado o denominado el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado*–, la teoría del daño especial, la del riesgo excepcional, y de todas las demás que para sustentar los juicios sobre la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas se construyan dentro de los parámetros fijados por el artículo 90 constitucional²¹.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia proferida el 19 de abril 2012²² unificó su posición en el sentido de indicar que “*en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la*

¹⁶Entendiendo que dentro del patrimonio están incluidos derechos pecuniarios y no pecuniarios

¹⁷ Esta noción la enuncia el Dr. Juan Carlos Henao Pérez en el escrito citado, página 771, recogida de la historia del actual texto del Art. 90 de la C.P.

¹⁸ S-C 333/96. M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández.

²⁰ Juan Carlos Henao Pérez. Ob. Cit

²¹ José Fernando Gómez Posada en la obra citada también individualiza como teorías de responsabilidad extracontractual del Estado la vía de hecho, la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por almacenaje de mercancías y la responsabilidad por error judicial.

²² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Exp. 21.515.

existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación....”

2.3.2. Responsabilidad Médica- Asistencial del Estado.

La mala práctica médica, definida como la *“situación de impericia, negligencia, descuido o indolencia profesional, en donde el galeno produce, con su conducta terapéutica o asistencial, un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible²³”*, es uno de los factores generadores de responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio médico.

El estudio del tema en mención no ha sido pacífico en la jurisprudencia y doctrina, puesto que, el uso de servicios y conocimientos científicos que imposibilitan en la mayoría de los casos, la demostración y comprensión de los hechos, ha generado la aplicación de teorías que van desde la falla del servicio probada, hasta la falla del servicio presunta, las cargas dinámicas y actualmente de vuelta al régimen de responsabilidad clásico, en el que el actor en un principio debe demostrar los elementos constitutivos de la responsabilidad.

Destacándose que, en materia de responsabilidad médica, la prueba del nexo de causalidad entendido este como *“la relación existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño cuya indemnización se solicita”*, es mucho más flexible que en cualquier otro régimen de responsabilidad, precisamente por la complejidad de los conocimientos científicos y técnicos aplicados y la carencia de pruebas directas para su demostración, se acepta que pueda ser probada mediante indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada²⁴.

²³ Ruiz Orejuela, Wilson, Responsabilidad Medica Estatal, Pág. 115

²⁴Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

2.3.3 De la Responsabilidad del Estado por falla medico obstétrica

Brajhan Santiago Obando²⁵, en su libro “Bioderecho, derecho médico y responsabilidad médica”, define a la obstetricia como:

“(…) proceso médico mediante el cual lo que se pretende es traer un niño al mundo. Desde la tipología de las obligaciones de medio y de resultado, podemos decir que cuando la gestación de una mujer embarazada se ha dado con normalidad de conformidad con la ciencia médica, se espera que el proceso de parto sea exitoso, lo que eleva la obligación del médico a una obligación de resultado (…).”

En cuanto a la Responsabilidad Médica por Gineco-obstetricia, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado²⁶ en Sentencia proferida el 24 de julio de 2013, concluyó:

En torno a dicha responsabilidad, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que le corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria, que podrá construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso.

*“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”. 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 necesario. **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 (…).”***

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

2.3.4. Pérdida de oportunidad y sus elementos constitutivos.

La pérdida de oportunidad o de chance se define como un daño autónomo que se encuentra en una zona gris entre la certeza y la incertidumbre; puesto que consiste en la pérdida de adquirir un posible beneficio u evitar un padecimiento, por causa de la

²⁵ Obando Obando, Brajhan. Bioderecho, derecho médico y responsabilidad médica 2ª Edición. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2016. Pág. 89 y 90.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3. Subsección A. MP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación: 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743).

acción de un tercero u acontecer; el cual debe basarse una expectativa legítima; mas no en una incertidumbre o mera hipótesis, porque de lo contrario no se ha de configurar; al respecto la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado reza:

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

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

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

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...)”²⁷.

Aunado a lo anterior, el Tribunal Supremo de Contencioso Administrativo ha expuesto que para que se configure una pérdida de oportunidad deben concurrir los siguientes elementos:

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

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

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”²⁸ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes²⁹.

²⁷ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera; Sentencia calendarada 24 de julio de 2013; Radicación número: 76001-23-31-000-1997-24141-01(27743)

²⁸ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁹ “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual³⁰; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.

15.6. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010³¹, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, la Sala considera que este elemento debe ser replanteado por las siguientes razones:

15.7. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad

distinta”: MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260. Por otra parte Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: “La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación.//No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad”: GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe *La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil. Su Aplicación en el Campo de la Responsabilidad Civil Médica*, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 71 y 72.

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

15.8. De esta manera la postura de la Sala apunta a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.”³²

En estos términos se colige; que para reparar la pérdida de una oportunidad, se debe demostrarse los elementos que la configuran; que a saber son I) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado II) Certeza de la existencia de una oportunidad; III) pérdida definitiva de la oportunidad o certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima; finalmente, se debe establecer a quien le resulta imputable dicha pérdida.

Así mismo, se resalta que la reparación de la pérdida de oportunidad como perjuicio único, autónomo y excluyente de los materiales e inmateriales fue abolida por mandato jurisprudencial, dado que la misma desconocía el principio de reparación integral y muchas veces derivada en un enriquecimiento sin causa; razón por la cual se estableció que este perjuicio debe ser indemnizado en un monto menor al que procedería por el perjuicio final y en atención al porcentaje de la pérdida de chance; el cual se utilizará para liquidar los daños materiales e inmateriales imperantes en la Jurisdicción de los Contenciosos Administrativo; esto sin incluir el daño por pérdida de oportunidad; iterando que este se repara reconociendo los perjuicios materiales e inmateriales que se encuentren probados en el *sub lite*; dicho parámetro de liquidación fue definido por el H. Consejo de Estado Así:

i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.

ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y

³² Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero; Sentencia calendarada 05 de abril de 2017; Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706

superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.

iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial.

iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad³³, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998³⁴-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados³⁵.

vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos³⁶, en

³³ Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15.024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

³⁴ “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

³⁵ En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁶ La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-

un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.”³⁷

2.3.5 Acervo probatorio:

En el trascurso de trámite procesal fueron allegados oportunamente y en debida forma los siguientes medios de convicción:

- Registro civil de nacimiento de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes mediante el cual se encuentra acreditado que su madre es la señora Sady Luz Osorio Paredes³⁸.
- Registro civil de nacimiento de la señora Isaac Enrique Camargo Herrera a través del cual se encuentra demostrado que su padres son los señores Medardo Camargo Álvarez y Marleny Rebeca Herrera Morales³⁹.

Historia Clínica de la Señora Kelly Yohana Osorio Paredes, de la cual se destacan las siguientes anotaciones:

- Nota de enfermería diligenciada en la E.S.E Centro de Salud de Sempués, **el 14 de marzo del 2013**⁴⁰, donde consta lo siguiente:

“(…)

Gestante de 21 años de edad que ingresa al control prenatal, procedente del barrio 12 de octubre, viene sola, caminando por sus propios medios, tranquila, orientada, manifiesta que “está embarazada, trae (ilegible) x positivo, al examen físico general se observa normocefalo, cabello bien implantado, piel y mucosa hidratada... cuellos y tórax normal, abdomen globoso x útero grávido +/- 24 sem de gestación xfem, miembros superior e inferiores normales, genitales externos no configurados, se brinda accesoria sobre prueba de Elisa para VIH, se diligencia consentimiento informado, se le brinda educación sobre signos de alarmas, importancia de asistir al control tempranamente,se diligencia carnet materno y se entrega con cita de control de 1 vez con el médico”

ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

³⁷ Ibidem (30)

³⁸ Folio 64 del C. ppal.

³⁹ Folio 65 del C. ppal.

⁴⁰ Folio 18 del C. ppal.

- Control prenatal realizado a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes en la E.S.E Centro de Salud de Sempués, el 8 de abril del 2013⁴¹, en el cual se anotó que tenía un embarazo de bajo riesgo fetal, edad gestacional de 28, 2 semanas y fecha probable de parto para el 6 de julio de esa misma anualidad.
- Ecografía obstétrica del 26 de abril del 2013, realizada a la señora Kellis Osorio Paredes en el Centro Especializado en Ginecoobstetricia y Medicina Materno Fetal “Ecovida”, donde se concluyó que tenía una gestacional calculada por ecografía 29 semanas 3 días +/- una semana y feto único vivo, en situación transversal con crecimiento simétrico en percentiles adecuada para la edad gestacional.
- Control prenatal realizado a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes en la E.S.E Centro de Salud de Sempués, el 9 de mayo del 2013⁴², en el cual se anotó que tenía un embarazo de bajo riesgo fetal, edad gestacional de 31,3 semanas y fecha probable de parto para el 6 de julio de esa misma anualidad.
- Consulta medida de control del 28 de mayo del 2013, efectuada a la señora Osorio Paredes en la I.P.S Unidad Médica el Bosque S.A.S, en la que reposa lo siguiente:

“ENFERMEDAD ACTUAL:

PACIENTE GIPO QUIEN ACUDE A CONTROL REFIERE MOVIMIENTOS FETALES PRESENTES, REFIERE DOLOR HIPOGÁSTRICO Y BREGION LUMBAR, REFIERE TOS, NIEGA PÉRDIDAS VAGINALES.

DIAGNÓSTICO E IMPRESIÓN DX:

Dx PRINCIPAL: Z349 SUPERVISIÓN DE EMBARAZO NORMAL NO ESPECIFICADO.

CONDUCTA: ECO OBSTÉTRICA LABORATORIOS MEDICACIÓN CEFALEXINA.

OBSERVACIÓN: PACIENTE CON EMB DE 34 SEM POR ECO FETO VIVO, RIESGO BAJO DESCARTAR IVU SE DAN RECOMENDACIONES.”⁴³

- Control prenatal realizado a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes en la E.S.E Centro de Salud de Sempués, el 6 de junio del 2013⁴⁴, en el cual se anotó que tenía un embarazo de bajo riesgo fetal, edad gestacional de 35.1 semanas y fecha probable de parto para el 6 de julio de esa misma anualidad.

⁴¹Folio 19 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁴²Folio 20 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁴³Folio 42 y 43 del C. ppal.

⁴⁴Folio 23 y su respectivo respaldo del C. ppal.

- Ecografía obstétrica del 2 de julio del 2013, realizada a la señora Kellis Osorio Paredes en el Centro Especializado en Ginecoobstetricia y Medicina Materno Fetal “Ecovida”⁴⁵, donde se concluyó lo siguiente:

“(…)

1. *EDAD GESTACIONAL CALCULADA POR ECOGRAFÍA 38 SEMANAS O DÍAS +/- UNA SEMANA, ACORDE CON FUM.*
2. *FETO ÚNICO VIVO, EN PRESENCIA CEFÁLICA*⁴⁶
3. *RCIU ASIMETRICO.”*

NOTA: *se recomienda eco doppler fetoplacenterio y valoración por especialista.”*

- Atención brindada a la señora Kelly Johana Osorio Paredes en la E.S.E Centro de Salud de Sampués, el 8 de julio del 2013, donde consta que la edad gestacional es de 39.6 semanas, que su embarazo es de alto riesgo y que el motivo de esta consta es *“inicio de la actividad uterina desde las 7:00 A.M, pobre control prenatal, tiene eco de hace 6 días, sugiere dopper, consulta a urgencias hasta hoy”*
- Certificación del Centro de Salud de Sampués E.S.E donde consta que la señora Kelly Johana Osorio Paredes ingresó a este centro médico desde el 8 de julio del 2013 hasta el 10 de ese mismo mes y anualidad, tiempo en cual se le practicó los siguientes procedimiento médicos:

“Adulta joven de 21 años de edad, embarazada de 39,6 semanas de gestación por eco obstétrica, que consulta al servicio de urgencias del centro de salud Sampués por dolores de parto el día 8 de julio de 2013 a las 12:20 pm, es valorada por la doctora Olga Paternina quien realiza examen ginecológico: FCF: 136 x min feto en cefálico, dorso lateral derecho, AU:29 cm, movimiento fetales positivos, al tacto vaginal cuello anterior, con borramiento de un 100% membranas integras, dilatación de 2-3 cm.

*IDX: Embarazos de 39,6 semanas x eco de la semana 29.3
-feto pequeño para la edad gestacional (RCIU por eco del 2/07/2013)
-Alto riesgo obstétrico fetal y materno.*

Pobre control prenatal.

Doctora Paternina ordena dejar a la paciente en observación, con líquidos endovenosos, solicita paraclínicos (hemograma y VDRL), realiza remisión II nivel y es comentada al hospital universitario de Sincelejo y aceptada por el DR Sierra (12:30pm).

⁴⁵Folio 34 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁴⁶**PRESENTACIÓN FETAL:** La presentación fetal describe la manera en la que está colocado el bebé para salir por el canal del parto para el alumbramiento.

La posición más deseable para su bebé dentro de su útero al momento del parto es con la cabeza hacia abajo. Esto se conoce como presentación cefálica. Ver esto en <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002060.htm>

La paciente no es remitida de inmediato ya que la ambulancia se encuentra en el municipio de Sincelejo llevando a un paciente al hospital universitario; hubo demoras en el retorno de esta ya que le tenían retenida la camilla en dicha institución.

Al cambio de turno y a la entrega del mismo la Doc. Tairis Acosta acude al llamado de enfermería para revaloración de la paciente (1:40 pm), se traslada paciente al sala de parto se ubica en tocofano, posición ginecológica, poco colaboradora, encuentra al examen físico abdomen grávido blando, flácido, FCF: no audible con fonendoscopio, no percibo movimiento fetal, al tacto vaginal membranas abombadas, dilatación de 10 cm, borramiento 100% no ginecorragia, pelvis limite, se realiza amniotomía hay salida de líquido amniótico meconiado, espeso, verdoso hipertérmico, poca cantidad (grado III).

Se realiza episiotomía nace producto con doble circular de cordón justa a cuello, se reduce, no llanto, flácido hipotónico, cianótico apgar (0/1) se hace estimulación más o menos 2 minutos, se traslada a cervicuna a realizar reanimación alrededor de 15 min sin obtener respuesta y se decide suspender.

Dr. Luis Fernando Villalba realiza atención de la puerpera a petición de la Dra. Tairis.

Paciente se deja en observación por 48 horas para recuperación post parto y recibir antibiótico terapia. El día 10 de julio se remite a Sincelejo a la 1:00pm por presentar hemorragia post parto, riesgo de endometriosis.”⁴⁷

-Nota de enfermería del 8 de julio del 2013, diligenciada en la E.S.E Centro de Salud de Sampués y en la que reposa la siguiente información:

*12:20: ingresa embarazada de +/- 39.6 semanas de gestación por ecografía, paciente de 21 años de edad ingresa en compañía de familiar, consiente, orientada, en sus tres esferas, caminado por sus propios medios, consulta al servicio de urgencia por dolor abdominal. Al examen físico se observa **normocefalo**, piel y --- pálidas, cuello móvil, toras simétrico, mamas con pezones actos para la lactancia, abdomen globoso por útero grávido de +/- 39. 6 semanas por ecografía, AU =29 cms, fetocardia -136L, Dilatación 3cm; borramiento: 100%. Genitales normoconfigurados....*

12:25: Es valorada por la Dr. Paternina quien ordena dejarla en observaciones, canaliza y administra S. Hartum 500 cc para mantener venas, solicita paraclínicos; hemogramas y ...

12:30: Se ordena remisión al II Nivel de atención ginecológica por alto riesgo materno fetal y por feto pequeño; por parte de la Dr. Paternina.

12:31: Es orientada por la doctora Paternina al Hospital Universitario de Sincelejo, donde es aceptada por el Dr. Sierra.

12:35: se analiza paciente con Abocat # 18 en dorso de mano derecha.

12:35: Se instala S. Hartman a goteo moderado.

12:40: se toma muestra para Hamogina y VDRL y se traslada a laboratorio. Queda la paciente en la unidad de puerperio sentada en compañía de familiar en espera de ambulancia, para traslado a segundo nivel.

⁴⁷Folio 38 y 39 del C. ppal. en este mismo sentido ver los folios 50 y su respectivo respaldo del C. ppal.

1:00: Recibo embarazada de +/- 39.6 semanas de gestación x eco en sala de puerperio en compañía del familiar al examen físico se observa normacefalo, cabello bien implantado, cuello móvil, ojos simétricos, pupilas reactivas a la luz sin módulo tiroideo tórax simétrico sin adenopatía, abdomen globoso por útero grávido genitales no observados M. superiores e inferiores normales, sin presencia de edema, canalizado con Leu solución Harluan 500 CC en MSD faltando por pasar 200 CCa goteo moderado; resultados de exámenes hemograma MDRL y remisión a II nivel con Dx Alto Riesgo obstétrico, embarazo de 39 semanas trabajo de parto en fase latente pequeño para la edad gestante quien fue aceptada en II nivel por el doctor Sierra.

1:20: Llegan resultado de laboratorios se le autoriza **al módulo de turno doctora acosta** y se anexan en la HC no llega resultado de UDRL porque no hay reactivos se toman signos vitales T/A: 110/70.

1:25: Se recibe llamada de auxiliar de remisión señor Betty Barron quien refiere que la ambulancia fue retenida en el HUS por no haber Camilla.

1:30. Se le informa al familiar que la paciente no ha sido trasladada porque la ambulancia esta en remisión retenida.

1:40: Se va a trasladar paciente por orden medica porque llega ambulancia se le dice al pcte y al familiar.

Pcte refiere que tiene mucho dolor se le informa al médico de turno Dr acosta que me valore la pcte antes del traslado a II nivel- se traslada paciente a sala de parto se coloca en tofofano ginecológico se toma el fcf por fonendoscopio y no es auscultado medico Dr Acosta pasa hacer tacto vaginal encontrando membrana abundante dilatación 10 cm borramiento 100% se realiza aminotomia con salida de líquido meconiado escaso grado III se realiza episiorrafia.

1:50 Nace producto por parto vaginal normal con doble circular de cordón, se reduce, no llanto, flácido, cianótico se estimula se prioriza y se corta cordón umbilical⁴⁸.

- Nota de enfermería de la 1:50 P.M del 8 de julio del 2013, donde consta que “nace producto +/- 39 semanas con doble circular de cordón se reduce no llanto, flácido cianótico Apgar 0/1 se estimula sin obtener resultados, se pinza y se corta cordón umbilical se traslada a serva cuna se aspiración secreción por boca y nariz con abundante salida de líquido amniótico macondiano se inicia protocolo de reanudación por la doctora Tainis, médico de turno y el personal paramédico, se realiza intubación oro con O2 por bolsa, se sigue con masaje cardíaco externo por 10 minutos sin obtener respuesta, se declara muerte del neonato por la doctora Acostas...”⁴⁹

- Anotación clínica realizada por el médico tratante, el **8 de julio del 2013** a las 13:40 horas, en la que reposa la siguiente información:

⁴⁸Folio 57 a 58 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁴⁹Folio 55 del C. ppal.

“Acudo al llamado de enfermería para revaloración de paciente fémina de 22 años de edad, el Po Ho Co FUM. No recuerda control prenatal # 3 consultas. Tenía pendiente remisión a II Nivel de complejidad por LC 1) embarazo de M- 39+6 sem x Ecografía de la semana 29+3 2) trabajo de parto en base latente 3) feto pequeño para la edad gestacional (RCIU por ecografía del 2/07/2013) 4) alto riesgo obstétrico fetal y materno 5) pobre control prenatal.

El cual no se había trasladado por disponibilidad de ambulancia (no estaba porque se encontraba en Sincelejo trasladando a otro paciente).

Se traslada apaciente a sala de parto se ubica en topofano, posición ginecológica, poco colaboradora, encuentro del examen físico, abdomen grávido blando, flácido FCF, no visible con fonendoscopio, no percibo movimiento fetales 60:TV membranas ahondadas D:10 cm Bta: 100/ no ginecorragia, pelvis limite, procedo hacer amniotomía; salida de líquido amniótico meconiano espeso, verdoso, hipertérmico, poca cantidad (Grado III) se hace episiotomía, nace producto con doble circular de cordón, está a cuello, se reduce, no llanto, flácido, hipotónico, cianótico (apgar 0/1) se estimula +- 2 minutos, se pinza, corta cordón umbilical, se traslada a ----, se aspiran secreciones (boca-nariz) con abundante salida de líquido amniótico meconiado (apgar 0/5), se abre una aérea, se verifica respiración-no respira, se inician 2 respiraciones de rescate se continua RCP sin obtener respuesta alguna, se decide intubar, sin obtener respuesta, procedimiento que se realiza en compañía de otro médico de turno y del personal paramédicos de turnos en el servicio de urgencias.

A los 15 minutos se suspende RCP ya que paciente continua sin signos vitales, se decide llar a familiares (padre-madre y abuelos) se les informa todos los procedimientos realizados y la muerte neonatal”⁵⁰

-Acta de entrega de cadáver suscrita por la Jefe de Enfermería de la E.S.E Centro de Salud de Sampués y el señor Isaac Camargo Herrera⁵¹, donde consta lo siguiente:

“En el Centro de Salud de Sampués Sucre-E.S.E el día 8 de julio del 2013, siendo las 13:50 horas se presentó muerte intraparto de producto de sexo masculino hijo de KELLY YOHANA OSORIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.100.689.059 e ISAAC ENRIQUE CAMARGO HERRERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.260.804.

El cadáver fue entregado por orden de la Secretaría de Salud Municipal de Sampués, a los padres del fallecido, el 9 de julio de 2013 a las 9:45 horas.”

2.3.6 Literatura Médica

El Juez de lo Contencioso Administrativo tiene la facultad acudir a la literatura médica, para así tener más claridad a la hora de dirimir los procesos de falla en el servicio sanitaria que se encuentran siendo de su competencia; sin embargo, no puede tener esta información como un medio probatorio propiamente dicho, de ahí que un juicio de responsabilidad extracontractual en casos como el objeto de estudio no pueden soportarse o forjarse en conceptos médicos sino en las pruebas que reposan

⁵⁰Folio 51 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁵¹Folio 25ª del C. ppal.

en *sub-judice*, toda vez que la literatura médica tiene un fin pedagógico y no probatorio. Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“Es pertinente recordar que, sobre la posibilidad de que el juez acuda a la literatura médica especializada, con el fin de obtener un mejor conocimiento acerca de los temas sometidos a su consideración, en sentencia del 28 de marzo de 2012, esta Corporación expresó: “(...) el juez puede valerse de literatura - impresa o la que reposa en páginas web, nacionales o internacionales, ampliamente reconocidas por su contenido científico - no como un medio probatorio independiente, sino como una guía que permite ilustrarlo sobre los temas que integran el proceso y, por consiguiente, brindarle un mejor conocimiento acerca del objeto de la prueba y del respectivo acervo probatorio, lo que, en términos de la sana crítica y las reglas de la experiencia, redundará en una decisión más justa”.⁵²

Para tener una mejor ilustración sobre el problema jurídico en estudio, se traerá a colación un artículo científico de la revistad Precop SCP, Titulado Restricción del Crecimiento Intrauterino⁵³, en efecto dice:

“Definiciones.

Restricción del crecimiento intrauterino

*Crecimiento fetal por debajo de su potencial para una edad gestacional dada. Desde el punto de vista práctico, es difícil determinar si esto está ocurriendo, por lo que se debe comparar el crecimiento del feto con estándares poblacionales.
(...)*

Clasificación.

Para comprender mejor los tipos de RCIU, es importante recordar la dinámica del crecimiento celular (tabla 1)

RCIU simétrico (tipo I)

Se refiere a un patrón de crecimiento en el cual tanto la cabeza como el abdomen están disminuidos proporcionalmente y es causado por una alteración de la fase de hiperplasia celular en todos los órganos fetales, como aneuploidías cromosómicas e infecciones congénitas de inicio precoz. Ocurre en el 20 al 30% de los casos de RCIU. Las tasas de morbilidad y mortalidad neonatal son más altas en este tipo de RCIU.

RCIU asimétrico (tipo II)

Se refiere a mayor disminución en el tamaño del abdomen que de la cabeza. Representa el 70 al 80% de los casos de RCIU. Es causado por factores que tienen mayor efecto en la hipertrofia celular fetal y por cambios en el sistema circulatorio. Puede ser secundario a insuficiencia placentaria. La disminución desproporcionada en el tamaño de los órganos fetales es debida a la capacidad del feto para adaptarse y redistribuir su gasto cardíaco a favor de órganos vitales. Sin embargo, se ha demostrado que la edad gestacional en que interactúa el factor de riesgo es más

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de mayo de 2015, radicado No. 19001-23-31-000-2002-01021-01(33094), Actor: Leticia Acosta Astudillo y otros, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵³ Precop SCP; Restricción del Crecimiento Intrauterino; Autores: Fernando Arango Gómez y Julián Grajales Rojas. Ver esto en file:///C:/Users/usuario/Downloads/Precop_9-3-A.pdf

importante que su naturaleza misma. Por ejemplo, las formas más severas de insuficiencia útero-placentaria con inicio temprano en la gestación, tales como síndrome de anticuerpos antifosfolípidos, hipertensión arterial severa no controlada o anemia de células falciformes, pueden asociarse con reducciones simétricas de la biometría fetal.

(...)

Diagnóstico prenatal

(...)

Ecografía Doppler

Al disminuir el aporte de sustratos, el feto redirecciona sangre desde órganos menos esenciales hacia órganos más esenciales. Esto se manifiesta en la circulación cerebral fetal como un aumento de la velocidad del flujo diastólico a medida que decrece la resistencia vascular y se incrementa el flujo sanguíneo.

La ecografía Doppler de las arterias uterina, umbilical, cerebral media, ductus venoso y vena umbilical, en combinación con parámetros biométricos, es la mejor herramienta para diferenciar si se trata de un feto constitucionalmente pequeño para la edad gestacional o de un feto con RCIU. De igual manera, el Doppler permite clasificar al feto con RCIU en tres estadios, siendo el feto en estadio I el menos comprometido, con probabilidad remota de estar acidémico o hipoxémico, y el feto en estadio III el más comprometido, con una probabilidad del 60% de cursar con hipoxia/acidemia.

Desde hace varios años se ha establecido la secuencia de cambios vasculares y su representación en el Doppler, en relación con las variaciones en el volumen de líquido amniótico, monitoreo fetal electrónico y perfil biofísico fetal, en la medida en que el feto se va comprometiendo más, con el fin de determinar el momento óptimo de nacimiento y evitar intervenciones innecesarias, tales como inducción prematura del trabajo de parto, entre otras. Sin embargo, en años recientes se ha reportado que dicha secuencia de eventos es cierta para los fetos con RCIU “idiopática”, pero, para los fetos con RCIU secundaria a patología materna y/o fetal, los cambios vasculares pueden ser de curso impredecible.

Consecuencias fetales y neonatales Muerte intrauterina El feto con restricción de su crecimiento tiene riesgo de muerte súbita intrauterina (OR 7,0; IC95% 3,3-15,1), debido a hipoxia crónica, asfixia perinatal o malformaciones congénitas. La severidad del RCIU se relaciona directamente con el riesgo de muerte fetal.

(...)

Consecuencias fetales y neonatales

Muerte intrauterina

El feto con restricción de su crecimiento tiene riesgo de muerte súbita intrauterina (OR 7,0; IC95% 3,3-15,1), debido a hipoxia crónica, asfixia perinatal o malformaciones congénitas. La severidad del RCIU se relaciona directamente con el riesgo de muerte fetal.

Asfixia perinatal

Los fetos con RCIU tienen mayor riesgo de presentar asfixia perinatal por insuficiencia placentaria e hipoxia intrauterina crónica, y toleran menos la

disminución transitoria del flujo sanguíneo placentario durante las contracciones uterinas en el trabajo de parto. Comparados con los recién nacidos a término de peso adecuado, los neonatos con RCIU tienen el doble de incidencia de puntaje de Apgar < 7 a los cinco minutos, pH umbilical < 7,0 y mayor necesidad de maniobras de reanimación neonatal. Como resultado, se aumenta el riesgo de síndrome de aspiración de meconio, usualmente asociado a hipertensión pulmonar persistente neonatal.

Hipotermia

La hipotermia neonatal es más frecuente en los recién nacidos con RCIU debido al volumen cefálico y área de superficie corporal mayor en relación con el peso, menor tejido celular subcutáneo y menores depósitos de grasa parda que limitan la termogénesis no asociada a escalofríos. Si adicionalmente ocurre asfixia perinatal, se afecta aún más la actividad muscular, el consumo de oxígeno y la producción de calor.

Hipoglicemia

La hipoglicemia ocurre en el 12 al 24% de los recién nacidos con RCIU, siete veces más frecuente que en los recién nacidos con crecimiento normal. El riesgo es mayor en los primeros tres días de vida, pero especialmente en las primeras 24 horas. Los factores contribuyentes incluyen disminución del glucógeno hepático y muscular, decrecimiento de sustratos alternos de energía como ácidos grasos libres, hiperinsulinismo o mayor sensibilidad a la insulina, reducción de la glucogenólisis y gluconeogénesis, y deficiencia de hormonas contrarregulatorias.

Hipocalcemia

Los niveles de calcio sérico son bajos en los neonatos con RCIU. Los factores contribuyentes son prematurez y asfixia perinatal. No se recomienda la medición rutinaria de calcio sérico en los recién nacidos a término con RCIU saludables a menos de que haya ocurrido asfixia perinatal; mientras que en los recién nacidos prematuros con RCIU sí se deben monitorear los niveles de calcio.

Policitemia

Los recién nacidos con RCIU son más propensos a desarrollar policitemia neonatal (hematocrito central $\geq 65\%$ después de las 12 horas de vida), con una incidencia reportada del 15 al 17%. Es más común en los casos de RCIU asimétrica por encima de las 34 semanas de gestación, en la medida en que la hipoxemia crónica aumenta el nivel de eritropoyetina, con el incremento consiguiente en la masa eritrocitaria. La policitemia contribuye a hipoglicemia, hiperbilirrubinemia, trombocitopenia y enterocolitis necrotizante en los recién nacidos con RCIU.

Sepsis neonatal.

Los neonatos con RCIU tienen compromiso de la inmunidad humoral y celular, incluyendo disminución de la concentración de IgG, índice fagocítico y lisozimas. Algunos estudios han demostrado mayor incidencia de sepsis neonatal, especialmente en los recién nacidos a término con peso al nacer menor al percentil 3 para la edad gestacional. En los prematuros extremos, sobre todo en casos de preeclampsia, la neutropenia aumenta aún más el riesgo de sepsis neonatal.

Enterocolitis necrotizante

Se ha reportado mayor incidencia de enterocolitis necrotizante en recién nacidos prematuros con RCIU. Los neonatos que tuvieron flujo reverso o ausente al final de la diástole en la arteria umbilical presentaron mayor incidencia de enterocolitis (OR: 2,13; IC95% 1,49-3,03). La asfixia perinatal resulta en redistribución del flujo sanguíneo a favor del cerebro, llevando a isquemia mesentérica. Si adicionalmente ocurre policitemia, la predisposición a desarrollar enterocolitis es mayor.

Enfermedad de membrana hialina

Aunque tradicionalmente se sostiene que la restricción en el crecimiento intrauterino acelera la maduración pulmonar fetal y disminuye el riesgo de enfermedad de membrana hialina, varios estudios que han comparado neonatos con y sin RCIU de la misma edad gestacional, sexo y raza, han desvirtuado dicha teoría.

Otros problemas

Los recién nacidos con RCIU tienen niveles significativamente menores de factores de coagulación V y VII, y recuentos plaquetarios menores. Se ha reportado hemorragia pulmonar masiva como causa de muerte súbita en neonatos con RCIU severo. El riesgo de anomalías genéticas o anatómicas es 2 a 3 veces mayor, comparado con recién nacidos con crecimiento intrauterino normal. La duración y el costo de la estancia hospitalaria son mayores.

Mortalidad perinatal

La tasa de mortalidad perinatal en los recién nacidos con RCIU es 10 a 20 veces más alta que la de los neonatos de peso adecuado para la edad gestacional. En una cohorte de niños < 1.500 gramos de peso al nacer se reportó un incremento en 3 veces la tasa de mortalidad neonatal. Se ha observado un efecto de “dosisrespuesta” con mayor mortalidad en los niños con RCIU severo (peso al nacer menor del percentil 5) comparados con los neonatos con RCIU con peso al nacer entre el percentil 5 y 10.

Manejo neonatal

Cuando se confirme el diagnóstico de RCIU, el nacimiento debe ocurrir en el tercer nivel de atención, con disponibilidad de unidad neonatal y personal entrenado en reanimación del recién nacido y manejo adecuado de los problemas asociados. La posibilidad de asfixia perinatal y líquido amniótico teñido de meconio es mayor. Se debe secar rápidamente al bebé, cubriéndolo con campos precalentados y manteniéndolo bajo lámpara de calor radiante.

A continuación, se debe colocar un gorro precalentado para evitar las pérdidas de calor. El cuidado piel a piel es una medida útil para evitar la hipotermia. La temperatura corporal se debe registrar al nacimiento, a las 2 horas y luego cada 6 horas durante las primeras 48 a 72 horas de vida.

Para evitar la hipoglicemia, se debe iniciar la lactancia materna lo más pronto posible. En los recién nacidos con asfixia perinatal, síndrome de dificultad respiratoria, edad gestacional menor de 34 semanas o RCIU severo con peso al nacer por debajo del percentil 3 para la edad gestacional, se debe tener precaución con el inicio de la alimentación enteral, debido al mayor riesgo de enterocolitis necrotizante.

En dichos casos, se deben iniciar líquidos endovenosos con tasa de infusión de glucosa entre 4 a 6 mg/kg/min. También se deben monitorear los niveles de glicemia en la primera hora de nacido y posteriormente cada cuatro horas durante las primeras 72 horas de vida. Si la glicemia es menor de 47 mg/dl, se debe administrar

una dosis bolo de 200 mg/kg de glucosa intravenosa y aumentar la tasa de infusión de glucosa a 6 a 8 mg/kg/min.

En forma rutinaria, se debe solicitar hematocrito venoso a las 12 horas de vida en todos los recién nacidos con RCIU, debido al riesgo de policitemia neonatal. Si el hematocrito es $\geq 71\%$ o la policitemia es sintomática, se debe realizar exsanguineotransfusión parcial con solución salina normal.

Las indicaciones para hospitalización en unidad neonatal son: peso al nacer menor del percentil 3 para edad gestacional, edad gestacional menor de 35 semanas, puntaje de Apgar menor de 7 a los cinco minutos, presencia de signos de dificultad respiratoria o de malformaciones congénitas al examen físico.

De lo anterior, se colige que un embarazo que presenta Restricción del Crecimiento intrauterino Simétrico (RCIU) no se desarrolla en total normalidad, dado que esta condición puede traer consigo varias consecuencias fetales y neonatales, como son, entre otras, la muerte intrauterina y asfixia perinatal, y que el nacimiento de fetos que padecen RCIU debe presentarse o tener lugar en un Hospital de III Nivel.

2.3.7 caso concreto

La *causa petendi* se centra en establecer si a la E.S.E Centro de Salud de Sampedo puede ser declarará extracontractualmente responsable de los perjuicios materiales e inmateriales que ha tenido que padecer la parte actora, por causa del fallecimiento del hijo de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, el día 8 de julio del 2018.

Del material probatorio puesto de presente en acápite denominado acervo probatorio, se encuentra demostrado que el 14 de marzo del 2013 la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, de 21 años de edad, ingresó a control prenatal en la E.S.E Centro Salud de Sampedo, con más o menos 28, 2 semanas de embarazo.

Así mismo, está demostrado en el *sub-lite* que la señora Osarios Paredes hasta el 6 de junio del 2013, presentó un embarazo en condiciones normales según se registró en la ecografía obstétrica del 26 de abril del 2013 y en sus controles prenatales.

Además, se constató según lo anotado en la ecografía obstétrica datada 26 de abril del 2013, que el embarazo de la señora Kelly Yohana, desde esta fecha no se adelantaba en total normalidad, toda vez que presentaba una Restricción de Crecimiento Intrauterino Asimétrico (RCIU), razón por la cual se le recomendó Eco Doppler Fetoplacenterio y valoración con especialista.

Igualmente, se acreditó que a las 12:20 p.m. del 8 de julio del 2013, la señora Osarios Paredes ingresó a la ESE Centro de Salud de Sampedo, por presentar dolores de parto,

dejándose constancia que tenía 39,6 semanas de embarazo, riesgo obstétrico fetal y materno, por lo que a las 12:25 p.m de este mismo día, se ordenó su remisión a la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo.

También, se evidenció que la precitada remisión no se pudo efectuar de manera inmediata, puesto que la ambulación disponible en la E.S.E Centro de Salud de Sampués se encontraba llevando a otro paciente al Hospital Universitario de Sincelejo, donde fue retenida por no existir camillas disponibles en el mencionado centro hospitalario.

Aunado a lo anterior, se observó que a las 1:40 p.m del 8 de julio del 2018 se iba a realizar el traslado de la señora Kelly Yohana al Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E, remisión que no se pudo consumir, toda vez que esta ciudadana presentó dolores de parto, motivo por el que el médico tratante decidió remitirla a sala de parto.

Además, se encuentra acreditado que a la 1:40 p.m del 8 de julio del 2018, la señora Kelly Yohana Osorios Paredes, encontrándose en trabajo de parto, expulsó feto de sexo masculino, con doble circular de cordón, flácido, hipotónico, cianótico, que no llora, por lo que se le realizó a este, estimulación por 2 minutos, luego se trasladó a servocuna, donde se le practicó reanimación por 15 minutos, sin obtener respuesta, causa por la que se decidió suspender e informarles a los familiares de la muerte neonatal.

Siendo así las cosas, se colige sin hesitación alguna que la parte demandante padeció daño antijurídico, por causa del fallecimiento del hijo de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, que desafortunadamente tuvo lugar el 8 de julio del 2013 en la sala de parto de la E.S.E Centro de Salud de Sampués, toda vez que la pérdida de un familiar es una afectación que el ordenamiento jurídico no impone el deber de soportar.

Encontrado probado un daño de naturaleza prohibida, se emprende el análisis pertinente, para determinar si este le es imputable a la entidad demandada, pues de ser así, se genera en ella la obligación de reparar el detrimento que se derivó del precitado daño.

Para ello, resulta importante indicar que la posición del H. Consejo de Estado “en materia de responsabilidad por el acto obstétrico, es que 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.* ⁵⁴

De lo anterior, se desprende que en caso como el objeto de estudio la prueba indiciaria juega un papel protagónico al momento de estructurar los elementos que se requieren para declarar la responsabilidad extracontractual de una entidad pública, puesto que a través de este medio probatorio se puede poner de presenta la falla en el servicio médico y el nexo causal entre la actividad médica y el daño padecido por la parte actora.

A lo anterior se le debe sumar, que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha indicado que en materia de atención médico obstétrica se estará en presencia de un indicio de falla en el servicio en aquellos casos en que un embarazo no termine satisfactoriamente, pese a que este se adelantó o desarrollo de manera normal, lo cual además trae como consecuencia que la obligación en materia médica deje de ser de medio y se vuelva de resultado⁵⁵; al tenor literal se ha expresado sobre el tema:

“Ahora bien, en cuanto a la prueba de la falla médica en el servicio de obstetricia, cuando el demandante demuestra que el embarazo se desarrolló en condiciones de total normalidad, sin posibilidades evidentes de complicaciones y sobrevino un daño a raíz del parto, la jurisprudencia ha reiterado que esa circunstancia viene a ser, per se, un indicio suficiente para declarar la responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha prueba indiciaria resulte refutada por la entidad demandada a lo largo del proceso”⁵⁶

⁵⁴ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera. Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00159-02(36288). Actor: Fidel Antonio Alzate Marín y Otra. Demandado: Hospital Universitario San Jorge De Pereira E.S.E.

⁵⁵ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; SUBSECCIÓN C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia datada dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01328-01(36565)

⁵⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp 18.364, posición jurisprudencial reiterada en la sentencia proferida el 28 de marzo de 2012, Exp. 22.163, ambas con ponencia del Consejero Dr. Enrique Gil Botero; ver en este mismo sentido Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia datada dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01328-01(36565)

Lo anterior, no significa que a la parte actora le basta “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 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”.

Bajo este tenor, se resalta que en el asunto de marras no se puede llegar a la conclusión de que la E.S.E Centro de Salud de Sumpués incurrió en una falla en el servicio médico a la hora de recibir el parto de la señora Kelly Yohana Osorio Paredes, dado que al ser el embarazo de esta ciudadana riesgoso, por tener un feto con Restricción de Crecimiento Intrauterino Asimétrico (RCIU), no se puede aplicar la regla jurisprudencial consistente en que existe un indicio de falla en el servicio cuando en el trabajo de parto de un embarazo que se desarrolló en condiciones normales se engendró un daño antijurídico.

A lo anterior, se le debe sumar que según las pruebas que militan en el expediente a la señora Osorios Paredes desde que ingresó a la E.S.E Centro de Salud de Sumpués, esto es a las 12:20 P.M del 8 de julio del 2013 hasta que desafortunadamente dio a luz sin vida a su hijo, dicho centro hospitalario le prestó una atención adecuado y acorde con su nivel de asistencia médica.

No obstante, esta Agencia Judicial se percata que la entidad médica demanda incurrió en una falla en el servicio al no remitir de manera inmediata a la señora Kelly Yohana Osorios Paredes a la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo como lo formuló el médico tratante, orden que analizada de manera armónica con la literatura médica puesta de presente en párrafos precedentes, permiten concluir que la E.S.E Centro de Salud de Sumpués por ser una entidad médica de primer nivel no se encontraba en la capacidad de atender el parto de un embarazo con Restricción de Crecimiento Intrauterino Asimétrico.

Aunado a lo anterior, resulta importante resaltar *“que si bien la responsabilidad de las entidades prestadoras de salud se circunscribe al nivel de atención y grado de complejidad que a cada una le determine el Ministerio de Salud, o el que haga sus veces, lo cierto es que ello no obsta para establecer la responsabilidad de las instituciones médicas en aquellos casos en que no se efectúa una correcta valoración del paciente o cuando se omite la remisión oportuna del mismo”*⁵⁷

En este punto, se indica que para esta Casa Judicial no es de recibo el argumento de que la entidad demandada no pudo trasladar a la señora Kelly Yohana al Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E, porque la ambulancia de turno se encontraba trasladando otro paciente a ese mismo centro médico, donde estuvo retenida por no existir camillas, dado que la parte pasiva de la litis debió adelantar todas las actuaciones administrativas para que dicha remisión se consumará.

Ahora bien, lo que no se encuentra acreditado en el *sub-lite* es que exista una relación de causalidad entre el daño antijurídico padecido por la parte actora y la falla de servicio en que incurrió la entidad demandada, toda vez que de los medios de convicción que militan en el expediente no se puede colegir que la causa adecuada o determinante del fallecimiento del hijo de la señora Kelly Yohana resulta ser la falta de remisión oportuna de esta ciudadana al Hospital Universitario de Sincelejo; esto es así al no reposar en proceso una prueba que determine la causa de la muerte del neonato, la cual resulta de ser de suma importancia para establecer si existe un vínculo causal entre el daño antijurídico y la falla en el servicio demostrada en el *sub-examine*.

Sin embargo, ello no conduce a exonerar de responsabilidad a la entidad pública demandada, pues su responsabilidad se ve comprometida con fundamento en la pérdida de oportunidad o de chance; el cual resulta ser un daño que le es imputable toda vez que al no remitir de manera oportuna a la señora Osorio Paredes al Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E incurrió en una omisión que excluye la diligencia y cuidado con que debió actuar para dispensar una eficaz prestación del servicio público y, aunque no existe certeza de que si la E.S.E. Centro de Salud de Sampués hubiera actuado con la mencionada diligencia el feto de la señora Kelly hubiese nacido con vida, sí se tiene por fuera de toda duda que la entidad demandada al obrar de esa manera le quitó el chance o la oportunidad a esta administrada de recibir atención

⁵⁷ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia datada 18 de mayo de 2017; Radicación número: 76-001-23-31-000-2003-03842-01 (35613)

médica en un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad donde pudo haber gozado de un servicio de salud de mayor calidad, que le daba la oportunidad de que su embarazo terminara de una forma normal⁵⁸.

Lo que en otras palabras significa, que en el *sub-judice* hay certeza de la existencia de una oportunidad, toda vez que de haberse traslado de manera inmediata a la señora Kelly Yohana a un centro médico que disfrutara de un nivel de atención en salud superior al de la entidad demandada, su trabajo de parto pudo haber sido recibido o presentarse en unas condiciones más técnicas y especializadas; las cuales según la literatura médica y lo anotado en la historia médica de esta administrada es la que requiere un embarazo con Restricción de Crecimiento Intrauterino Asimétrico (RCIU); chance este que se reitera que se perdió al no materializarse el traslado que ordeno el médico tratante al Hospital Universitario de Sampedo E.S.E.

En consecuencia, se **DECLARARÁ** la responsabilidad extracontractual de la E.S.E Centro de Salud de Sampedo; toda vez que se encuentra demostrado que el daño derivado de la pérdida de oportunidad que ha tenido que padecer la parte demandante le es imputable, por no haber trasladado de manera oportuna a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes al Hospital Universitario de III Nivel de Sampedo E.S.E.

En estas condiciones; se procede a liquidar los perjuicios reclamados por la parte actora.

2.3.8 Indemnización de perjuicios

Pues bien, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la señora Kelly Yohana Osorio Paredes de dar a luz con vida a su hijo, no obstante existe la certeza de que de haberse traslado de manera oportuna a esta ciudadana a un nivel de atención de salud superior hubiera disminuido considerablemente la pérdida sufrida por los libelistas; de este modo, se puede concluir que la expectativa de sobrevivir que tenía el feto de esta administrada estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial⁵⁹.

⁵⁸ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección A; Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez; Sentencia datada 26 de febrero de 2014; Radicación número: 52001-23-31-000-1999-01088-01(28579)

⁵⁹ Ibídem (30)

- **Daño material/Lucro cesante:** por este concepto petitionó \$100.000.000 para cada uno de los padres de la víctima directa de la litis y \$50.000.000 para los demás miembros de la parte actora.

El lucro cesante ha sido definido como “*la ganancia o provecho que dejó de reportarse como consecuencia de la concreción del daño antijurídico; es la pérdida por el no ingreso de un valor que llegaría con certeza al patrimonio del quien padece el daño*”⁶⁰

Este Casa Judicial no reconoce lo perjuicios pecuniario en mención, toda vez que al presentarse el fallecimiento de la víctima directa de este proceso en el momento de su nacimiento impide que se pueda inferir que habría de laborar y ayudar al sostenimiento de sus padres⁶¹, de ahí que no se pueda predicar que este perjuicio goza del carácter de cierto; con relación al tema le H. Consejo de Estado ha considerado:

*“Tampoco se encuentra evidenciado el daño material relacionado con el lucro cesante, sobre lo cual ha dicho la jurisprudencia que el aludido tipo de menoscabo se reconoce en favor de los padres con ocasión de la muerte de sus hijos, sólo bajo el supuesto de que estos últimos hubieran alcanzado la edad necesaria para empezar a trabajar –18 años por regla general y 15 años en casos excepcionales–, pues de lo contrario se entraría en conflicto con las normas del ordenamiento legal que proscriben el trabajo infantil. En el caso concreto, el hecho dañoso tuvo ocurrencia en el momento mismo del nacimiento de la menor Angie Paola Ramírez Alvarado, respecto de quien era totalmente incierta la posibilidad de que pudiera alcanzar la edad de trabajar”*⁶²

-Daños Morales: por este concepto se petitionó 300 SMLMV para cada uno de los padres de la víctima directa del proceso y 50 SMLMV para los demás miembros que conforman la parte demandante.

Con relación a este perjuicio inmaterial, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido que la muerte de una persona hace presumir el daño moral en los miembros de su entorno familiar más cercano; quienes solo deben probar el parentesco con la víctima directa para ser merecedor de una indemnización por dicho perjuicio; toda vez que las reglas de la experiencia se infiere que la muerte de una persona le causa a sus familiares más próximos una afectación moral, en efecto dice:

⁶⁰ Responsabilidad Extracontractual del Estado; Editores: Juan Carlos Henao, Andrés Fernando Ospina Garzón y Otros; Universidad Externado de Colombia; Bogotá, Pagina 280

⁶¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejera ponente: Stella Conto Diaz Del Castillo; Sentencia datada 28 de febrero del 2011; Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08001-01(18515)

⁶² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth; Sentencia datada 28 de septiembre de 2015; Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00719-01(34086)

“acerca de los daños causados por las lesiones de una persona, resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.”⁶³

Para cuantificar el perjuicio moral el operador de justicia debe tener en cuenta como parámetros de orientación los siguientes montos, que han sido definidos por la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado teniendo en cuenta el vínculo afectivo entre la persona fenecida y quienes acudieron a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en calidad de perjudicados, así:

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

En armonía con lo hasta aquí narrado, se encuentra acreditado según acta de entrega de cadáver del 8 de julio del 2013⁶⁴ que los padres de la víctima directa de esta litis son Isaac Enrique Camargo Herrera y Kelly Yohana Osorio Paredes, y sus abuelos son los señores Sady Luz Osorio Paredes⁶⁵, Medardo Camargo Álvarez⁶⁶ y Marleny Rebeca Herrera Morales⁶⁷.

De conformidad con lo señalado anteriormente y en atención que a la señora Kelly Yohana Osorio Paredes y su feto (Q.E.P.D), se les truncó la oportunidad de dar a luz con vida a su hijo, se reducirá en un 50% el monto de lo reconocido por daños morales en casos de muerte; por lo tanto, se ordenará pagar a favor de las siguientes personas las sumas que se señalan a continuación por concepto de **perjuicio moral**:

⁶³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera: Subsección A; Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón; Sentencia calendarada 9 de abril de 2014; Radicación número: 05001-23-31-000-1996-01183-01(27949)
⁶⁴ Folio 25ª del C. ppal.
⁶⁵Folio 64 del C. ppal.
⁶⁶ Folio 65 del C. ppal.
⁶⁷Folio 65 del C. ppal.

DEMANDANTE	PARENTESCO	MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN SMLMV
Kelly Yohana Osorio Paredes	Madre	50
Isaac Enrique Camargo Herrera	Padre	50
Sady Luz Osorio Paredes	Abuela	25
Medardo Camargo Álvarez	Abuelo	25
Marlene Rebeca Herrera Morales	Abuela	25

3. CONDENACIÓN EN COSTAS.

De conformidad a lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. se condenará en costas a la E.S.E Centro de Salud de Sampués, las cuales serán liquidadas por Secretaría, utilizando para tales efectos el 5% de las pretensiones reconocidas.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable a E.S.E Centro de Salud de Sampués, por los perjuicios morales causados a la parte actora con ocasión de la pérdida de oportunidad de que fue objeto la señora Kelly Yohana Osorio Paredes y su feto (Q.E.P.D), el 8 de julio del 2013.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la E.S.E Centro de Salud de Sampués, a pagar a favor de los demandantes las sumas que se relacionan a continuación por concepto de perjuicios morales:

DEMANDANTE	PARENTESCO	MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN SMLMV
Kelly Yohana Osorio Paredes	Madre	50
Isaac Enrique Camargo Herrera	Padre	50
Sady Luz Osorio Paredes	Abuela	25
Medardo Camargo Álvarez	Abuelo	25
Marlene Rebeca Herrera Morales	Abuela	25

TERCERO: NIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda, según lo considerado.

CUARTO: CONDÉNESE en costas a la E.S.E Centro de Salud de Sampedo; las cuales serán liquidadas por Secretaría, utilizando el 5% de las pretensiones reconocidas para tasar las agencias en derecho, según lo motivado ut supra.

QUINTO: DÉSELE cumplimiento a lo dispuesto en este fallo en los términos indicados en los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 del 2011.

SEXTO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PEREZ MANJARRÉS

JUEZ