

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por falla del servicio médico / FALLA MÉDICA - En paciente embarazada / FALLA MÉDICA GINECO OBSTETRICA - Por complicaciones postquirúrgicas causadas por procedimiento de cesárea / DAÑO ANTIJURÍDICO - Muerte de nasciturus e histerectomía practicada a madre

La muerte del feto que sería llamado Jesús Gómez Cifuentes y la posterior histerectomía que hubo de practicársele a Omaira Cifuentes Ñañez no tienen ninguna discusión a partir del contundente material probatorio que así lo acredita.

NEGLIGENCIA DEL LLAMADO EN GARANTÍA - Al atender parto en puesto de salud que no tenía las condiciones mínimas para sortear las complicaciones previsibles por el antecedente de cesárea / MUJER EN ESTADO DE GRAVIDEZ - Sometida a un riesgo que no era necesario asumir / FALLA MEDICA OBSTÉTRICA - Por omisión del galeno en remitir mujer en trabajo de parto a un centro especializado

Lo primero que debe descartarse es la insistente presentación del llamado en garantía cuando defiende su decisión de recibir naturalmente el parto pese al antecedente de cesárea. Olvida el galeno que la negligencia que se le sindicó no fue intentar una evolución normal sino decidir atender ese parto en un puesto de salud que no tenía las condiciones mínimas para sortear una emergencia previsible por el antecedente de cesárea. (...) Entonces, cuando Omaira Cifuentes Ñañez y Enrique Gómez Bolaños acudieron al Centro Médico de Salud de Balboa el 7 de noviembre de 1995 con los primeros síntomas de parto de la gestante, según los testimonios técnicos, debía haberse remitido a la paciente a una I.P.S. de mayor nivel, pues aunque el parto podía intentarse naturalmente, en esa institución no se tenían las condiciones mínimas para atender las complicaciones previsibles por el antecedente de cesárea y, en este sentido, la Sala concluye que se sometió a la embarazada a un riesgo que no era necesario asumir. Por tanto, como cuando la paciente se presentó con los síntomas iniciales no revestía urgencia, bien podía el galeno Jairo Vargas García remitirla a un centro más especializado y como no lo hizo, asumió profesionalmente los riesgos previsibles por el antecedente de cesárea que se pudieran presentar, mismos que no estaba en la capacidad funcional de atender.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVICIO DE SALUD DEL CAUCA - Falla médica obstétrica produjo muerte fetal y la pérdida de la capacidad reproductora de la madre / FALLA MÉDICA OBSTÉTRICA - Derivada de la asunción de riesgos innecesarios, la omisión en el registro del estado y evolución de la paciente y la falta de la autopsia que esclareciera las causas de los daños irrogados por los accionantes

Entonces, establecido que el parto de un embarazo normal -según cuenta el propio médico llamado en garantía que atendió los controles prenatales-, terminó con un feto muerto y la pérdida de la matriz de la madre por fuera de todo presagio, huelga inferir la responsabilidad de la entidad demandada por los siguientes indicios graves y contingente: (i) la asunción de riesgos innecesarios, (ii) la omisión en el registro del estado y evolución de la paciente y (iii) la falta de la autopsia que esclareciera las causas de los daños irrogados por los accionantes. En este sentido es dable deducir la falla del servicio tanto por la muerte fetal como por la pérdida de la capacidad reproductora de la madre. Es verdad que no hay prueba acabada del nexo de causalidad entre los daños ocasionados a los demandantes y el servicio de gineco-obstetricia prestado a la señora Cifuentes Ñañez y podría aducirse que el embarazo en sí mismo comporta el riesgo de la

muerte fetal -aunque este no es el resultado normalmente predecible cuando el embarazo ha sido normal como en este caso- y de la afectación de la salud procreadora de la madre, pero tampoco puede perderse de vista que los médicos que resolvieron atender el parto, a sabiendas de una posible complicación, asumieron riesgos que no les correspondía y una vez realizados les asiste la obligación de responder por su conducta.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN DE LA PRUEBA - No implica el desconocimiento de la decisión de primera instancia por haber sido proferida por un juez de descongestión

Por otro lado, el hecho de que el fallo de primer grado lo haya proferido un juez de descongestión no implica que su decisión no sea autorizada por no haber sido el mismo fallador que recaudó las pruebas en cumplimiento de la intermediación judicial, pues esta regla técnica no conecta en materia civil -y contencioso administrativa por analogía y remisión- a la persona del juzgador con el elemento probatorio, sino a la investidura judicial con la práctica de las pruebas, tanto así que el cambio de titular del despacho, la competencia del ad quem e incluso la invalidez de lo actuado, no comporta desquicio de los medios de conocimiento recaudados. Es que la aplicación de la intermediación en estos procesos no tiene la trascendencia que el censor le atribuye en su escrito de apelación, pues además son completamente válidas las pruebas recaudadas por comisionado, hipótesis en la que tampoco la persona que practica las pruebas es necesariamente la misma que las evalúa.

PERJUICIOS MORALES - Por la histerectomía practicada a la víctima y la muerte del infante / PERJUICIOS MORALES - Reconocidos por las pretensiones formuladas por los padres a nombre del menor fallecido / PERJUICIOS MORALES - Tasados conforme al arbitrium judicis con cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes

Evidentemente la demanda contiene dos grupos de pretensiones, las que se deprecian como consecuencia de las lesiones ocasionadas a la gestante Omaira Cifuentes Ñañez y las que se desprenden de la muerte del infante hijo de ésta y del señor Enrique Gómez Bolaños, hermano del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes. En la primera instancia sólo se consideraron los perjuicios de los demandantes mayores, dejando de resolver las pretensiones formuladas por los padres a nombre del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes, circunstancia que obliga a complementar la decisión en segunda instancia, tal como lo dispone el inc. 2 del art. 311 del C.P.C., pues la parte demandante también apeló. Así, considerando el fallido nacimiento de Jesús Gómez Cifuentes y la histerectomía a la que fue sometida Omaira Cifuentes Ñañez, la Sala tasará arbitrium judicis la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.) para cada demandante, habida consideración de que por la edad de la madre se puede afirmar que el núcleo familiar accionante, además del dolor por la muerte del nasciturus, fue privado del derecho a la procreación del segundo hijo cuando aún podían válidamente aspirar a tener la pareja de descendientes que estuvieron esperando conformar.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 311 INCISO 2

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Tasado conforme a salario mínimo legal mensual vigente por el tiempo que duró la licencia legal de maternidad

[P]ara tasar el lucro cesante se partirá de que los ingresos de cada aportante ascendían, por lo menos, al salario mínimo mensual legal vigente, por lo que la actividad económica de la tienda de Omaira Cifuentes Nañez, que se sumaba al trabajo de Enrique Gómez Bolaños, se tasa por reglas de la experiencia en \$535.600 tomando como base el s.m.m.l.v. para 2011. Ahora bien, ante la falta de alguna incapacidad médica expresa, el tiempo durante el cual se contará la pérdida del lucro será de 2,⁸ meses (el equivalente a las 12 semanas a que alude el art. 236 del C.S.T.S.S.) que constituyen la licencia legal de maternidad, pues se entiende que por lo menos durante esa época la gestante debía guardar reposo. (...) La anterior liquidación con base en la incapacidad legal, se efectúa sin perjuicio de que dentro del incidente consagrado en el inciso final del art. 307 del C.P.C. para la liquidación de perjuicios en concreto, la parte interesada acredite tiempos superiores de incapacidades a los reconocidos (12 semanas), los cuales se condenará en abstracto.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - ARTÍCULO 236 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 307

DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Reconocido a víctima por ser privada definitivamente de volver a procrear y por acelerar cambios de metabolismo producidos por la histerectomía

[A]corde con el precedente de la Sección se le reconocerá a Omaira Cifuentes Nañez la cantidad de 100 s.m.m.l.v., debido a comprobada pérdida de su matriz, pues no puede perderse de vista que la madre no solo fue privada -de manera definitiva- de volver a procrear [lo que discuten los peritos y el llamado en garantía por la edad de la gestante que ya contaba con más de 40 años], sino también de un órgano femenino de vital importancia, cuya extracción temprana acelera cambios de metabolismo que la actora no tendría que soportar.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN - Al acreditarse culpa grave de médico tratante / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN - Fijación del 30% de la condena por cuanto galeno no participó en la etapa final del alumbramiento

Fue llamado en garantía por la entidad demandada el médico Jairo Vargas García, quien -como lo demuestran las pruebas allegadas al proceso- actuó con culpa grave pues sometió a la paciente a un riesgo no justificado, a la vez de haber omitido diligenciar la historia clínica, asunto de vital importancia para el actuar médico e indispensable para valorar la responsabilidad galena, asistencial y hospitalaria. En este sentido, aunque el llamado en garantía estuvo involucrado en la atención de la señora Omaira Cifuentes Nañez, demandante en este asunto, no participó en la etapa final del alumbramiento por lo que la repetición a favor del Estado se fijará en un 30%, porcentaje en que se estima su responsabilidad directa en los hechos estudiados.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-31-000-1996-09007-02(20996)

Actor: OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ Y OTROS

Demandado: SERVICIO DE SALUD DEL CAUCA

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los demandantes, la demandada y el llamado en garantía, contra la sentencia 120 del 14 de febrero de 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo, sede Cali, mediante la cual se resolvió¹:

PRIMERO.- DECLARAR administrativamente responsable al SERVICIO DE SALUD DEL CAUCA por las lesiones causadas a OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ el 8 de noviembre de 1995, como consecuencia del tratamiento médico inadecuado que se le prestó al dar a luz en el Centro de Salud de Balboa (Cauca).

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar a cada uno de los demandantes OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ Y ENRIQUE GOMEZ BOLAÑOS la suma de quinientos (500) gramos oro.

TERCERO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la señora OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ la cantidad de 1000 gramos oro por concepto de perjuicios fisiológicos conforme a lo expresado en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO.- La condenada deberá repetir en contra del llamado en garantía JAIRO VARGAS GARCIA por un 50 % del valor de la condena.

QUINTO: Denieganse (sic.) las demás pretensiones de la demanda.

¹ Folios 430 a 445 del cuaderno 8.

(...)

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

La demanda interpuesta ante el Tribunal Contencioso del Cauca el 29 de marzo de 1996², presenta una serie de supuestos fácticos que bien pueden resumirse en que Omaira Cifuentes Ñañez, el 27 de octubre de 1995, durante la cita de control en el Centro de Salud del Balboa de su segundo embarazo, le informó a su médico tratante Jairo Vargas, entre otras cosas, que la anterior gestación había culminado con cesárea.

El 8 de noviembre siguiente la señora Omaira presentó síntomas propios del parto y no obstante que la gestante puso de presente, nuevamente, la operación cesárea anterior, el médico insistió en recibir naturalmente al *nasciturus*. Hospitalizada ese mismo día, el referido profesional Vargas “*procedió intencionalmente a romperle la placenta*” luego de lo cual se ausentó.

A las 8 a.m. del día siguiente -y por varias rogativas de la paciente- acudió el galeno a atender el parto que venía siguiendo un vigilante y una enfermera, con el resultado de un feto muerto con herida en el cráneo que se le imputa al médico. Omaira Cifuentes Ñañez posteriormente fue remitida al Hospital Universitario San José de Popayán, lugar donde le extrajeron la matriz.

Se agrega finalmente que hubo “*supresión de la historia clínica... de todos los datos relacionados con su tratamiento y evolución médica durante el parto*”, negándose el médico a certificar las causas de la muerte del neonato.

1.2 Lo que se pretende

Con fundamento en los anteriores hechos, -a través de abogado- Omaira Cifuentes Ñañez y Enrique Gómez Bolaños, actuando en nombre propio y en representación del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes, deprecian las siguientes pretensiones:

1. Declárase al servicio de salud del Cauca administrativamente responsable **de las lesiones ocasionadas a Omaira Cifuentes Ñañez** el 8 de Noviembre de 1.995, como consecuencia del tratamiento

² Folios 1 a 14 del cuaderno 1º, tomo I.

médico inadecuado que se le prestó en el Centro de Salud del Balboa (C); y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a su compañero permanente Enrique Gomez Bolaños y su hijo Jesús Enrique Gomez Cifuentes.

2. Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Servicio de Salud del Cauca, a pagar los perjuicios a los actores así:

2.1 Por perjuicios morales páguese a Omaira Cifuentes Ñañez, Enrique Gomez Bolaños y Jesús Enrique Gomez Cifuentes el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, a cada uno, según el precio internacional que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República.

2.2 Por daño fisiológico páguese a Omaira Cifuentes Ñañez el equivalente en pesos a tres mil (3.000) gramos oro fino, según el precio internacional que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República.

2.3 Por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante páguese a Omaira Cifuentes Ñañez la suma de treinta millones de pesos m/cte. (\$30´000.000,oo.) guarismo para el que se tendrá en cuenta el término de su vida probable de la demandante, el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral y el monto de los ingresos probables que habría podido obtener.

Se ordenará la actualización de las anteriores sumas conforme a la variación del índice de precios al consumidor entre las fechas de causación del daño y la de ejecutoria de la sentencia, y su reajuste conforme al interés técnico del 6% anual que se liquidará en el mismo período.

3. Declárase al Servicio de Salud del Cauca administrativamente responsable **de la muerte de Jesús Gomez Cifuentes** ocurrida el 8 de Noviembre de 1.995, como consecuencia del tratamiento médico inadecuado que se le prestó a Omaira Cifuentes Ñañez, su madre, al momento de darlo a luz, en el Centro de Salud de Balboa (C); y por consiguiente de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a su compañero permanente Enrique Gomez Bolaños y su hijo Jesús Enrique Gomez Cifuentes.

4. Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Servicio de Salud del Cauca, a pagar los perjuicios a los actores así:

- 4.1 Por perjuicios morales páguese a Omaira Cifuentes Ñañez, Enrique Gomez Bolaños y Jesús Enrique Gomez Cifuentes el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos oro fino, a cada uno, según el precio internacional que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República.
5. Las sumas reconocidas en las condenas anteriores devengarán los intereses señalados en el art. 177 del C.C.A., desde la fecha de ejecutoria del fallo.
6. El servicio de Salud del Cauca dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.

1.3 La oposición del ente demandado

El apoderado del demandado Servicio de Salud del Cauca³, luego de solicitar que se prueben la mayoría de los hechos alegados, se opone a las pretensiones formulando las excepciones de (i) inexistencia de la obligación y (ii) falta de integración del litisconsorcio necesario. La defensa se fundamenta en que no existe *“nexo causal entre los hechos que se denuncian y las consecuencias que se hacen aparecer como configurativas de una obligación a cargo de la demandada”*, agregando que tampoco se vinculó como demandado al médico en cuya conducta se basa la demanda, más sin embargo en escrito separado el ente accionado solicita llamar en garantía al galeno Jairo Vargas García.

1.4 La contestación del llamado en garantía

El galeno llamado en garantía, a través de la abogada que lo representa judicialmente⁴, explica que fueron varias la consultas prenatales de control que tuvo la paciente Omaira Cifuentes Ñañez, las últimas con éste médico. Que el profesional no desconocía y por el contrario consignó en la historia clínica el antecedente de cesárea, pero atendiendo los cursos de formación recibidos por parte del centro de salud, con el consentimiento de los padres, optó por agotar el parto vaginal para darle la oportunidad al niño que naciera naturalmente.

Aclara que la atención final inició el 7 de noviembre de 1995 y siempre estuvo atento desde la hospitalización ocurrida a las 10 p.m., pero advierte que la doctora Sofía Gómez Durán fue quien a partir de las 8 a.m. del 8 de noviembre atendió el

³ Folios 45 a 49 ib.

⁴ Folios 152 a 162 ib.

parto y él se hizo presente “*cuando ya la cabeza del niño estaba saliendo por el canal vaginal*”.

Explica que a la gestante no se le rompió la placenta sino las membranas ovulares, procedimiento realizado por la médico Gómez Durán, que el feto no presentaba heridas en su cabeza y que las causas de su muerte no se pudieron aclarar, porque los padres se negaron a autorizar la necropsia.

Comenta que los días 8 y 9 de noviembre no efectuó anotaciones en la historia clínica por la congestión del servicio y porque se confió que la doctora Gómez Durán al momento de realizar las suyas completaría todos los pormenores de la atención.

Finalmente propone las mismas excepciones del demandado, recalcando que debía vincularse a la médica que atendió el parto, galena a la que llama en garantía cuya vinculación finalmente no procedió conforme lo decidió la Corporación en auto del 14 de diciembre de 1998⁵, del cual se extracta lo siguiente:

(...)

En el sub júdece, el a quo aceptó el llamamiento de la doctora Sofía Gómez Durán formulado por el también llamado en garantía, Dr. Jairo Vargas García, quien en el respectivo escrito no manifiesta ningún hecho constitutivo de dolo o culpa grave que autorice el llamamiento, por ende, carece de justificación esa figura procesal respecto de la Dra. Sofía Gómez Durán

(...)

1.5 Las pruebas recaudadas

Con la demanda se aportó⁶ el poder conferido al abogado que representa a los accionantes, copia de la historia clínica de Omaira Cifuentes Ñañez, bautismo de quien sería llamado Jesús Gómez Cifuentes, certificado de defunción a nombre de éste, registro civil de nacimiento de Jesús Enrique Gómez Cifuentes, una petición dirigida al demandado Servicio de Salud del Cauca solicitando información de las causas de la muerte del feto y denuncia de los hechos presentada ante el Fiscal Local de Balboa.

⁵ Ver el cuaderno del consecutivo interno 15.026.

⁶ Folios 15 a 33 del tomo I del cuaderno 1°.

A la contestación de la demanda se acompañaron⁷, además de otros documentos sobre la representación legal del Servicio de Salud del Cauca, los informes rendidos a dicha entidad por el Director del Hospital del Bordo, sobre las indagaciones preliminares llevadas a cabo ante la queja presentada por Omaira Cifuentes Ñañez, los anexos consistentes en su historia clínica con pruebas de laboratorio, las declaraciones escritas de los intervinientes y la denuncia de la paciente.

El llamado en garantía adjuntó a su escrito de respuesta⁸ copias de las actuaciones adelantadas por la Procuraduría Departamental del Cauca que terminan con archivo de la investigación en su contra y copia de un trabajo de grado sobre *“PARTO VAGINAL CON CESARIA PREVIA EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN. 1995”*.

En el proceso se recaudó⁹ (i) copia de la hoja de vida del llamado en garantía, médico Jairo Vargas García, (ii) copia de la historia clínica de la demandante Omaira Cifuentes Ñañez, (iii) certificaciones de vinculación del referido médico y de las auxiliares de enfermería María Esperanza Larrahondo y Mery Quisobony Velasco, (iv) copias de la indagación preliminar adelantada por la Gobernación del Cauca y remitidas a la Procuraduría Departamental, (v) hoja de vida de la médica Sofía Gómez Durán, (vi) copia de las tablas de mortalidad de rentistas expedidas por la Superintendencia Bancaria, (vii) copia del registro civil de nacimiento del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes y (viii) copias de lo actuado en el en el proceso penal adelantado contra el galeno Jairo Vargas García por el delito de homicidio culposo.

Igualmente se recibieron¹⁰ (ix) copias de las investigaciones en el Tribunal de Ética Médica del Cauca y (x) las declaraciones de Blanca Bolaños Mellizo, Simeón Ruiz Cortes, Mariela Villamuez Caicedo, Soley Mireya Alban López, María Esperanza Larrahondo, Juliem Yolima Navia Hoyos, Jesús Hernando Fernández Santacruz, Mery Quisobony Velasco, Sofía Gómez Durán y del llamado Jairo Vargas García.

⁷ Folios 50 a 139 ib.

⁸ Folios 163 a 250 ib.

⁹ Cuaderno de pruebas 1.

¹⁰ Cuaderno de pruebas 2.

Del mismo modo se allegó¹¹ (xi) dictamen pericial sobre la atención médica, (xii) dictamen médico laboral realizado a la accionante y (xiii) el certificado de índices de precios al consumidor expedido por el DANE.

1.6 Alegatos en primera instancia

El apoderado de los demandantes alega de conclusión apoyado en el pliego de cargos que el Tribunal de Ética Médica habría formulado al llamado en garantía, médico Jairo Vargas García, respecto del servicio prestado a la señora Cifuentes Ñañez relacionado con: (i) el registro en la historia clínica de los controles prenatales y la atención recibida por la señora Omara Cifuentes Ñañez el 8 de noviembre de 1995, (ii) el riesgo injustificado al que fuera sometida la paciente y (iii) el tratamiento inadecuado. A juicio del actor la falta de las anotaciones permite presumir la negligencia de los médicos que atendieron a la paciente¹².

Por su parte, el apoderado del profesional llamado en garantía entra a rebatir cada una de las fallas alegadas¹³. Sobre la posibilidad de impedir el parto natural dado el antecedente médico de operación cesárea, se remite a estudios que consideran viable permitir el proceso natural; en cuanto a la indebida atención prestada a la paciente mientras permaneció en el centro médico, se refiere a las declaraciones que desmienten la herida en la cabeza del recién nacido; en cuanto a la lesión de la matriz como consecuencia de las presiones físicas a las que se sometió a la gestante, precisa que no fue él quien atendió el parto; sobre la pérdida de la capacidad de procrear y la incontinencia urinaria que afectan a la madre, afirma que la histerectomía le resultó benéfica a la paciente y que nada indica que el padecimiento que aqueja a la actora tenga como causa la atención médica brindada; para concluir sostiene que la falta de anotación en la historia clínica es un aspecto que sólo compromete su responsabilidad disciplinaria, sin que de allí se pueda establecer un nexo causal frente a los daños alegados.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia 120 proferida el 14 de febrero de 2001¹⁴, el Tribunal *a quo* concluyó que la entidad demandada y el llamado en garantía no desvirtuaron su responsabilidad y que por el contrario el propio médico tratante la corrobora

¹¹ Cuaderno de pruebas 3.

¹² Folios 374 a 379 ib.

¹³ Folios 380 a 391 ib.

¹⁴ Folios 430 a 445 del cuaderno 8.

cuando cuenta su omisión de consignar en la historia clínica los detalles del parto. Agrega adicionalmente como falla comprobada con fundamento en las evidencias científicas, la atención del parto con precedente cesárea en un centro médico que no tenía las condiciones mínimas para sortear cualquier complicación que se presentara.

En cuanto a las condenas, aunque halló acreditada la pérdida de la capacidad laboral de la actora en un 34,¹⁵% conforme el dictamen respectivo, negó la indemnización de perjuicios materiales por no haberse demostrado que la paciente tuviera alguna actividad económica productiva; finalmente, reconoció 500 gramos oro para el padre y la madre por concepto de perjuicios morales y fijó la cuantía de 1.000 a la demandante en el marco de los perjuicios fisiológicos, los cuales debían apreciarse con las ventajas que representa la extracción de la matriz de la actora en punto de la prevención de cáncer.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

3.1 El llamado en garantía

El llamado en garantía, médico Jairo Vargas García, impugna la decisión para que se considere la participación del demandado Servicio de Salud del Cauca en la decisión por él tomada de intentar el parto natural, dadas las capacitaciones que le fueron impartidas en tal sentido.

Resalta que el *a quo* tampoco tomó en consideración el riesgo propio del embarazo que debe asumir la paciente y pone de presente que el asunto fue fallado por un Tribunal de Descongestión cuyos funcionarios no recibieron con inmediatez las pruebas practicadas.

Finalmente se pronuncia sobre los perjuicios fisiológicos reconocidos para destacar que el dictamen de medicina laboral no fue puesto en conocimiento de las partes y resalta que la histerectomía le trajo consecuencias positivas a la salud de la paciente¹⁵.

3.2 El ente demandado

¹⁵ Folios 461 a 464 ib.

El Servicio de Salud del Departamento del Cauca sostiene que conforme a las investigaciones preliminares adelantadas en el Centro de Salud, se pudo corroborar que la atención prestada a la señora Cifuentes Ñañez fue idónea, tesis que se refuerza con la decisión de la Procuraduría que ordenó archivar la investigación.

Resalta que la falta de las anotaciones en la historia clínica no tiene la capacidad, por si sola, de generar daño a la salud; recuerda que la actividad médica sólo impone obligaciones de medio y llama la atención por la argumentación -a su juicio- contradictoria del fallo de primer grado, por el análisis superficial del material probatorio¹⁶.

3.3 Los demandantes

El apoderado de la parte actora inicia el escrito denotando que en el fallo de primer grado no se tuvo en cuenta la indemnización por la muerte del menor Jesús Gómez Cifuentes, deprecando adicionalmente un aumento en la estimación del perjuicio moral reconocido a la paciente por las graves lesiones sufridas.

Sobre la negativa a reconocer de perjuicios por el lucro cesante dada la afectación de la capacidad laboral de la actora, recalca que varios de los declarantes rindieron testimonio sobre sus actividades como propietaria de una tienda para colaborar con el sostenimiento del hogar. En este sentido, también reprocha el desconocimiento del importante rol de la ama de casa desempeñado por la señora Cifuentes Ñañez en la economía familiar¹⁷.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos por las partes en proceso de doble instancia seguido inicialmente ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, tal como lo dispone el art. 129 del C.C.A.

¹⁶ Folios 467 a 471 y 474 a 478 ib.

¹⁷ Folios 480 a 483 y 486 a 489 ib.

Efectivamente, la cuantía del proceso determinada para la fecha en que se presentó la demanda (29 de marzo de 1996)¹⁸, supera ampliamente el mínimo legal exigido de la época (**\$13´460.000**) para que el juicio tuviera la posibilidad de segunda instancia conforme art. 131 del C.CA. -subrogado por el canon 2° del Decreto 597 de 1988-, habida cuenta que en el libelo se deprecian condenas por perjuicios materiales por valor de **\$30´000.000**.

También vale la pena referir que como en esta causa todas las partes se alzaron en apelación, es improcedente la restricción de la *no reformatio in peius*, por lo que, dentro de los límites de la congruencia judicial, se podrá válidamente modificar la sentencia impugnada ya sea ampliando ora restringiendo las condenas impuestas.

4.2 Los hechos probados en el proceso

Los testimonios allegados al proceso¹⁹ convergen en afirmar que Omaira Cifuentes Ñañez y Enrique Gómez Bolaños vivían en unión libre desde hacía varios años y que la pareja que ya había procreado al menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes, esperaba a su segundo descendiente. Esos mismos medios de prueba refieren que aunque Enrique Gómez Bolaños era quien trabajaba como conductor de vehículos, Omaira Cifuentes Ñañez, a la par que se dedicaba a las labores de ama de casa, tenía una tienda en su hogar, colaborando con los gastos de la familia.

Con algunos documentos aportados a la demanda²⁰, se acredita plenamente -a través del respectivo registro civil de nacimiento- que el demandante Jesús Enrique Gómez Cifuentes, nacido el 10 de octubre de 1991, es hijo de los también accionantes Omaira Cifuentes Ñañez y Enrique Gómez Bolaños; del mismo modo, el certificado de defunción de Jesús Gómez Cifuentes comprueba su deceso, a la edad de un día el 8 de noviembre de 1995, siendo igualmente hijo de la pareja Gómez-Cifuentes. El acta parroquial que certifica el bautismo y sepultura del infante corrobora los hechos.

Ahora bien, de las múltiples copias de la historia clínica de Omaira Cifuentes Ñañez se tiene acreditado que el embarazo de su primer hijo Jesús Enrique,

¹⁸ Ver la constancia visible a folio 34 del tomo I del cuaderno 1.

¹⁹ Cfr. las declaraciones de Blanca Bolaños Mellizo, Simeón Ruíz Cortes y Mariela Villamuez Caicedo, vecinos de los demandantes cuyos testimonios se encuentran disponibles en los folios 525 a 527 del cuaderno de pruebas 2.

²⁰ Ver folios 28 a 30 del tomo I del cuaderno 1.

culminó con cesárea el 10 de octubre de 1991 y que para el año 1995 asistió en varias oportunidades (de mayo a octubre) al Centro de Salud de Balboa a controles prenatales de su segundo embarazo²¹.

Sobre lo ocurrido la noche del 7 y la mañana del 8 de noviembre de 1995, cuando la gestante acudió al Centro de Salud de Balboa no hay mayores anotaciones en la historia clínica (condiciones de ingreso y evolución durante el trabajo de parto)²², por lo que se debe remitir a las declaraciones de los testigos presenciales de tales hechos.

Cuenta en su declaración de parte el llamado en garantía, médico Jairo Vargas García²³, que Omaira Cifuentes Ñañez luego de asistir previamente el 7 de noviembre de 1995 al Centro de Salud, fue devuelta a su hogar por no estar en trabajo de parto, pero fue hospitalizada ese mismo día alrededor de las 10 p.m., cuando se decidió dejar evolucionar naturalmente el parto, pese al antecedente en 1991 de la cesárea que ella presentaba cuando tuvo a su primer hijo Jesús Enrique.

Resalta este profesional que no realizó ni prescribió a la paciente acto médico, farmacéutico o mecánico alguno, pues su decisión era simplemente esperar que el proceso de parto evolucionara naturalmente, motivo por el cual le ordenó a la auxiliar de enfermería que lo llamara si se presentaba alguna novedad.

Comenta que volvió a ver a la paciente en la mañana del 8 de noviembre de 1995, cuando el parto atendido por la médica Sofía Gómez Durán, había culminado con el feto muerto, que no presentaba lesión de ningún tipo. Reitera que se le insistió a los padres que autorizaran la autopsia pero la pareja se negó.

Mery Quisobony Velasco, auxiliar de enfermería que acompañó al doctor Jairo Vargas García en la atención de la paciente la noche del 7 de noviembre de 1995, corrobora la declaración del llamado²⁴; Resalta que la gestante fue revisada constantemente para ver su evolución natural y que el médico tratante nunca se

²¹ Una de las repetidas copias de la historia clínica se acompañó con la demanda y se encuentra visible a folios 17 a 27 ib.

²² Al respecto se puede consultar el informe técnico rendido dentro del proceso penal que se encuentra visible a folio 338 del cuaderno de pruebas 1, concretamente la respuesta a la tercera pregunta.

²³ La declaración se encuentra disponible a folios 655 a 658 del cuaderno de pruebas 2 y 739 a 746 del cuaderno de pruebas 3.

²⁴ El testimonio obra a folios 634 a 638 del cuaderno de pruebas 2.

ausentó del lugar y permaneció pendiente de cualquier novedad, aunque tomó unos momentos de descanso porque sufría algún malestar.

Dicha enfermera explica que el proceso transcurría normalmente hasta las 7 a.m. cuando se retiró habiendo entregado el turno, no sin antes explicarle a la enfermera que la reemplazó, que Omaira Cifuentes Ñañez se encontraba en revisión esperando la evolución de su trabajo. Afirma no constarle nada del parto porque para ese entonces ya se había ausentado.

María Esperanza Larrahondo confirma en su declaración²⁵ que a eso de las 7 a.m. la enfermera Quisobony Velasco le entregó el turno, agrega que recibió la información de que la gestante estaba en trabajo de parto y que cuando llegó la médica Sofía Gómez Durán, al ser informada del estado de la gestante y previa confirmación de que el feto se encontraba en la cavidad vaginal, dispuso pasar a la paciente a la camilla para facilitar la expulsión. En este estado se dispuso canalizar a la paciente con “*Hartman*”, aplicar “*cintocinol*” y proceder con la maniobra de “*Klisteler*” que consistió en que unos compañeros Uriel Navia y Jesús Fernández, con sus brazos empujaron el vientre hacia abajo.

Comenta la declarante que la criatura nació muerta y que en este estado llegó el médico Jairo Vargas García. Que ella misma atendió el feto y pudo comprobar ausencia de lesiones en su cabeza u otra parte del cuerpo. Resalta que fue la médica Sofía quien atendió todo el trabajo final del parto y quien dio las instrucciones referidas anteriormente para facilitar el nacimiento.

Por su parte, la médica Sofía Gómez Durán, al ser interrogada sobre los hechos²⁶, manifestó no recordar lo sucedido y dijo atenerse a lo que conste en la historia clínica. Aceptó que ella ordenó la remisión de Omaira Cifuentes Ñañez al Hospital San José de Popayán el 8 de noviembre de 1995, entidad en la que se le practicó una histerectomía.

Todas estas declaraciones en conjunto también informan que en el Centro de Salud sólo se atendían consultas externas y urgencias; que se contaba con dos médicos, el galeno Jairo Vargas García durante las 24 horas y la médica Sofía Gómez Durán nombrada por la Alcaldía Municipal para hacer turnos regulares de 8 a.m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m., que las auxiliares de enfermería eran las

²⁵ Ver la declaración a 639 a 647 ib.

²⁶ Cfr. folios 648 a 654 ib.

señoras Quisobony Velasco y Larrahondo quienes se turnaban las disponibilidades nocturnas de urgencia.

El personal del Centro de Salud es acorde en manifestar que el médico Vargas García recibió a la paciente en la noche del 7 de noviembre de 1995, que este dispuso aguardar la evolución natural del parto y que la médica Gómez Durán fue quien manipuló farmacéuticamente a la gestante, ordenando maniobras mecánicas para facilitar el nacimiento. Ni la enfermera ni el médico que inspeccionaron al feto le hallaron lesión alguna.

4.3 La imputabilidad de los daños al ente demandado

La muerte del feto que sería llamado Jesús Gómez Cifuentes y la posterior histerectomía que hubo de practicársele a Omaria Cifuentes Ñañez no tienen ninguna discusión a partir del contundente material probatorio que así lo acredita. Sin embargo, en la imputación de tales daños a la atención médica prestada en el Centro de Salud de Balboa es donde se encuentra el estrecho campo de litigio.

Así, los demandados sostienen que la prestación del servicio médico fue idónea, para lo cual se apoyan en las indagaciones preliminares adelantadas en el respectivo Centro de Salud de Balboa. Éste material que por haber sido solicitado por la parte accionante y producido con la participaron los accionados, puede ser apreciado conforme lo establece el art. 185 del C.P.C. En dicha investigación se concluyó lo siguiente²⁷:

9.- Todo el procedimiento médico instaurado en favor de la paciente OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ fue el idóneo, concluyendo a partir (sic.) de lo expresado por los escritos de las dos auxiliares de enfermería María Esperanza Larrahondo y Mery Quisobony Velasco y por lo expresado por el médico Jairo Vargas, excepto que no registraron por escrito ni la historia clínica, ni las frecuencias cardíacas fetales ni los tactos vaginales, ni las órdenes médicas.

A su turno, la Procuraduría decidió archivar la investigación adelantada en contra del doctor médico Vargas García al encontrar que no fue él quien atendió finalmente el parto de Omaira Cifuentes Ñañez, pues las declaraciones muestran que fue la médica Sofía Gómez Durán quien dirigió el nacimiento²⁸.

²⁷ Ver folio 355 ib.

²⁸ Cfr. folios 163 a 164 del tomo I del cuaderno 1.

Ahora bien, en el informe recibido en el proceso penal seguido en contra del galeno Vargas García, se explicó lo siguiente sobre la posibilidad de verificar que se hubiera realizado el procedimiento correcto²⁹:

RESPUESTA: No es posible, por cuanto no figura en la historia clínica de la paciente donde se informe las condiciones que ingresó y cuál fue la evolución durante todo el trabajo de parto, hasta su expulsivo. El Dr Vargas en su versión libre dice haber hecho lo pertinente relacionado con la observación y seguimiento de la paciente pero en la historia clínica que obra en el expediente no figura.

Conviene aclarar que en todos estos procedimientos (especialmente el penal), las pruebas que se acaban de analizar se recaudaron con la audiencia del médico llamado en garantía y por lo tanto bien pueden ser apreciadas conforme al art. 185 del C.P.C.

4.4 Análisis de la diligencia y la prueba indiciaria del nexo causal

Lo primero que debe descartarse es la insistente presentación del llamado en garantía cuando defiende su decisión de recibir naturalmente el parto pese al antecedente de cesárea.

Olvida el galeno que la negligencia que se le sindicada no fue intentar una evolución normal sino decidir atender ese parto en un puesto de salud que no tenía las condiciones mínimas para sortear una emergencia previsible por el antecedente de cesárea. Este punto es aclarado en el dictamen recibido en el *sub júdice* cuando los peritos informan³⁰:

(...)

Punto a). Con el antecedente de una cesárea previa, las condiciones mínimas para la atención exitosa del parto de la paciente estaban dadas en un hospital de Segundo o mayor nivel de atención, donde se cuenta con la posibilidad de realizar Monitoría Fetal, exámen (sic.) que permite detectar precózmemente (sic.) apoyado en la Clínica, la presentación de complicaciones que contraindican el parto vaginal y obligan a la realización de una Cesárea Urgente, operación quirúrgica que sólo puede realizarse en un Centro Hospitalario con el nivel de atención antes mencionado. Por lo tanto consideramos que la conducta Médica más adecuada habría sido la Remisión Inmediata de la paciente a un Centro con esos niveles de atención.

(...)

²⁹ Folio 338 del cuaderno de pruebas 1.

³⁰ Folio 765 del cuaderno de pruebas 3.

Entonces, cuando Omaira Cifuentes Ñañez y Enrique Gómez Bolaños acudieron al Centro Médico de Salud de Balboa el 7 de noviembre de 1995 con los primeros síntomas de parto de la gestante, según los testimonios técnicos, debía haberse remitido a la paciente a una I.P.S. de mayor nivel, pues aunque el parto podía intentarse naturalmente, en esa institución no se tenían las condiciones mínimas para atender las complicaciones previsibles por el antecedente de cesárea y, en este sentido, la Sala concluye que se sometió a la embarazada a un riesgo que no era necesario asumir³¹.

Por tanto, como cuando la paciente se presentó con los síntomas iniciales no revestía urgencia, bien podía el galeno Jairo Vargas García remitirla a un centro más especializado y como no lo hizo, asumió profesionalmente los riesgos previsibles por el antecedente de cesárea que se pudieran presentar, mismos que no estaba en la capacidad funcional de atender.

Ahora bien, esta primera y notable negligencia descarta la prudencia e idoneidad con la que según el propio Centro de Salud actuaron los médicos que atendieron el parto de Omaira Cifuentes Ñañez el 7 y 8 de noviembre de 1995, sobre todo porque, como lo reconocen todos los expertos que han conocido el caso, en la historia clínica se dejaron de anotar el estado y evolución del parto.

Entonces, a la imprudencia de asumir una atención pese a la falta de condiciones razonables, se le suma la gravísima omisión de anotar en el historial médico el estado y evolución de la paciente, registros sin los cuales no es posible determinar cuán correctas fueron las determinaciones de los médicos en el proceso de parto.

Incluso, siendo que en este caso era obligatorio realizar la autopsia médico legal conforme los literales “e” de los arts. 6 y 7 del decreto 786 de 1990, aún sin el consentimiento de los familiares, el personal médico dejó de dar el parte a las autoridades para que se realizara tan importante estudio que permitiera esclarecer las causas reales de la muerte del feto.

Entonces, establecido que el parto de un embarazo normal -según cuenta el propio médico llamado en garantía que atendió los controles prenatales-, terminó con un feto muerto y la pérdida de la matriz de la madre por fuera de todo presagio, huelga inferir la responsabilidad de la entidad demandada por los siguientes indicios graves y contingente: (i) la asunción de riesgos innecesarios,

³¹ En igual sentido se pronunció el Tribunal de Ética Médica cuando le formuló pliego de cargos al médico. Ver folios 482 a 484 del cuaderno de pruebas 2.

(ii) la omisión en el registro del estado y evolución de la paciente y (iii) la falta de la autopsia que esclareciera las causas de los daños irrogados por los accionantes. En este sentido es dable deducir la falla del servicio tanto por la muerte fetal como por la pérdida de la capacidad reproductora de la madre.

Es verdad que no hay prueba acabada del nexo de causalidad entre los daños ocasionados a los demandantes y el servicio de gineco-obstetricia prestado a la señora Cifuentes Ñañez y podría aducirse que el embarazo en sí mismo comporta el riesgo de la muerte fetal -aunque este no es el resultado normalmente predecible cuando el embarazo ha sido normal como en este caso- y de la afectación de la salud procreadora de la madre, pero tampoco puede perderse de vista que los médicos que resolvieron atender el parto, a sabiendas de una posible complicación, asumieron riesgos que no les correspondía y una vez realizados les asiste la obligación de responder por su conducta.

Lo anterior sin que pueda argüirse que el procedimiento de los facultativos que atendieron el parto en el servicio de salud respondió en todo caso a los avances de la ciencia médica, porque los mismos omitieron dejar consignada en la historia clínica la evolución de la paciente y sus actuaciones y tampoco dieron informe a las autoridades para la diligencia de necropsia. Siendo así, no pueden recurrir a sus propias y graves omisiones para exculpar su responsabilidad.

Lo cierto es que procedieron a atender un parto normal con antecedente de cesárea previa en un centro de salud sin capacidad de atención de complicaciones previsibles, cuando todo indicaba que la madre debía ser remitida a un centro médico apropiado, en todo caso de mayor nivel, para lograr que el embarazo culminara satisfactoriamente.

Ahora bien, resulta ambivalente que el médico trate de justificar su decisión de recibir naturalmente al *nasciturus* porque el embarazo se había desarrollado sin ninguna complicación y luego pretenda que se reconozca que la madre asumió parte del riesgo al quedar grávida, pues -se repite- el mismo galeno atendió varios de los controles prenatales dejando constancia de su normalidad.

Por otro lado, el hecho de que el fallo de primer grado lo haya proferido un juez de descongestión no implica que su decisión no sea autorizada por no haber sido el mismo fallador que recaudó las pruebas en cumplimiento de la intermediación judicial, pues esta regla técnica no conecta en materia civil -y contencioso administrativa por analogía y remisión- a la persona del juzgador con el elemento

probatorio, sino a la investidura judicial con la práctica de las pruebas, tanto así que el cambio de titular del despacho, la competencia del *ad quem* e incluso la invalidez de lo actuado, no comporta desquicio de los medios de conocimiento recaudados.

Es que la aplicación de la inmediación en estos procesos no tiene la trascendencia que el censor le atribuye en su escrito de apelación, pues además son completamente válidas las pruebas recaudadas por comisionado, hipótesis en la que tampoco la persona que practica las pruebas es necesariamente la misma que las evalúa.

Para una mejor ilustración, vasta traer a colación el verdadero alcance de la inmediación que autorizada doctrina plantea con sobrada razón³²:

(...)

Hablar de obsolescencia de la inmediación no es irreverente ni constituye una posición que, utilizando términos taurinos, pudiera ser calificada de tremendismo jurídico, se trata tan solo de comprobar que, en lo que concierne con nuestra región, la inmediación ha dejado de ser la regla técnica que debe prevalecer y no es posible seguir teniéndola como fuente inspiradora de normas que permitan una administración de justicia que se espera sea eficaz, considerando los tiempos que se viven.

Es necesario no seguir en contravía con la realidad, pues algunos juristas de nuestros países, anclados en el pasado y en el entendido de rendir culto a grandes maestros del derecho procesal, que cuando pregonaban la utilidad de ciertas reglas técnicas estaban de acuerdo con su época pues en ese momento eran aptas, insisten tozudamente, queriendo detener el tiempo, en tratar de condicionar la realidad a la inmediación, olvidando que NO ES PRINCIPIO SINO REGLA TÉCNICA, cuando se trata de todo lo contrario, de aplicar las REGLAS TÉCNICAS que se adecuen a la respectiva y concreta situación temporo-espacial, de modo que si está comprobado que la inmediación no sirve en el momento, se impone regular el proceso esencialmente sobre la base de la mediación, que es la regla técnica contraria a la que no ha mostrado efectos positivos.

Naturalmente debemos evitar incurrir en el error de las generalizaciones. No se trata de proscribir la inmediación, solo de emplearla donde ella pueda servir para impartir justicia eficaz, de manera que se debe establecer en el sistema probatorio como regla preponderante la de

³² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil en Tomo II: Pruebas. 2ª Edición Dupré 2008, págs. 43 y 44.

mediación y dejar la inmediatez para los eventos excepcionales en que puede ser útil.

(...)

4.5 Los perjuicios a reconocer

4.5.1 Perjuicios morales

Evidentemente la demanda contiene dos grupos de pretensiones, las que se deprecian como consecuencia de las lesiones ocasionadas a la gestante Omaira Cifuentes Ñañez y las que se desprenden de la muerte del infante hijo de ésta y del señor Enrique Gómez Bolaños, hermano del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes.

En la primera instancia sólo se consideraron los perjuicios de los demandantes mayores, dejando de resolver las pretensiones formuladas por los padres a nombre del menor Jesús Enrique Gómez Cifuentes, circunstancia que obliga a complementar la decisión en segunda instancia, tal como lo dispone el inc. 2 del art. 311 del C.P.C., pues la parte demandante también apeló.

Así, considerando el fallido nacimiento de Jesús Gómez Cifuentes y la histerectomía a la que fue sometida Omaira Cifuentes Ñañez, la Sala tasaré *arbitrium iudicis* la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v.) para cada demandante, habida consideración de que por la edad de la madre se puede afirmar que el núcleo familiar accionante, además del dolor por la muerte del *nasciturus*, fue privado del derecho a la procreación del segundo hijo cuando aún podían válidamente aspirar a tener la pareja de descendientes que estuvieron esperando conformar.

4.5.2 Lucro cesante

Sobre los perjuicios materiales descartados por el Tribunal *a quo* considerando que no se había demostrado que Omaira Cifuentes Ñañez ejerciera alguna actividad económica, es tema esclarecido a partir de la apelación de los demandantes cuando se resalta los testimonios que narraron que la paciente tenía una tienda con la que ayudaba para los gastos del hogar.

Así las cosas, para tasar el lucro cesante se partirá de que los ingresos de cada aportante ascendían, por lo menos, al salario mínimo mensual legal vigente, por lo que la actividad económica de la tienda de Omaira Cifuentes Ñañez, que se

sumaba al trabajo de Enrique Gómez Bolaños, se tasa por reglas de la experiencia en \$535.600 tomando como base el s.m.m.l.v. para 2011.

Ahora bien, ante la falta de alguna incapacidad médica expresa, el tiempo durante el cual se contará la pérdida del lucro será de 2,⁸ meses (el equivalente a las 12 semanas a que alude el art. 236 del C.S.T.S.S.) que constituyen la licencia legal de maternidad, pues se entiende que por lo menos durante esa época la gestante debía guardar reposo. Aplicando la fórmula resulta:

V/ACTUAL	\$353.600,0
INTERES (i)	0,004867
TIEMPO (n)	2,8

$$S = V/ACTUAL \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$535.600,0 * \frac{1,004867^{2,8} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$535.600,0 * \frac{0,013687}{0,004867}$$

$$S = \$535.600,0 * 2,812281$$

\$	1.506.257,57
-----------	---------------------

La anterior liquidación con base en la incapacidad legal, se efectúa sin perjuicio de que dentro del incidente consagrado en el inciso final del art. 307 del C.P.C. para la liquidación de perjuicios en concreto, la parte interesada acredite tiempos superiores de incapacidades a los reconocidos (12 semanas), los cuales se condenará en abstracto.

4.5.3 Perjuicio fisiológico (alteración a las condiciones de existencia)

En la demanda también se deprecia la reparación del perjuicio fisiológico³³ causado a la madre. Sobre este punto replica el llamado en garantía para advertir que el dictamen médico legal donde se le tasó a la demandante una pérdida de la capacidad laboral en 34,¹⁵%, jamás fue puesto en consideración de las partes³⁴.

Con todo, si bien tal omisión podría subsanarse corriendo traslado de la experticia a las partes para que la prueba tuviera contradicción, en el presente caso este

³³ Reconocido por ésta sección a partir de la sentencia del 6 de mayo de 1993, expediente 7.428.

³⁴ Folio 791 del cuaderno de pruebas 3.

medio de prueba no puede ser apreciado pues la médico laboral que lo rindió incumplió los deberes mínimos de justificación previstos en la parte final del art. 237 del C.P.C., en tanto omitió explicar “*los fundamentos técnicos, científicos u artísticos de las conclusiones*” toda vez que el documento arrimado sólo fija unos porcentajes sin sustentarlos mínimamente, ni siquiera se alude a las tablas o baremos tan comunes en estos eventos de calificación de aptitud laboral.

Sin embargo, acorde con el precedente de la Sección³⁵ se le reconocerá a Omaira Cifuentes Ñañez la cantidad de 100 s.m.m.l.v., debido a comprobada pérdida de su matriz, pues no puede perderse de vista que la madre no solo fue privada -de manera definitiva- de volver a procrear [lo que discuten los peritos y el llamado en garantía por la edad de la gestante que ya contaba con más de 40 años], sino también de un órgano femenino de vital importancia, cuya extracción temprana acelera cambios de metabolismo que la actora no tendría que soportar³⁶, al paso que esta cirugía genera los siguientes efectos locales adversos³⁷:

- Resequedad vaginal por falta de lubricación del cuello uterino o incluso atrofia vaginal y vesical por falta de hormonas debido a la extirpación de los ovarios (menopausia quirúrgica)
- Vagina un tanto más corta
- Algunas publicaciones sugieren que las pacientes histerectomizadas tienen máyor (sic.) riesgo de sufrir enfermedades cardiovasculares.

4.6 El llamamiento en garantía

Fue llamado en garantía por la entidad demandada el médico Jairo Vargas García, quien -como lo demuestran las pruebas allegadas al proceso- actuó con culpa grave pues sometió a la paciente a un riesgo no justificado, a la vez de haber omitido diligenciar la historia clínica, asunto de vital importancia para el actuar médico e indispensable para valorar la responsabilidad galena, asistencial y hospitalaria.

³⁵ Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11.842, en el cual se acoge el término “*daño a la vida de relación*” que incluye una serie de situaciones que no necesariamente implican un contenido de placer, agrado o lúdico y que sin embargo **alteran las condiciones existenciales** de quien lo padece.

³⁶ La autora del libro *Hormone Heresy* comenta: “*Es asombroso pensar que miles o millones de mujeres han sido condenadas a una vejez paralizada o a muerte prematura porque sus ovarios y/o su útero fueron removidos innecesariamente antes de la menopausia y el reemplazo de progesterona natural se ignoró*”. Cita extraída del sitio web: <http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20070930195552AAeC2BD>

³⁷ Tomado de: <http://www.ginecoweb.com/0histerectomia.html>

En este sentido, aunque el llamado en garantía estuvo involucrado en la atención de la señora Omaira Cifuentes Ñañez, demandante en este asunto, no participó en la etapa final del alumbramiento por lo que la repetición a favor del Estado se fijará en un 30%, porcentaje en que se estima su responsabilidad directa en los hechos estudiados.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. MODIFICAR los siguientes numerales de la parte resolutive de la sentencia 120 del 14 de febrero de 2001 proferida por la Sala de descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo, sede Cali, la cual quedará del siguiente tenor:

PRIMERO.- DECLARAR administrativamente responsable al SERVICIO DE SALUD DEL CAUCA por las lesiones causadas a OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ el 8 de noviembre de 1995 y por la muerte de su hijo JESÚS GÓMEZ CIFUENTES.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar a cada uno de los demandantes OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ, ENRIQUE GÓMEZ BOLAÑOS y JESÚS ENRIQUE GÓMEZ CIFUENTES la suma de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES para cada uno, por concepto de perjuicios morales.

TERCERO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la señora OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ la cantidad de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por concepto de alteración a las condiciones de existencia.

CUARTO.- CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la señora OMAIRA CIFUENTES ÑAÑEZ la cantidad de **\$1'506.257,⁵⁷**, por concepto de lucro cesante.

Lo anterior sin perjuicio de que dentro del incidente consagrado en el inciso final del art. 307 del C.P.C., la parte interesada acredite tiempos superiores de incapacidades a los reconocidos (12 semanas), los cuales se condenan en abstracto.

QUINTO: La condenada podrá repetir en contra del llamado en garantía JAIRO VARGAS GARCIA por un TREINTA POR CIENTO (30%) del valor de la condena.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 115 del C.P.C. y 37 del Decreto 359 de 1995, para el cumplimiento de esta sentencia **expídanse copias** con destino a las partes. Las copias serán entregadas al apoderado judicial que haya venido actuando.

TERCERO. Para el cumplimiento de las condenas impuestas deberá dársele aplicación a los arts. 176 y ss. del C.C.A.

CUARTO. En firme esta providencia, **REMITIR** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Magistrada Ponente

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado