

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Daños derivados de la actividad médica / DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA - Obstetricia / DAÑOS EN OBSTETRICIA - Por atención irregular a madre en trabajo de parto / DAÑO DERIVADO DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO – Inadecuada atención de parto / DAÑO DERIVADO DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO - Irregular de la médica tratante al practicar acto quirúrgico que se hallaba prácticamente proscrito Fetotomía / DAÑO ANTIJURÍDICO - Lesiones o afectación permanente del órgano reproductivo de la paciente / DAÑO ANTIJURÍDICO - Muerte de bebé en acto médico obstétrico

Dado que la responsabilidad que se depreca deviene de la falla en el servicio en la cual habría incurrido la entidad demandada por razón de la actividad médica producida en la etapa previa al parto de la demandante Rosalba Soto Rodríguez, la Sala estima que el asunto debe analizarse con la óptica de la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, por cuanto el daño antijurídico causado a los actores se habría originado en la atención inadecuada e irregular suministrada a la madre de la menor fallecida, mientras aquélla se hallaba en trabajo de parto.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Imputación por falla del servicio médico obstétrico. Evolución jurisprudencial / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO OBSTÉTRICO - Régimen de imputación subjetivo / FALLA DEL SERVICIO DE OBSTETRICIA – Debe acreditarlo la afectada del daño y la relación de causalidad / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD - Falla probada del servicio

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio médico obstétrico, consultar sentencias de 26 de marzo de 2008, Exp. 16085, CP. Ruth Stella Correa Palacio; y de 17 de marzo de 2010, Exp. 17512, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio en jurisdicción contenciosa administrativa / MEDIOS PROBATORIOS - Aplicación de normas del Estatuto de Procedimiento Civil en procesos contencioso administrativos / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Fundamento normativo / VALOR PROBATORIO DE PRUEBAS TRASLADADAS - Cuando en el proceso primitivo se practiquen a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella

El Código Contencioso Administrativo dispone, en materia de pruebas, que en los procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas serían apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 168 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 185

PRUEBA TESTIMONIAL TRASLADADA - Valoración probatoria / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio de pruebas solicitadas por ambas partes en el proceso contencioso administrativo / PRUEBA TRASLADA - Resulta contrario a la lealtad procesal alegar ausencia de valor probatorio por la parte que la solicitó cuando resultare desfavorable a sus intereses

la Sala también ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes o la entidad contra la cual se pretende hacer valer dicha prueba trasladada hubiere aceptado o hubiere adherido a las pruebas solicitadas por su contraparte, habrá lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el valor probatorio de pruebas trasladadas solicitadas por ambas partes en el proceso contencioso administrativo, consultar sentencia de 21 de febrero de 2002, Exp. 12789, CP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez; de 5 de junio de 2008, Exp. 16589, CP. María Elena Giraldo Gómez; y de 4 de febrero de 2010, Exp. 18320, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER - Existente al acreditarse falla en la prestación del servicio médico obstétrico / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO OBSTÉTRICO - Se evidenció procedimiento quirúrgico inadecuado en la atención de parto por médico del Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander Norsalud / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO OBSTÉTRICO - Actuación negligente e irregular de la médica tratante al practicar acto quirúrgico proscrito / ACTO QUIRÚRGICO PROSCRITO - Fetotomía / RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL SERVICIO DE OBSTETRICIA – Por procedimiento quirúrgico inadecuado para extraer del vientre de la madre a bebé que se hallaba en posición transversal

[L]a Sala estima que la sentencia apelada amerita ser confirmada, por cuanto en este caso se encuentra comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que el daño antijurídico causado a los demandantes provino del procedimiento quirúrgico inadecuado, irregular e incluso desechado por la práctica médica, denominado fetotomía, el cual le fue practicado a la demandante para extraer de su vientre a su hija, no obstante que la profesional de la Medicina que llevó a cabo tan negligente actuación, conocía de manera previa que la bebé gestante se hallaba en una posición transversal y que, por consiguiente, el procedimiento quirúrgico a seguir era una cesárea, para cuyo propósito debía disponerse su remisión a un centro hospitalario, en este caso al del Municipio de Sardinata. En efecto, para la Subsección no existe el menor asomo de duda que la muerte –atroz– de la bebé que se hallaba en el vientre de la demandante y la consiguiente lesión física a ella ocasionada, cuya secuela de carácter permanente repercutió gravemente en el sistema reproductivo de la paciente, fueron consecuencia directa de la intervención irregular efectuada por la doctora Maza González, quien, de manera irresponsable, pretendió extraer –a través de un parto natural– una bebé gestante del vientre de la señora Rosalba Soto Rodríguez, procedimiento que condujo al desprendimiento de uno de los brazos de la menor debido al posicionamiento transversal en el cual se encontraba y que impedía, por completo, un parto natural, tal como lo explicaron tanto los médicos que atendieron a la paciente horas más tarde en el Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, como también se encuentra detallado y establecido dentro de las diferentes decisiones que adoptó el Tribunal de Ética Médica –Seccional y Nacional–. (...) Así las cosas, la Sala estima acertada la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño

antijurídico causado a los actores.

PERSPECTIVA DE GÉNERO - Daños de mujer gestante y su hija provenientes de deficiente intervención ginecobstétrica / PERSPECTIVA DE GÉNERO - Reiteración jurisprudencial. Protección de los derechos fundamentales de la familia y en particular de la mujer en embarazo

La Subsección estima necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber que el Estado tiene en torno a la protección de los derechos fundamentales de la familia y en particular de la mujer en embarazo, consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la protección de los derechos de la mujer en estado de embarazo, consultar sentencia de la Corte Constitucional, de 7 de mayo de 1993, Exp.S- 179/93, MP. Alejandro Martínez Caballero; y auto de 12 de mayo de 2010, Exp. 37427, CP. Mauricio Fajardo Gómez

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - Reconocimiento del principio non reformatio in pejus

La Sala precisa que las indemnizaciones decretadas por el Tribunal de primera instancia a favor de lo actores no serán incrementadas, no obstante que algunas de ellas podrían resultar inferiores –en tratándose de los perjuicios inmateriales–, a los montos que usualmente ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación por hechos como el que aquí ha debatido, ello en atención a los principios de la non reformatio in pejus y el de congruencia de la sentencia; sin embargo, la sentencia apelada sí será modificada para efectos de expresar el monto de las indemnizaciones respectivas en términos de salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PERJUICIOS MORALES - Por la afectación en la salud de la madre gestante y la muerte de su hijo en el acto médico ginecobstétrico / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES - A la víctima y sus familiares

La Sala encuentra procedente el reconocimiento de este perjuicio a cada demandante, pues la prueba del parentesco para con la víctima resulta suficiente para tenerlo por configurado, ello en atención a que por virtud de la aplicación de las reglas de la experiencia se puede inferir que la muerte de su hijo y hermano, así como las lesiones de la señora Rosalba Soto Rodríguez, causaron el daño por el cual se demanda. El Tribunal a quo les reconoció a los actores, por este rubro, un monto equivalente a 850 gramos de oro para cada uno de los esposos Soto y 450 gramos de ese mismo metal precioso para cada uno de sus hijos. Por lo tanto, a los señores Gregorio Soto Torres y Rosalba Soto Rodríguez se les reconocerá un monto equivalente a 85 S.M.L.M.V., para cada uno y a favor de los actores María Belén Soto Soto, José Gregorio Soto Soto, María del Carmen Soto Soto, Chiquinquirá Soto Soto, Trinidad Soto Soto y Jesús Soto Soto Ruth, se reconocerá un monto equivalente a 45 S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.

PERJUICIOS INMATERIALES - Alteración grave de las condiciones de existencia / PERJUICIOS INMATERIALES - Evolución Jurisprudencial del concepto de daño inmaterial / PERJUICIOS INMATERIALES - Daño Fisiológico, daño a la vida de relación, perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia / ALTERACIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Noción. Alcance

Dentro de la demanda se solicitó el reconocimiento del rubro denominado 'perjuicio fisiológico', en un monto de \$ 30'000.000, a favor de la actora Rosalba Soto Rodríguez. En relación con la anterior pretensión, la Sala estima necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11.842, se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación. Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia. El Consejo de Estado ha considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas. Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso en algunos casos puntuales puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, en lo familiar, en lo laboral, en su ámbito placentero o de otra índole. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el daño a la vida de relación, consultar sentencia de 19 de julio de 2000, Exp. 11842, CP. Alier Hernández Enríquez. En relación con el alcance del perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, consultar sentencia de agosto 15 de 2007, Exp. 2003-00385 AG, CP. Mauricio Fajardo Gómez; y de 1 de noviembre de 2007, Exp. 16407

PERJUICIO POR ALTERACIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Reconocimiento por afectación permanente del órgano reproductivo de la paciente

En el presente asunto resulta más que evidente que la víctima sufrió este perjuicio, por cuanto quedó con una afectación permanente de su órgano reproductivo, todo lo cual conlleva, indiscutiblemente, una alteración grave de sus condiciones de existencia. Por consiguiente, la Sala al convertir el reconocimiento ordenado en la sentencia de primera instancia, con cargo a este concepto, lo fija en la cantidad equivalente a 85 S.M.L.M.V.

PERJUICIOS MATERIALES POR LUCRO CESANTE - De mujeres dedicadas a labores domésticas y el cuidado de sus hijos menores. Perspectiva de género / AMA DE CASA - Víctima del daño. Protección especial / INDEMNIZACIÓN DE LUCRO CESANTE - Procedente a favor de la madre lesionada. Actualización de la condena de primera instancia

Dentro de la sentencia apelada se reconoció la suma de \$ 6'870.538, por este rubro, no obstante que –así se advirtió en el fallo impugnado– no se había demostrado que la señora Rosalba Soto Rodríguez ejerciere, para el momento de los hechos, una labor económica que le reportara una utilidad o salario de manera regular. La Sala estima que tal reconocimiento pecuniario resulta procedente, pues si bien, como se indicó, en el proceso no está demostrado que la víctima desarrollare una actividad regular u ocasional de naturaleza laboral o económicamente productiva de la cual derivare parte del sustento su familia, lo cierto es que esta decisión contiene una perspectiva de género que incide en su resolución de manera significativa. (...) Por lo tanto, resultaría completamente contradictorio con lo expuesto en precedencia denegar este perjuicio que ya

reconoció el Tribunal Administrativo a quo, puesto que en el proceso está demostrado que la demandante, y víctima directa del daño, tenía 33 años de edad para el momento de los hechos, a lo cual conviene agregar que sus 6 hijos eran todos menores y requerían el cuidado y atención de su madre, en cuanto sus edades oscilaban entre los 3 y 15 años de edad, circunstancia que torna procedente la indemnización por este concepto. (...) En esta materia sólo se actualizará la condena de primera instancia, por cuanto la operación aritmética elaborada por el Tribunal a quo para cuantificarla se ajusta a las fórmulas que usualmente utiliza la Corporación para liquidar este rubro; además, la liquidación se efectuó con base en el salario mínimo legal mensual vigente al año de los hechos y en consideración a la reducción de la capacidad laboral que le fue dictaminada a la demandante. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante, teniendo en cuenta la perspectiva de género y las protección especial a aquellas mujeres dedicadas a labores domésticas y destinadas al cuidado de sus hijos, consultar sentencias de 17 de marzo de 2010, Exp. 18101, CP. Mauricio Fajardo Gómez; y de 23 de junio de 2011, Exp. 19918, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., siete (07) de julio de dos mil once (2011)

Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08704-01(19496)

Actor: GREGORIO SOTO Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y OTROS

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Norte de Santander contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de ese Departamento el día 8 de agosto de 2000, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRA[N]SE no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO: DECLARASE al INSTITUTO DE LOS SERVICIOS DE SALUD (NORSALUD) administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por la señora ROSALBA SOTO RODRIGUEZ, por el señor GREGORIO SOTO TORRES y por los hijos de ambos: MARIA BELEN, JOSE GREGORIO, MARIA DEL CARMEN, CHIQUINQUIRA, TRINIDAD Y JESUS SOTO SOTO, a raíz de la atención por trabajo de parto brindado a la primera en el Centro de Salud del Corregimiento de Las Mercedes, Municipio de Sardinata el día 2 de febrero de 1993.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y ante la disolución y liquidación actual de NORSALUD por disposición del Decreto Departamental N° 000733 de 9 de junio de 1999, CONDÉNESE al DEPARTAMENTO [DE] NORTE DE SANTANDER como Entidad que asume las obligaciones antes a cargo del mencionado Organismo, a reconocer y pagar a los demandantes las siguientes sumas: 1. Por concepto de perjuicios Materiales a ROSALBA SOTO RODRIGUEZ, la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$6'870.538.00) M/L. 2. Por concepto de perjuicios morales, así: Para GREGORIO SOTO TORRES y ROSALBA SOTO RODRIGUEZ el equivalente en pesos a ochocientos cincuenta (850) gramos oro a cada uno; para los hijos MARIA BELEN, JOSE GREGORIO, MARIA DEL CARMEN, CHIQUINQUIRA, TRINIDAD Y JESUS SOTO SOTO, el equivalente en pesos a cuatrocientos cincuenta (450) gramos oro para cada uno, para un total de Cuatro Mil cuatrocientos gramos oro (4.400) por perjuicios morales al precio que certifique el Banco de la República al momento de la ejecutoria de este fallo, y 3. Por concepto de perjuicios fisiológicos para la señora ROSALBA SOTO RODRIGUEZ el equivalente en pesos a 850 gramos oro, a razón del precio oficial certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 18 de noviembre de 1994 (fl. 22 c 1), los señores Gregorio Soto Torres y Rosalba Soto Rodríguez, en nombre propio y en el de sus hijos menores María Belén, José Gregorio, María del Carmen, Chiquinquirá, Trinidad y Jesús Soto Soto, a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto de los Servicios

Sociales de Salud de Norte de Santander –NORSALUD–, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales a ellos ocasionados, como consecuencia de la <<*pérdida del feto y de las graves lesiones que sufrió la paciente ROSALBA SOTO RODRIGUEZ, con motivo del ‘trabajo de parto’ atendido por la Dra. ELSY BENETH MAZA GONZALEZ, el día 2 de febrero de 1.993, en el Centro de Salud del Corregimiento de Las Mercedes, municipio de Sardinata, departamento de Norte de Santander*>> (fls. 3 a 22 c 1).

En la demanda se solicitó, a título de perjuicios morales, un monto equivalente a 1.000 gramos de oro para cada actor; por concepto de perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, se solicitó la suma de \$ 49'648.271, a favor de la demandante Rosalba Soto Rodríguez, para quien, además, se reclamó un monto de \$ 30'000.000, a título de perjuicios ‘fisiológicos’.

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que el día 2 de febrero de 1993, la señora Rosalba Soto Rodríguez acudió al centro de salud del Corregimiento de Las Mercedes, Municipio de Sardinata – Norte de Santander, dado que se encontraba en trabajo de parto.

Señaló que la conducta médica frente a la víctima fue equivocada, negligente y descuidada, puesto que debido a que la paciente no podía dar a luz a su bebé, no se dispuso su remisión al Hospital de Sardinata y se pretendió extraer a la bebé gestante mediante el desprendimiento de uno de sus brazos, evento ante el cual se dispuso el traslado de la señora Soto Rodríguez al Municipio de Sardinata, sin embargo, como en el hospital de ese municipio no había médico de turno, la paciente debió ser conducida hasta la ciudad de Cúcuta, al Hospital Erasmo Meoz, al cual arribó hacia las 2.00 A.M., del 4 de febrero de 1993.

Indicó que una vez la paciente se hallaba en el último centro hospitalario, se le

practicó de inmediato una cesárea y se encontró que su bebé había fallecido como consecuencia de una <<*anemia aguda secundaria a desarticulación de miembro superior derecho*>>.

A juicio de la parte actora, la médica que atendió a la paciente actuó de manera irregular y mediante un procedimiento que no era legal ni científicamente apropiado, dado que se causó la muerte de la bebé gestante y además se le generó una lesión física a la madre, quien debió estar hospitalizada hasta el 19 de febrero de 1993 y ser objeto de controles periódicos posteriores, los cuales determinaron más adelante la práctica de una cirugía el 7 de junio de 1993, por haberse diagnosticado <<*Litiasis Vesical, desgarro de Uretra e incontinencia urinaria*>>.

Sostuvo que las lesiones padecidas por la señora Rosalba Soto Rodríguez le acarrearón secuelas de carácter permanente, tales como <<*la pérdida anatómica de la procreación por la extirpación del cuerpo uterino y perturbación del órgano de la excreción urinaria*>>

3.- Contestación de la demanda.

El Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander – NORSALUD– no contestó la demanda, no obstante que se notificó del auto admisorio de la misma.

4.- El Ministerio Público solicitó la vinculación de la profesional de la Medicina que habría atendido a la paciente, en condición de llamada en garantía (fls. 111 a 113 c 1), petición que fue aceptada por el Tribunal *a quo*, mediante providencia de mayo 27 de 1995 (fls. 115 y 116 c 1); sin embargo, su vinculación al proceso no se logró, por cuanto no fue notificada de esa última decisión, tal como se dejó consignado en la sentencia apelada, razón por la cual el Tribunal de primera instancia se abstuvo de analizar la responsabilidad de la médica llamada en garantía, tal como se precisará más adelante (fl. 345 c ppal).

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

5.1.- NORSALUD solicitó en esta etapa del proceso proferir fallo inhibitorio, por cuanto la demanda se dirigió y, por ende, la litis se trabó con una persona jurídica diferente a la que estaría llamada a responder por el daño causado a los demandantes.

La entidad demandada sostuvo que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el ente que dictó el acto administrativo de nombramiento de la médica que atendió a la paciente fue el Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander, por manera que la demanda debió dirigirse en contra de dicho ente (fls. 269 a 273 c 1).

5.2.- La parte actora rebatió la supuesta falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la entidad demandada, pues señaló que mediante la Ordenanza 36 de 1991 se creó al instituto demandado como un ente descentralizado del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo.

Agregó que dentro de dicho acto se dispuso que NORSALUD tenía el deber de incorporar a su planta de personal los funcionarios que en ese momento ocuparen cargos en el Servicio de Salud de Norte de Santander, motivo por el cual la parte demandada sí tenía, para la época de los hechos, legitimación en la causa por pasiva.

De otra parte indicó que de conformidad con el material probatorio que obra en el proceso se puede establecer la responsabilidad patrimonial del ente demandado (fls. 301 a 303 c 1).

5.3.- El Ministerio Público, en su intervención, acogió los planteamientos de la parte actora en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva que le asiste a

NORSALUD, de conformidad con la Ordenanza 036 de 1991, por la cual se creó a ese instituto.

De otro lado solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que según ese ente de control, se probó la actuación irregular de la médica que atendió a la paciente, pues debió disponerse su remisión al hospital del Municipio de Sardinata, por cuanto en el puesto de salud del corregimiento de Las Mercedes no existían la infraestructura ni el personal adecuados para atender el parto de la señora Soto Rodríguez debido a la posición <<atravesada>> que presentaba su hija y, por lo tanto, la doctora encargada de atender a la víctima no podía permitir que el nacimiento de la menor se realizare en ese puesto de salud (fls. 305 a 314 c 1).

6.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia proferida el 8 de agosto de 2000 (fls. 318 a 346 c ppal), accedió a las súplicas de la demanda, porque consideró que el procedimiento adelantado frente a la actora en el centro de salud del Corregimiento de Las Mercedes fue el causante del deceso del <<producto que esperaba>> y de las lesiones físicas que padeció posteriormente, en especial la perturbación funcional de carácter permanente que afectó su sistema reproductivo.

Agregó que el método empleado por la médica fue inadecuado, por cuanto era innecesario y arriesgado, dado que lo correcto –según la práctica médica– era remitir a la paciente a un centro hospitalario en el cual se pudiese practicar la respectiva cesárea, habida cuenta de la posición transversa en la cual se hallaba la menor gestante y no proceder a efectuar una fetotomía o cercenamiento de un miembro del feto.

En relación con la legitimación en la causa del ente demandado, el Tribunal *a quo* sostuvo que si bien es cierto que NORSALUD fue objeto de un trámite liquidatorio, también lo es que ello se surtió a partir del año de 1999, esto es con posterioridad a que se hubieren producido los hechos que dieron lugar a la demanda citada en

la referencia, amén de que por virtud de la Ordenanza 36 de 1991 –que creó a NORSALUD– el personal que se hallare ocupando cargos en el Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander debía ser incorporado al instituto demandado, cuestiones que permitían que la parte actora hubiese dirigido la demanda en contra de NORSALUD, el cual, además, contaba con las atribuciones inherentes de una entidad descentralizada.

De otra parte, el Tribunal de primera instancia recalcó que la demanda ejercida no se dirigió en contra de la profesional de la Medicina que atendió a la demandante sino en contra de la entidad prestadora del servicio de salud (NORSALUD), en atención a la responsabilidad institucional –que no personal– que se pretende mediante esta clase de litigios contencioso administrativos; de allí que el argumento para predicar la ausencia de legitimación en la causa del ente demandado, porque el nominador de dicha persona habría sido una entidad distinta a NORSALUD, resultare irrelevante.

También se precisó en la sentencia cuestionada que la condena impuesta debía ser asumida por el Departamento de Norte de Santander, por cuanto para la fecha en la cual se dictó dicho fallo, NORSALUD se hallaba liquidado y en sus derechos y obligaciones lo sucedió ese ente territorial, según lo dispuesto en el Decreto 000733 de 1999.

Finalmente, como se indicó en precedencia, el Tribunal *a quo* se abstuvo de analizar la responsabilidad de la médica llamada en garantía, dado que *<<respecto a ella no se trabó relación procesal alguna porque no se llevó a cabo su notificación>>*.

7.- La apelación.

7.1.- Inconforme con la referida sentencia de primera instancia, el Departamento de Norte de Santander interpuso recurso de apelación (fls. 254 a 257 y 379 a 384 c ppal), con fundamento en la falta de legitimación en la causa por pasiva que habría de configurarse respecto del ente público que fue demandado, pues insistió en que el acto administrativo por medio del cual se vinculó a la doctora que atendió a la paciente fue proferido por el Servicio Seccional de Salud de Norte de

Santander.

Reiteró lo expuesto por NORSALUD en los alegatos de conclusión en primera instancia para efectos de demostrar la supuesta ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, la entidad territorial apelante acogió parte de las consideraciones plasmadas en el salvamento de voto elaborado por la señora Magistrada del Tribunal *a quo* que se apartó del fallo proferido en primera instancia, para concluir que

<<se demandó a una persona jurídica totalmente ajena o extraña a la que procesalmente debía responder por los presuntos perjuicios materiales y morales causados a la parte actora, por las posibles fallas del servicio profesional de la médica Doctora ELSY BENETH MAZA GONZALEZ, como médico del Centro de Las Mercedes, dependiente del Hospital San Martín de Sardinata, pues la acción de reparación directa ha debido dirigirse contra el SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER, y no contra NORSALUD como erróneamente la endilgó la parte demandante>>.

7.2.- También apeló la sentencia de primera instancia, quien en su oportunidad representó judicialmente en este litigio a NORSALUD (fls. 363 a 365 c ppal), impugnación que se dirigió, igualmente, a controvertir el fallo recurrido con base en la legitimación en la causa por pasiva que habría de predicarse respecto de dicha entidad.

8.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Los sujetos procesales guardaron silencio dentro de esta etapa del proceso (fl. 391 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

1.- Cuestión previa.

Antes de abordar el análisis acerca de la legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad inicialmente demandada –NORSALUD– y la consiguiente responsabilidad que le asiste por el daño antijurídico causado a los actores, la Subsección debe precisar que no obstante que el Tribunal *a quo* concedió ambos recursos de apelación –aquel interpuesto por el Departamento de Norte de Santander y el presentado por quien durante el proceso representó a NORSALUD–, lo cierto es que sólo habrá lugar a pronunciarse frente al primero de ellos –de igual manera ambos apuntan a lo mismo–, dado que el Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander fue suprimido y se dispuso su consiguiente liquidación, con la precisión de que sus derechos y obligaciones serían asumidos, a manera de sucesión, por el aludido Departamento, cuestión que determinó una especie de absorción por parte de éste, de tal manera que resultaría improcedente e inadmisibles que las actuaciones procesales que finalmente debieren adelantarse en nombre de un solo y único ente territorial demandado, esto es el Departamento de Norte de Santander, pudieren cumplirse a través de dos (2) apoderados diferentes, simultáneamente, con el pretexto de que uno de ellos representaría de manera directa al Departamento, mientras el otro representaría al mismo Departamento en su condición de sucesor del liquidado NORSALUD.

En efecto, mediante el Decreto 733 de junio 9 de 1999¹, el Departamento de Norte de Santander dispuso:

“ARTICULO 1º: A partir de la publicación del presente Decreto suprimase el Instituto de los Servicios de Salud de Norte de Santander ‘NORSALUD’, Instituto Descentralizado del orden departamental creado por la Ordenanza No. 063 del 3 de enero de 1991 (...).

ARTICULO 2º: Como consecuencia de la supresión y según lo ordenado por el artículo 2º de la Ordenanza No. 046 de 1998, el Instituto de los Servicios de Salud de Norte de Santander ‘NORSALUD’, entrará en proceso de liquidación el cual deberá culminar, a más tardar el 30 de

¹ Aportado en copia auténtica (fls. 275 a 277 c 1).

julio de 1999.

“

ARTICULO 6º: Al culminar el proceso de liquidación del Instituto de los Servicios de Salud de Norte de Santander ‘NORSALUD’ En Liquidación, el Departamento lo sucederá en sus derechos y obligaciones según lo dispuesto por la Ordenanza No. 046 de 1998”.

Por consiguiente, resulta claro que para la época en la cual se profirió la sentencia impugnada –y así lo advirtió el Tribunal *a quo* dentro de la misma–, el instituto accionado ya no existía y, por lo mismo, no puede tenerse entonces por interpuesta la impugnación por parte de NORSALUD, máxime cuando la entidad territorial legitimada para recurrir la decisión que le fue adversa interpuso su propio y respectivo recurso de apelación.

2.- Legitimación en la causa por pasiva.

La parte actora dirigió la demanda en contra del Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander –NORSALUD–, con el fin de que se le declare administrativa y patrimonialmente responsable por la *<<pérdida del feto y de las graves lesiones que sufrió la paciente ROSALBA SOTO RODRIGUEZ, con motivo del ‘trabajo de parto’ atendido por la Dra. ELSY BENETH MAZA GONZALEZ, el día 2 de febrero de 1.993, en el Centro de Salud del Corregimiento de Las Mercedes, municipio de Sardinata, departamento de Norte de Santander>>*.

El referido instituto NORSALUD y ahora –en segunda instancia– el Departamento de Norte de Santander, se han opuesto a ese aspecto, con idénticos argumentos, porque estiman que la demanda debió ejercerse en contra del Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander, toda vez que este ente habría expedido el acto administrativo por medio del cual se vinculó a la médica que atendió a la paciente.

La Sala no se detendrá en el análisis acerca de cuál y a través de qué entidad era

la vinculación que existía entre la profesional de la medicina involucrada en los hechos y NORSALUD ó el Servicio Seccional de Salud de Norte de Santander, comoquiera que la responsabilidad que demanda la parte actora del Estado no deviene de la responsabilidad personal de uno de sus agentes individualmente considerados, sino de la actividad institucional de una entidad pública con ocasión de la prestación del servicio público de salud a la víctima, tal como lo señaló el Tribunal *a quo* en parte de sus consideraciones.

Por lo tanto, la definición de la legitimación en la causa por pasiva no se realizará mediante la determinación del vínculo que al parecer unía a la médica llamada en garantía y el mencionado Servicio Seccional de Salud, ni tampoco por razón de la determinación de si los funcionarios de este último ente habrían sido incorporados, o no, a la planta de personal de NORSALUD, dado que el tema cobra resolución mediante la simple conexión que habría de existir entre el puesto de salud del Corregimiento de Las Mercedes –en el cual fue atendida la paciente por primera vez y en el cual se le habría causado el daño– y el Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander –NORSALUD–; en otras palabras, la legitimación de dicho instituto pende de la determinación acerca de si NORSALUD era, o no, el encargado de vigilar y controlar la prestación del servicio en el mencionado corregimiento del Municipio de Sardinata.

Pues bien, en efecto, el Instituto de los Servicios Sociales de Salud de Norte de Santander –NORSALUD– fue creado a través de la Ordenanza No. 36 de 1991², por la Asamblea de dicho Departamento como, <<*Un Instituto Descentralizado del Orden Departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Gobernación del Departamento, pero con radio de acción en el territorio del Departamento*>>. (Se destaca).

El objetivo de ese ente consistió en <<*servir de Dirección Seccional del Sistema de Salud*>>, para lo cual tenía asignadas, entre otras, las siguientes funciones:

<<a- *Prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los*

² Aportada en copia auténtica (fls. 281 a 287 c 1).

Municipios y a las Entidades e Instituciones que prestan el servicio de salud en el territorio del Departamento [de] Norte de Santander.

b- Coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud en el territorio del Departamento>>. (Destaca la Sala).

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que para la época de los hechos (febrero de 1993), el instituto demandado NORSALUD tenía a su cargo la dirección del servicio de salud en el Departamento de Norte de Santander y, en desarrollo de ello, cumplía funciones de coordinación y supervisión de dicho servicio público, cuestión que le confiere la evidente legitimación en la causa por pasiva dentro de este asunto, máxime cuando se trató de una entidad que contaba para la época de presentación de la demanda con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

3.- Responsabilidad de la parte demandada.

Dado que la responsabilidad que se depreca deviene de la falla en el servicio en la cual habría incurrido la entidad demandada por razón de la actividad médica producida en la etapa previa al parto de la demandante Rosalba Soto Rodríguez, la Sala estima que el asunto debe analizarse con la óptica de la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, por cuanto el daño antijurídico causado a los actores se habría originado en la atención inadecuada e irregular suministrada a la madre de la menor fallecida, mientras aquélla se hallaba en trabajo de parto; al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido³:

“La responsabilidad por los daños causados con la actividad médica, por regla general está estructurada por una serie de actuaciones que desembocan en el resultado final y en las que intervienen, en diversos momentos, varios protagonistas de la misma, desde que la paciente asiste al centro hospitalario, hasta cuando es dada de alta o se produce

³ Sentencia de marzo 26 de 2008, exp. 16.085. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 17.512.

su deceso. Esa cadena de actuaciones sobre la paciente no es indiferente al resultado final y por ello, **la causa petendi en estos juicios debe entenderse comprensiva de todos esos momentos, porque la causa del daño final bien puede provenir de cualquier acción u omisión que se produzca durante todo ese proceso.**

En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado⁴.

En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal. Decía la Sala:

'La entidad demandada sostiene su inconformidad frente al fallo protestado con el argumento de que la obligación médica es de medio y no de resultado; de tal manera que habrá falla del servicio, no cuando teóricamente era posible evitar el resultado dañoso, sino cuando, dentro de la realidad de los hechos, existió negligencia médica al no aplicar o dejar de aplicar unas técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico.

'Es cierto que, en forma pacífica, se ha aceptado la tesis según la cual, por regla general, en la actividad médica la obligación es de medio, no de resultado; se ha dicho que el compromiso profesional asumido en dicha actividad tiende a la consecución de un resultado, pero sin asegurarlo, pues la medicina no es una ciencia exacta. En otros términos, el galeno no puede comprometer un determinado resultado, porque éste depende no solamente de una adecuada, oportuna y rigurosa actividad médica, sino que tienen incidencia, en mayor o menor nivel, según el caso, otras particularidades que representan lo aleatorio a que se encuentra sujeta dicha actividad y a que se expone el paciente.

'Sin embargo, en el campo de la obstetricia, definida como 'la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la

⁴ "En sentencia de 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: '...en el campo de la obstetricia, definida como 'la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero', la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles...En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología'".

*involución completa del útero*⁵, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles, como sucedió en el presente caso. En efecto, se trataba de una mujer joven que iba a dar a luz a su primer hijo y quien durante el curso del proceso de embarazo no registró problemas que ameritaran un tratamiento especial.

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

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

*‘... más allá de los riesgos inherentes a todo embarazo y parto -o a pesar de ellos- lo cierto es que el resultado final lógico de un proceso de gestación que, debidamente asistido y controlado por el médico obstetra, se presenta como normal, habrá de ser el nacimiento de una criatura sana, por ello, ante la frustración de dicho resultado, corresponderá al galeno la acreditación de las circunstancias exculpatorias. Estas deberán reunir, a dichos fines, las características de imprevisibilidad o irresistibilidad propias del caso fortuito’.*⁶

‘En el caso sub judice, la entidad demandada no ha demostrado que en el proceso de embarazo de la señora MARIA ARACELLY MOLINA MEJIA, el parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento del niño LUIS CARLOS CATALAN RAMIREZ, se produjeron circunstancias imprevisibles o irresistibles que la liberan de responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica, por el resultado de dicho proceso, el cual dejó como secuelas la infertilidad y disminución de la respuesta sexual de la madre y retardo mental severo del niño.

‘Pero más allá, y sin necesidad de recurrir a este tipo de regímenes que se derivan de un tipo específico de obligación, en este caso, no hay duda de que el daño fue producto de una evidente falla del servicio probada, puesto que la parte actora ha demostrado que la administración omitió realizarle a la actora MARIA ARACELLY MOLINA exámenes médicos indispensables para establecer el proceso de su embarazo, con los cuales pudo

⁵ MELLONI. Diccionario Médico Ilustrado. T. IV, p. 412.

⁶ CARLOS ALBERTO GHERSI. Responsabilidad Profesional. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1998, p. 114.

haberse diagnosticado a tiempo alguna irregularidad y, además, cuando estaba próxima a dar a luz no fue atendida en forma oportuna, siendo que requería asistencia médica urgente. Como esto no se hizo se produjeron las graves consecuencias antes relacionadas tanto para la madre como para el niño.

*'De modo que fue la conducta negligente de la administración la que desencadenó el daño que se reclama, razón por la cual no es necesario acudir ni siquiera al régimen de presunción de falla para deducir su responsabilidad, puesto que la misma está abundantemente probada en el proceso'*⁷.

No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla⁸. En sentencia de 14 de julio de 2005⁹, dijo la Sala:

*'Debe precisarse, en esta oportunidad, que las observaciones efectuadas por la doctrina, que pueden considerarse válidas en cuanto se refieren a la naturaleza especial y particular de la obstetricia, como rama de la medicina que tiene por objeto la atención de un proceso normal y natural, y no de una patología, sólo permitirían, en el caso colombiano, facilitar la demostración de la falla del servicio, que podría acreditarse indiciariamente, cuando dicho proceso no presenta dificultades y, sin embargo, no termina satisfactoriamente. **No existe, sin embargo, fundamento normativo para considerar que, en tales eventos, la parte demandante pueda ser exonerada de probar la existencia del citado elemento de la responsabilidad.** Y más exigente será, en todo caso, la demostración del mismo, cuando se trate de un embarazo riesgoso o acompañado de alguna patología'.*

En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una

⁷ Sentencia de 17 de agosto de 2000. Exp. No. 12.123.

⁸ Sentencia de 7 de diciembre de 2004, exp: 14.767.

⁹ Exp. No. 15.276.

prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

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

Con esa óptica, la Sala analizará el acervo probatorio del proceso con el propósito de determinar si en este caso se encuentra comprometida, o no, la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño ocasionado a la parte demandante.

4.- El caudal probatorio obrante en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales, se recaudaron, entre otros, los siguientes elementos probatorios:

- Copia simple, aportada en forma directa al proceso por el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta E.S.E. (fl. 1 c 2), de la historia clínica No. 234003, perteneciente a la señora Rosalba Soto Rodríguez (c 2).

- Resumen del mencionado historial clínico, elaborado por el Departamento de Gineco-Obstetricia del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta E.S.E. (fls. 2 a 4 c 2), según el cual:

"1er. INGRESO

Paciente que ingresa a la Sala de Partos 03 de Febrero de 1.993 procedente del área rural de Las Mercedes (Sardinata) por trauma obstétrico secundario a parto asistido por partera.

Al examen se le encontró gran hipertonía uterina con marcada sensibilidad abdominal, se le colocó sonda vesical y salió pura sangre oscura. Desgarro con bordes necróticos en periné. Desarticulación de miembro superior derecho del feto desde el hombro.

Se pasa a cirugía por estar el feto en situación transversa por lo cual se le practica cesárea segmentaria, encontrando el cirujano feto de sexo masculino muerto con ausencia iatrogénica del miembro superior derecho, ruptura en el lado izquierdo del Útero con gran hematoma del ligamento ancho correspondiente hasta el retroperitoneo. Se le practicó histerectomía subtotal. La paciente se encontraba en shock hipovolémico y no se encontró el miembro superior derecho.

Paciente que queda en regulares condiciones generales con recuperación lenta. Posteriormente presenta incontinencia urinaria, disminución de la fuerza en miembro superior izquierdo con sensibilidad superficial afectada. Valorada por Fisiatra quien considera que se trata de una parapexia flácida en recuperación, por elongación del plexo lumbosacro. Se inicia terapia física por 8 días sin recuperación de la incontinencia urinaria. Se considera salida con manejo de sonda vesical y antisépticos urinarios. Control por consulta externa.

CONTROL POR CONSULTA EXTERNA

Valorada por Gineco-obstetricia el 11 de marzo de 1.993 cuando tenía sonda vesical a permanencia. Se trataba de paciente grávida 7 para 6

cesárea 1. Se solicitó Interconsultas con Urología y Neurología.

Se le practica cistoscopia aprevéndose lesión de 3x4 cm, que no llega a vagina. Se plantearon diagnósticos de incontinencia vs Fístula trigonal vesicovaginal.

El 06 de Abril de 1.993 es valorada por Neurología encontrando la paraparesia flácida secundaria al trauma obstétrico, y consideró el Neurólogo que no había nada que ofrecerle.

El 19 de abril de 1.993 es vista por Fisiatra que diagnostica Lesión de raíces L5 miembro inferior derecho y fístula vesicovaginal interrogada. Estableció como plan fortalecer musculatura miembro inferior derecho.

El 18 de abril de 1.993 es vista nuevamente por Urología quien programa para corrección de fístula vesicovaginal solicitando previamente urografía.

El 25 de mayo de 1.993 es controlada por Fisiatra considerando que: 'La paciente evolucionó satisfactoriamente, mejoró la potencia muscular en miembro inferior derecho, especialmente dorsiflexión y abducción. La marcha es aceptable. Se suspende el tratamiento debido a que la paciente es foránea'.

2do. INGRESO (04 de Abril de 1.993)

Ingresa para la cirugía programada por Urología la cual se efectúa el 7 de Abril de 1.993 encontrando los cirujanos vejiga sin fístula con cálculos en su interior (Uretra rígida) e Incontinencia Urinaria de esfuerzo grado III-IV. Se le practicó Uretrovesico – suspensión tipo Taragho.

En el postoperatorio evolucionó presentando cuadro de dificultad respiratoria, interpretada como afelectasia pulmonar requiriendo terapia respiratoria. Posteriormente presentó drenaje de orina por orificio fistuloso pared abdominal (fístula vesico-cutánea), e infección urinaria por Klebsiella que fueron tratados médicamente con antibióticos y sonda vesical. El 02 de Julio de 1.993 es valorada por Urología decidiéndose dar salida con sonda, antiséptico urinario y control en 15 días por

consulta externa de urología. Cambiar de notidixico a macrodantina”.

- Decisión en original –de segunda instancia– adoptada por el Tribunal Nacional de Ética Médica el 2 de agosto de 1996 (fls. 145 a 151 c 1) en contra de la profesional de la medicina que atendió a la paciente el 2 de febrero de 1993 en el puesto de salud el Corregimiento de Las Mercedes, Municipio de Sardinata – Norte de Santander; mediante esa decisión se dispuso <<**IMPONER SANCION DE SUSPENSION EN EL EJERCICIO PROFESIONAL por cinco (5) años a la doctora ELSY BENETH MAZA GONZALEZ, (Médico-Cirujano) como responsable de la falta disciplinaria prevista en el artículo 15 de la ley 23 de 1981, en concordancia con el artículo 9 del Decreto 3380 del mismo año**>>. (Negrillas del original).

La anterior determinación encontró fundamento en lo siguiente:

“

*Es una realidad que la doctora Maza González **por haber tratado a la paciente durante gran parte del embarazo sabía de la posición irregular en que se encontraba el feto.***

La fetotomía es un procedimiento científico en desuso puesto que hoy en día se recomienda para este tipo de situaciones la operación cesárea.

Por las conclusiones a las que llegó el legista luego de realizar la necropsia sobre el cadáver del feto se comprueba que no utilizó el estetoscopio de Pinard, o lo hizo de manera inadecuada, puesto que el feto en los indicios del trabajo de parto se encontraba con vida al igual que en el momento de la amputación de su brazo derecho.

De los razonamientos precedentes se demuestra que la médica acusada sometió a la paciente a riesgos injustificados y por ello incurrió en la falta por la cual se le formularon cargos y es del caso imponerle una sanción disciplinaria por haber faltado a la ética profesional en el ejercicio médico.

*La sanción a imponer es efectivamente superior a los seis meses como muy bien lo determinó el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander, porque la conducta de la acusada es grave y con ella **no sólo ocasionó la muerte del feto, sino que le produjo lesiones graves a la madre que le dejaron secuelas permanentes en sus órganos de reproducción y de la función urinaria**, como ya se destacó de conformidad a lo reseñado por los legistas y de lo que consta en la historia clínica.*

*Es indiscutible la gravedad de la conducta realizada por la médica hoy acusada, porque su comportamiento **no sólo demostró una gran imprudencia al iniciar en un sitio inadecuado el trabajo de un parto que de antemano se sabía podía ser complicado por la posición que el feto tenía dentro del útero, sino que igualmente dio muestras de impericia puesto que recurrió a un procedimiento médico arcaico (la fetotomía) y actualmente en desuso por la comunidad científica**".*
(Negrillas y subrayas adicionales).

- Declaración del doctor José Reinaldo Canchica Carrillo (fls. 138 y 139 c 1), quien atendió a la paciente en el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta; en relación con los hechos, señaló:

"Se que eran pasada la media noche y la paciente llegó en estado de SHOCK siendo pasada inmediatamente a la sala de cirugía donde fue anestesiada inmediatamente y le practiqué un examen encontrando miembro superior que salía por fuera de la vagina ... se encontró ruptura del útero hacia el lado izquierdo, se realizó extracción del feto encontrándole ausencia de miembro superior derecho ... se le practicó histerectomía subtotal, dado las malas condiciones en que se encontró el útero (...)"

Al preguntársele al testigo acerca de las causas que habrían dado lugar a la lesión padecida por la demandante, respondió: <<Probablemente debido a las contracciones intensas del útero tratando de expulsar un feto que se encontraba en una situación Distosica (sic) (situación transversa)>>.

- Testimonio del doctor Luis Emilio Escalante Luzardo (fls. 141 a 143 c 1), quien junto con el anterior declarante asistió igualmente a la actora; frente a los hechos materia del proceso, sostuvo:

*“Fui llamado en una madrugada por el doctor Reinaldo Canchica debido a que era el especialista de turno de ese día para intervenir quirúrgicamente una paciente remitida de un pueblo cercano que ingresó en muy malas condiciones generales SHOCK hipovolémico trabajo de parto de varias horas de evolución en un embarazo más o menos a término presentando procidencia (sic) de brazo por vagina, inmediatamente se pasa a cirugía se practica laparotomía incisión de útero extrayendo un producto muerto con ausencia de uno de sus brazos desde el hombro el cual mostraba lesiones irregulares bordes no muy nítidos ni muy bien definidos, se encontró un desgarre en la pared lateral izquierda del útero con ruptura en los vasos uterinos y un gran hematoma en pared posterior y lateral izquierda de la pelvis lo cual estaba comprometiendo marcadamente la vida de la paciente, se practica histerectomía subtotal ligadura de todos los vasos logrando la estabilización de la paciente, con un post-operatorio normal ... Yo tengo conocimiento de que la paciente fue remitida de un pueblo cercano con remisión del puesto de salud de ese lugar, no indagué más debido a la urgencia en atención a la paciente ... **Un feto con situación transversa debe ser sometido a una cesárea segmentaria** ... Mecánicamente es imposible sacar un producto a término con un peso de más de 3.000 gramos una talla alrededor de 48 centímetros por un conducto vaginal con una longitud más o menos de 12 centímetros y con una amplitud en su diámetro menor de 9.5 cms ... las lesiones que presentaba en ese momento era un desgarre pared vaginal izquierda con compromiso del Ismo (sic) Uterino con ruptura de los vasos uterinos y gran hematoma pélvico lo cual justifica el shock hipovolémico y las malas condiciones generales de la paciente que justificaron como conducta inmediata la histerectomía subtotal imposibilitándola para futuro embarazo (...)” – (Negritas fuera del texto original).*

- Dictamen médico legista practicado a la demandante por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Norte de Santander, el día 4 de marzo de 1997 (fl. 243 c 1), dentro del cual se determinó:

“.....

Al examen físico encuentro:

Genitales: área externa con desgarró en horquilla posterior.

Cisto rectocele grado III

No hay signos de incontinencia urinaria activa.

En resumen la paciente en mención [Rosalba Soto Rodríguez] presenta a la fecha:

1º. Cist-rectocele grado III.

2º. Ausencia de signología compatible con lesión en plejo lumbosacro izquierdo.

3º. Ausencia de incontinencia urinaria de esfuerzo.

Calificando médico-legalmente desde el punto de vista materno:

Incapacidad Médico Legal: definitiva (45) CUARENTA Y CINCO días.

Secuelas:

Aborto y

Perturbación funcional permanente del sistema reproductivo”.
(Destaca la Sala).

- Posteriormente, a la demandante le fue dictaminada una disminución de su capacidad laboral del 8.9%, por parte del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (fl. 262 c 1).

- Al proceso también se allegó copia autenticada (fl. 1 c 4) del proceso ético médico adelantado por el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander en contra de la profesional de la Medicina que atendió a la víctima (c 4). La anterior prueba trasladada fue solicitada en el libelo introductorio (fl. 20 c 1) y su práctica se dispuso a través del auto fechado en octubre 10 de 1996 (fl. 135 c 1), para lo cual la Secretaría del Tribunal *a quo* libró el oficio correspondiente No. 4701 de noviembre 29 de 1996 (fl. 137 vto. c 1). El Tribunal de Ética Médica requerido, mediante oficio 078 de junio 3 de 1997 (fl. 257 c 1), remitió copia autenticada del referido proceso (c 4).

El Código Contencioso Administrativo dispone, en materia de pruebas, que en los

procesos seguidos ante esta Jurisdicción se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las del Estatuto de Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (artículo 168). Por su parte, el artículo 185 de ese último Estatuto prevé que las pruebas trasladadas serían apreciables, sin mayores formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

La Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de indicar que aquellas pruebas trasladadas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso¹⁰.

No obstante lo anterior, la Sala también ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes o la entidad contra la cual se pretende hacer valer dicha prueba trasladada hubiere aceptado o hubiere adherido a las pruebas solicitadas por su contraparte, habrá lugar a tener en cuenta dichas pruebas en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hubieren sido practicadas sin citación o intervención de alguna de las partes en el proceso original y no hubieren sido ratificadas en el nuevo proceso contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹¹.

Sobre este mismo tema, la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido que¹²:

¹⁰ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300, entre muchas otras providencias.

¹¹ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789, entre otras.

¹² Sentencia de febrero 4 de 2010, exp. 18.320.

“De no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá de si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la Sala en los siguientes términos¹³:

‘... el artículo 229 del mismo código dispone:

‘Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”. (Se subraya).

Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados, en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

¹³ Sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11.898.

En relación con la indagatoria de un agente estatal, practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración del respectivo agente estatal, dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio.

En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

Sobre los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil establece que deberán ponerse en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir su complementación o aclaración, de manera que, una vez trasladados a un proceso administrativo, deberá surtirse este trámite para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la que se pretenden hacer valer.

Finalmente, las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. En efecto, para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del

acta o del informe respectivos. Por lo anterior, la inspección o el peritazgo deberán practicarse nuevamente en el nuevo proceso.”

Aplicando estos criterios al caso presente, se tiene que las pruebas en el proceso primitivo (penal) no fueron solicitadas ni practicadas a petición de la parte contra quien se aducen ni con su audiencia; su traslado tampoco fue solicitado a éste proceso de manera conjunta por las partes, ni la entidad demanda se allanó a la petición probatoria elevada por la parte demandante en el sentido de que se allegare a este proceso la respectiva investigación penal por la muerte del soldado Ardila Lozano.

Aun cuando ésta prueba fue decretada por el Tribunal y para cuyo efecto se libró el oficio No. 0206-00 de marzo 18 de 1999 solicitando el traslado en copia auténtica del correspondiente proceso penal, lo cierto es que no se agotaron las formalidades del traslado que cada medio de prueba exige y en cuanto se refiere específicamente a las pruebas documentales antes descritas¹⁴ no se surtió el traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción de la contraparte contra la cual se aducen.

*No obstante lo anterior, **para el específico caso de las pruebas documentales advierte la Sala que si bien se incurrió en una irregularidad al haberse omitido dicho traslado, la misma no configura vicio de nulidad alguno a la luz del artículo 140 del C. de P. C., razón por la cual resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo de dicho artículo, según el cual las irregularidades no constitutivas de nulidad procesal ‘se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece’, solución claramente aplicable en este caso. Ciertamente, se advierte que durante la etapa probatoria ninguna de las partes se pronunció al respecto y que dentro del traslado para alegar de conclusión el apoderado de la entidad pública demandada no hizo señalamiento alguno en relación con dicho asunto¹⁵’.** (Subrayas del original, negrillas de la Sala en esta oportunidad).*

¹⁴ Diligencia de inspección al cadáver de la víctima No. 1582-0657; Informe emitido por el Cabo Primero Carlos Muñoz Sierra – Suboficial de Administración del Ejército Nacional; Informe emitido por el soldado Oscar Vidales Benítez; Decisión proferida el 1° de octubre de 1997 por la Oficina de Instrucción Penal Militar de la Décima Sexta Brigada del Ejército, mediante la cual se ordenó la cesación del procedimiento adelantado en contra del soldado Oscar Vidales Benítez por el homicidio del señor Luis Fernando Lozano Ardila; Providencia dictada el 12 de noviembre de 1997 por el Tribunal Superior Militar, a través de la cual se confirmó la anterior decisión.

¹⁵ En ese sentido se pronunció la Sala en sentencia de junio 5 de 2008, exp. 16.589.

En el caso que ahora se examina ocurre que las pruebas trasladadas antes mencionadas no cumplen con lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, referente al traslado de pruebas, por lo cual de los medios de acreditación que allí reposan sólo podrán valorarse en este juicio las pruebas documentales, puesto que si bien frente a éstas no se surtió el traslado respectivo para garantizar el derecho de contradicción de la parte contra la cual se aducen, tal omisión fue convalidada, según lo normado en el párrafo del artículo 140 del C. de P. C., tema que fue explicado dentro de la sentencia antes transcrita.

Ahora bien, en dicha prueba trasladada responden los siguientes documentos:

- Copia del acta de inspección de cadáver No. 082 de febrero 3 de 1993 (fl. 11 c 4), según la cual:

“(...) N.N. recién nacida (sic), hija de ROSA SOTO residente en el Municipio de Sardinata.

LUGAR DE LA MUERTE: Hospital Erasmo Meoz.

“

HERIDAS: Amputación del miembro superior derecho, presenta bordes irregulares, miembro superior izquierdo se observa hematomas a la altura de la pared axilar y deltoidea y escoriaciones sobre el tercio medio e inferior cara interna del brazo izquierdo y escoriaciones sobre el tercio medio del mismo antebrazo”.

- Copia del protocolo de necropsia No. 099-93 de febrero 3 de 1993 (fl. 19 c 1), en el cual se dejó consignado:

“N.N. Recién nacida hija de ROSA SOTO

“

DESCRIPCION DEL CADAVER: Recién nacida a término.

FENOMENOS CADAVERICOS: Flacidez generalizada, livideces posteriores.

“

EXTREMIDADES: Desarticulación de miembro superior derecho a nivel de hombro, Hematoma y escoriaciones en brazo izquierdo, hematoma axilar bilateral, Cianosis de miembros inferiores.

“

SISTEMA OSTEOMUSCULO ARTICULAR: Ausencia de miembro superior derecho a nivel de hombro.

“

CONCLUSIONES: Producto de embarazo a término, femenino, que fallece in útero (sic) por anemia aguda secundaria a desarticulación de miembro superior derecho”.

- Copia de la decisión proferida por el Tribunal de Ética Médica de Norte de Santander el día 22 de agosto de 1994 (fls. 236 a 239 c 4), por medio de la cual se formularon cargos, por violación a la ética médica, a la doctora Elsy Beneth Maza González, cuyo fundamento fáctico y probatorio fue el siguiente:

“En su condición de médica del Puesto de Salud del corregimiento de las Mercedes, Municipio de Sardinata, el dos de febrero de mil novecientos noventa y tres, hacia las ocho de la noche, la doctora Elsy Beneth Maza atendió en trabajo de parto a la señora Rosalba Soto Rodríguez, quien después de una serie de maniobras ginecológicas resultó afectada en su

salud por desgarro uterino en el lado izquierdo y un gran hematoma que llega hasta el retroperitoneo, e igualmente la amputación del brazo derecho del feto, en búsqueda de su extracción complicada por hallarse en situación transversa.

Esto determinó a la larga la muerte del producto y en la señora, que intervenida quirúrgicamente en el Hospital Erasmo Meoz ... secuelas que se dejan ver en la historia clínica.

“

EVALUACION PROBATORIA.

“

1.- En el procedimiento la doctora Maza González fue auxiliada por las enfermeras Matilde Barcárcel y Tilcia María Lizarazo, quienes simplemente se limitaron a lo propio de su oficio, dentro de las pautas señaladas por la profesional.

2.- Ella sabía que el feto se encontraba transverso, pues en una valoración que le hizo a la paciente en diciembre de 1.992, así lo manifestó, sugiriéndole ser vista por el doctor Alirio Vergel en el Hospital de Sardinata.

“

4.- Una vez llegada al centro de Salud la doctora Maza comienza su labor en la que la impericia e imprudencia fueron manifiestas.

No obstante ser conocedora de la colocación fetal se embarca en una aventura en contravía de lo razonable y al ver que no lograba extraer a la criatura, toma la decisión de la fetotomía y amputa el brazo derecho, sin que logre tampoco el cometido (...).

5.- *Está probado que al momento de la práctica que refieren los autos el feto se hallaba vivo (...).*

6. *La Obstetricia moderna ha abandonado la práctica de la fetotomía. La cesárea es el procedimiento científico al que debe remitirse en casos como el subexamen*". (Subrayas del original, negrillas de la Sala).

- Copia de la resolución de acusación dictada por la Fiscalía Seccional de Cúcuta el día 14 de junio de 1996, en contra de la doctora Elsy Beneth Maza González <<inducada de la comisión de los delitos de Homicidio Culposo en perjuicio de N.N. nascituros y de lesiones personales culposas en perjuicio de ROSALBA SOTO RODRIGUEZ>>, por la comisión de los referidos delitos (fls. 406 a 415 c 4).

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Sala estima que la sentencia apelada amerita ser confirmada, por cuanto en este caso se encuentra comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que el daño antijurídico causado a los demandantes provino del procedimiento quirúrgico inadecuado, irregular e incluso desechado por la práctica médica, denominado fetotomía, el cual le fue practicado a la demandante para extraer de su vientre a su hija, no obstante que la profesional de la Medicina que llevó a cabo tan negligente actuación, conocía de manera previa que la bebé gestante se hallaba en una posición transversal y que, por consiguiente, el procedimiento quirúrgico a seguir era una cesárea, para cuyo propósito debía disponerse su remisión a un centro hospitalario, en este caso al del Municipio de Sardinata.

En efecto, para la Subsección no existe el menor asomo de duda que la muerte – atroz– de la bebé que se hallaba en el vientre de la demandante y la consiguiente lesión física a ella ocasionada, cuya secuela de carácter permanente repercutió gravemente en el sistema reproductivo de la paciente, fueron consecuencia directa de la intervención irregular efectuada por la doctora Maza González, quien, de manera irresponsable, pretendió extraer –a través de un parto natural– una bebé gestante del vientre de la señora Rosalba Soto Rodríguez, procedimiento que condujo al desprendimiento de uno de los brazos de la menor debido al posicionamiento transversal en el cual se encontraba y que impedía, por completo,

un parto natural, tal como lo explicaron tanto los médicos que atendieron a la paciente horas más tarde en el Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, como también se encuentra detallado y establecido dentro de las diferentes decisiones que adoptó el Tribunal de Ética Médica –Seccional y Nacional–.

Aunque en el proceso no obra información acerca del control prenatal que habría tenido la demandante, la Sala acogerá en su integridad las decisiones proferidas por el referido Tribunal de Ética Médica con ocasión de la investigación adelantada en contra de la profesional de la Medicina que atendió a la víctima, por cuanto todas ellas –la formulación de cargos, la que sancionó a la investigada en primera instancia y la que la sancionó por 5 años para ejercer la actividad médica– coinciden en destacar la falta al deber de cuidado y profesionalismo en el obrar de la sancionada; de igual manera, tales decisiones se fundamentaron en el material probatorio suficiente para analizar tal conducta y además dentro de ellas se efectuó un análisis fáctico y jurídico detallado y consistente, el cual permitió concluir acerca de la actuación negligente e irregular de la médica, pruebas éstas que también determinaron que el acto quirúrgico practicado se hallaba prácticamente proscrito, amén de que se conocía la circunstancia que impedía un parto normal y que, por el contrario, imponía la práctica de una cesárea.

Finalmente, se precisa que si bien es cierto que en el resumen de la historia clínica se menciona que la paciente habría sido atendida por una ‘partera’ en el puesto de salud del corregimiento Las Mercedes (Sardinata, Norte de Santander), en realidad fue una profesional de la Medicina quien asistió y le practicó a la demandante el procedimiento quirúrgico inapropiado, por cuya virtud se causó el daño tantas veces aquí aludido.

Así las cosas, la Sala estima acertada la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado a los actores.

5.- Perspectiva de género.

La Subsección estima necesario efectuar algunas consideraciones en torno al deber que el Estado tiene en torno a la protección de los derechos fundamentales de la familia y en particular de la mujer en embarazo, consagrados en los artículos 42 y 43 de la Carta Política. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, por ejemplo en la sentencia de 7 de mayo de 1993:

“4. De los derechos de la mujer en estado de embarazo.

4.1. Fundamentos Constitucionales. Así como sucede con la niñez, la juventud y la tercera edad, la maternidad fue objeto de especial protección en la Constitución de 1.991. Igualmente, dada su estrecha relación con la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 1º de la Carta y la protección a la familia, se estimó que la maternidad debe recibir protección constitucional. El artículo 43 de la Constitución establece: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia Esta disposición no tiene antecedentes en materia constitucional. La necesidad de proteger a las mujeres en estado de embarazo radica en la protección como ‘gestadora de la vida’. Esta condición que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla. (...)La consagración de la protección de la maternidad constituye una tendencia del derecho internacional contemporáneo, el cual, como se anotó, rige en el orden interno por disposición del artículo 93 de la Constitución Política. La Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, consagra:

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Y con fundamento en la Declaración, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, establece:

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder

licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

(...)

5.1. La familia como núcleo fundamental de la sociedad.

La familia es 'institución básica de la sociedad', en términos del artículo 5 constitucional. Ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: Social en la medida en que se protege su intimidad (art. 15) y la educación de sus miembros. Económica en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social etc. Y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar .La Constitución en el artículo 44 reconoce como un derecho fundamental de los niños el tener una familia, independientemente de su filiación, sobre la base de la igualdad de los individuos ante la ley.

Es por eso, que esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional comparte lo afirmado por la Sala Primera de Revisión cuando expresó que: Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes, tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes consagrados en el inciso 1º del artículo 44 de la Carta vigente”¹⁶.

En relación con este tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido¹⁷:

“Con fundamento en la anterior interpretación constitucional, hay lugar a concluir que el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del

¹⁶ Corte Constitucional. S- 179/93, Sentencia de 7 de mayo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Auto de 12 de mayo de 2010, exp. 37.427.

ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad.

Así pues, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante la prestación de un servicio médico adecuado que procure la conservación de la integridad física de ambos.

Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable cuyo amparo cubre al nasciturus, tal y como lo establece el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual reza:

*‘Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’ (negrillas no originales).*

Bajo dicha perspectiva, resulta claro entonces que en el presente asunto el tratamiento médico prestado por el ente público demandado a la señora Herrera Villamizar, para el momento del parto fue deficiente –por decir lo menos–, y transgredió la integridad física de la madre y del hijo, sin tomar en cuenta que la condición de la mujer en estado de embarazo corresponde a una situación que requiere de un cuidado especial y único, y mucho más para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente como la que se dio en este caso, puesto que aún cuando se tenía pleno conocimiento de la falta de recursos del centro médico para atender el parto, el cual por sus complicaciones requería de una atención especializada, se continuó con la intervención médica que, a su turno, se constituyó en la causal determinante para que el menor Henry David Cruz Herrera naciera con múltiples lesiones de tipo cerebral de carácter permanente.

Para la Sala, resulta importante destacar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una promotora y gestadora de vida, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión más que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y respetada como persona, para que en el momento del alumbramiento se le deba brindar el mejor trato que amerita tan

magno evento” (Negrillas del original).

6.- Indemnización de perjuicios.

La Sala precisa que las indemnizaciones decretadas por el Tribunal de primera instancia a favor de los actores no serán incrementadas, no obstante que algunas de ellas podrían resultar inferiores –en tratándose de los perjuicios inmateriales–, a los montos que usualmente ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación por hechos como el que aquí ha debatido, ello en atención a los principios de la *non reformatio in pejus* y el de congruencia de la sentencia; sin embargo, la sentencia apelada sí será modificada para efectos de expresar el monto de las indemnizaciones respectivas en términos de salarios mínimos mensuales legales vigentes.

6.1.- Perjuicios morales.

El núcleo familiar demandante está integrado por los padres y hermanos de la menor gestante que falleció y para acreditar el parentesco que los une se allegaron al proceso el certificado del registro civil de matrimonio celebrado entre los señores Gregorio Soto Torres y Rosalba Soto Rodríguez –también víctima directa del daño– (fl. 23 c 1), así como los certificados de los registros civiles de nacimiento de los actores María Belén Soto Soto, José Gregorio Soto Soto, María del Carmen Soto Soto, Chiquinquirá Soto Soto, Trinidad Soto Soto y Jesús Soto Soto (fls. 26 a 31 c 1, respectivamente), en los cuales consta que todos ellos son hijos de los dos primeros accionantes y, por ende, hermanos de la bebé gestante que lastimosamente falleció.

La Sala encuentra procedente el reconocimiento de este perjuicio a cada demandante, pues la prueba del parentesco para con la víctima resulta suficiente para tenerlo por configurado, ello en atención a que por virtud de la aplicación de las reglas de la experiencia se puede inferir que la muerte de su hijo y hermano,

así como las lesiones¹⁸ de la señora Rosalba Soto Rodríguez, causaron el daño por el cual se demanda.

El Tribunal *a quo* les reconoció a los actores, por este rubro, un monto equivalente a 850 gramos de oro para cada uno de los esposos Soto y 450 gramos de ese mismo metal precioso para cada uno de sus hijos.

Por lo tanto, a los señores Gregorio Soto Torres y Rosalba Soto Rodríguez se les reconocerá un monto equivalente a 85 S.M.L.M.V., para cada uno y a favor de los actores María Belén Soto Soto, José Gregorio Soto Soto, María del Carmen Soto Soto, Chiquinquirá Soto Soto, Trinidad Soto Soto y Jesús Soto Soto Ruth, se reconocerá un monto equivalente a 45 S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.

6.2.- Perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia.

Dentro de la demanda se solicitó el reconocimiento del rubro denominado '*perjuicio fisiológico*', en un monto de \$ 30'000.000, a favor de la actora Rosalba Soto Rodríguez.

En relación con la anterior pretensión, la Sala estima necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11.842, se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación. Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007¹⁹, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia.

¹⁸ En el proceso se acreditó que la demandante Rosalba Torres Rodríguez sufrió graves afecciones a su salud como consecuencia de la intervención médica irregular que le fue practicada, las cuales comprometieron en alto grado su vida, puesto que al arribar al hospital de la ciudad de Cúcuta fue encontrada con shock hipovolémico, con ruptura de útero, con hematoma en pared posterior y lateral izquierda de la pelvis; por ello, debió practicársele una histerectomía subtotal, por lo cual sufrió una <<*perturbación funcional permanente del sistema reproductivo*>>, amén de que también presentó una disminución de su capacidad laboral del 8.9%.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007.

El Consejo de Estado ha considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas²⁰.

Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso en algunos casos puntuales puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida cotidiana en lo social, en lo familiar, en lo laboral, en su ámbito placentero o de otra índole.

En el presente asunto resulta más que evidente que la víctima sufrió este perjuicio, por cuanto quedó con una afectación permanente de su órgano reproductivo, todo lo cual conlleva, indiscutiblemente, una alteración grave de sus condiciones de existencia.

Por consiguiente, la Sala al convertir el reconocimiento ordenado en la sentencia de primera instancia, con cargo a este concepto, lo fija en la cantidad equivalente a 85 S.M.L.M.V.²¹.

6.3.- Perjuicios materiales.

²⁰ Sección Tercera, sentencia de 1° de noviembre de 2007, expediente 16.407.

²¹ La Sala precisa que ese monto no vulnera el principio de congruencia de la sentencia, por cuanto la suma de \$ 30'000.000 solicitada en la demanda, actualizada a valor presente, arroja el valor de \$ 124'902.950, de acuerdo con lo siguiente:

$Ra = \$ 30'000.000 \times IPC \text{ Final (107.5 - Mayo 2011) / IPC Inicial (25.76 - Nov/94 - presentación de la demanda) = } \$ 124'902.950.$

Dentro de la sentencia apelada se reconoció la suma de \$ 6'870.538, por este rubro, no obstante que –así se advirtió en el fallo impugnado– no se había demostrado que la señora Rosalba Soto Rodríguez ejerciere, para el momento de los hechos, una labor económica que le reportare una utilidad o salario de manera regular.

La Sala estima que tal reconocimiento pecuniario resulta procedente, pues si bien, como se indicó, en el proceso no está demostrado que la víctima desarrollare una actividad regular u ocasional de naturaleza laboral o económicamente productiva de la cual derivare parte del sustento su familia, lo cierto es que esta decisión contiene una perspectiva de género que incide en su resolución de manera significativa, tal como se dejó indicado anteriormente.

Por lo tanto, resultaría completamente contradictorio con lo expuesto en precedencia denegar este perjuicio que ya reconoció el Tribunal Administrativo *a quo*, puesto que en el proceso está demostrado que la demandante, y víctima directa del daño, tenía 33 años de edad para el momento de los hechos (fl. 24 c 1), a lo cual conviene agregar que sus 6 hijos eran todos menores y requerían el cuidado y atención de su madre, en cuanto sus edades oscilaban entre los 3 y 15 años de edad, circunstancia que torna procedente la indemnización por este concepto, teniendo en cuenta la perspectiva de género con fundamento en la cual esta Sección del Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos²², ha brindado una protección especial a aquellas mujeres dedicadas a labores domésticas y destinadas al cuidado de sus hijos.

En línea con lo anterior, la Subsección, de manera reciente, señaló²³:

²² Puede consultarse la Sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 18.101, reiterada por la Subsección A en sentencias de 24 de marzo de 2011, exp. 19.032 y de 7 de abril de 2011, exp. 19.256.

²³ Sentencia de 23 de junio de 2011, exp. 19.918.

“6.- Perspectiva de género.

A lo anterior se agrega que de los testimonios antes mencionados se desprende que la esposa de la víctima era ama de casa –información que también coincide con lo consignado en los aludidos registros civiles de nacimiento acerca de la profesión de la madre de cada uno de los hijos de la víctima– y para la época de los hechos, 7 de sus 8 hijos, concebidos todos con su esposo, **eran menores y sus edades oscilaban entre los 2 y 17 años de edad** y sólo uno de ellos, Lizardo Herney Vallejo Calderón, tenía 19 años, **circunstancia que torna aún más procedente la indemnización por este concepto, teniendo en cuenta la perspectiva de género, con fundamento en la cual esta Sección del Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, ha brindado una protección especial a aquellas mujeres dedicadas a labores domésticas y destinadas al cuidado de sus hijos (...)**. (Se destaca).

En esta materia sólo se actualizará la condena de primera instancia, por cuanto la operación aritmética elaborada por el Tribunal *a quo* para cuantificarla se ajusta a las fórmulas que usualmente utiliza la Corporación para liquidar este rubro; además, la liquidación se efectuó con base en el salario mínimo legal mensual vigente al año de los hechos y en consideración a la reducción de la capacidad laboral que le fue dictaminada a la demandante.

$$Ra = 6'870.538 \times \frac{\text{IPC final (mayo/11)}}{\text{IPC inicial (agosto/00)}} = \frac{107.25}{42.28}$$

$$Ra = \$ 17'428.221.$$

Total indemnización por perjuicios materiales = \$ 17'428.221.

Finalmente, la Sala estima igualmente acertada la decisión del *a quo* en cuanto dispuso que la condena patrimonial fuese asumida por el Departamento de Norte de Santander, pues de acuerdo con la liquidación ordenada por dicho ente territorial frente a NORSALUD, a través del Decreto 733 de junio 9 de 1999, << *Al culminar el proceso de liquidación del Instituto de los Servicios de Salud de Norte de Santander 'NORSALUD' En Liquidación, el Departamento lo sucederá en sus*

derechos y obligaciones según lo dispuesto por la Ordenanza No. 046 de 1998>>, hecho que, según ese mismo Decreto, debía culminar a más tardar el 30 de julio de 1999.

Frente a un caso similar, la Subsección arribó a la siguiente conclusión:

“En relación con la anterior disposición, la Sala no puede pasar inadvertido que de conformidad con la certificación emitida por el Alcalde (e) del Municipio de Ricaurte, el 18 de mayo de 1999, la Escuela Urbana de Niñas de Ricaurte, a partir del mes de julio de 1997 –un año después de ocurridos los hechos materia de proceso–, quedó a cargo de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Nariño “... en virtud de la Descentralización Educativa...” (fl. 441 c 1).

Por lo tanto, la prestación económica que aquí se ordena a favor del joven Hayder Hugo Castro Burbano deberá ser asumida por el Departamento de Nariño y consistirá en el pago, a título de pensión de invalidez, de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, el cual se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional respecto del mismo”²⁴.

7.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre

²⁴ Sentencia de 24 de marzo de 2011, exp. 19.032.

de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: Modifícase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el día 8 de agosto de 2000, la cual quedará así:

*“1. **Declárase** administrativamente responsable al Departamento de Norte de Santander por los perjuicios causados a los demandantes en hechos ocurridos el 2 de febrero de 1993, de conformidad con lo expuesto anteriormente y, en consecuencia, se dispone:*

***a. Condénase** al Departamento de Norte de Santander a pagar a los señores Gregorio Soto Torres y Rosalba Soto Rodríguez, la suma equivalente a 85 S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.*

***b. Condénase** al Departamento de Norte de Santander a pagar a los actores María Belén Soto Soto, José Gregorio Soto Soto, María del Carmen Soto Soto, Chiquinquirá Soto Soto, Trinidad Soto Soto y Jesús Soto Soto, un monto equivalente a 45 S.M.L.M.V., para cada uno, a título de perjuicios morales.*

***c. Condénase** al Departamento de Norte de Santander a pagar a la señora Rosalba Soto Rodríguez, la suma equivalente a 85 S.M.L.M.V., por la alteración grave a sus condiciones de existencia.*

***d. Condénase** al Departamento de Norte de Santander a pagar a la señora Rosalba Soto Rodríguez, la suma de \$ 17'428.221, por perjuicios materiales.*

e. Sin condena en costas.

***f. Cúmplase** lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

***g. Expídanse** a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil”.*

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de

origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ