

CADUCIDAD DE LA ACCION - Configuración / CADUCIDAD DE LA ACCION - Término / DEMANDA - Presentada en término / DEMANDA - Conflicto de competencia / CONFLICTO DE JURISDICCION - Incertidumbre / INCERTIDUMBRE - Jurisprudencia del Consejo de Estado / OSCILACION JURISPRUDENCIAL - Acceso a la administración de justicia. Reiteración jurisprudencial / DERECHO LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Vulneración

En el caso bajo estudio no operó el fenómeno de caducidad de la acción, como lo afirmó la parte demandada en su escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia. En efecto, los hechos objeto de estudio ocurrieron entre el 26 de junio de 1992 –fecha de nacimiento de la menor Diana Paola Zuleta Vega y el 3 de julio de ese mismo año, cuando los médicos de la Clínica Santa Martha del ISS informaron a los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Guete, que la niña Diana Paola Zuleta Vega había quedado con parálisis cerebral; por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el numeral 8º del artículo 136 del C. C. A., la parte actora disponía de un término de 2 años para accionar, es decir a más tardar podía hacerlo hasta el 4 de julio de 1994 y la demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 7 de octubre de 1994 ante la Oficina Judicial de Reparto de Santa Marta. No obstante lo anterior, obra en el expediente copia auténtica del auto de julio 7 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se rechazó por falta de jurisdicción la demanda “presentada el 3 de junio de 1.994” por el señor José Luis Zuleta y otros, en contra del Instituto de Seguros Sociales y se señaló que el competente era el Juzgado Civil del Circuito Reparto. Lo anterior quiere decir que, inicialmente, la demanda fue presentada en término y que, en dicha oportunidad, la jurisdicción contencioso administrativa consideró que no era la competente para conocer del asunto y lo envió a la ordinaria, creando así incertidumbre sobre la jurisdicción competente para conocer de esos asuntos, cuando una de las partes involucradas fuera el Instituto de Seguros Sociales. En consecuencia el proceso se siguió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, despacho que el 20 de agosto de 1996 declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, suscitándose así un conflicto de jurisdicciones, finalmente dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura a través de auto de enero 30 de 1997, en el cual se aclaró que la jurisdicción competente era la contenciosa administrativa, donde originalmente se había presentado la demanda. La Sala, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que “esas oscilaciones jurisprudenciales no debían afectar el derecho de acceso a la administración de justicia” (...) la incertidumbre fue creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, acerca de la jurisdicción competente para conocer de casos relacionados con el Instituto de Seguros Sociales, asunto que fue resuelto mediante auto del 20 de febrero de 1996, en el cual se aclaró que sí era ésta la jurisdicción competente; razón por la cual, en esta ocasión –y en aras de no vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia- se tendrá como presentada la demanda en el término previsto por la ley.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136. NUMERAL 8

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido ver auto de 5 de junio de 2003, expediente número 21494, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque y auto de febrero 20 de 1996, expediente número 11312, Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández; y entre otras, consultar sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente número 16098, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero; sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente número 14773, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente número 16728, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero;

sentencia de 9 de junio de 2010, expediente número 19074, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Prestación del servicio de salud / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Naturaleza subjetiva / TITULO DE IMPUTACION - Falla probada del servicio / RESPONSABILIDAD POR FALLA MEDICA - Acreditación de la falla, el daño antijurídico y el nexo de causalidad

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema de responsabilidad estatal por actividad médica hospitalaria y la acreditación de la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad, consultar entre otras, sentencia de agosto 31 de 2006, expediente número 15772, Consejera Ponente doctora. Ruth Stella Correa; sentencia de octubre 3 de 2007, expediente número 16402, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 23 de abril de 2008, expediente número 15750; sentencia del 1 de octubre de 2008, expediente número 16843 y 16933; sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente número 16270. Consejera Ponente doctora. Myriam Guerrero de Escobar; sentencia del 28 de enero de 2009, expediente número 16700, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente número 16080, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente número 20536, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 9 de junio de 2010, expediente número 18683, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez.

NEXO CAUSAL - Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL - Corresponde al demandante / PRUEBA INDIRECTA - Indicios / CERTEZA - No se requiere / CAUSA PROBABLE - Acreditación

En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la prueba indirecta y la causa probable, ver entre otras, sentencia de 13 de septiembre de 1991, expediente número 15772, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente número 13166, Consejero Ponente doctor Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 14 de junio de 2001, expediente número 11901; sentencia de octubre 3 de 2007, expediente número 12270, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de marzo 26 de 2008, expediente número 16085, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa y sentencia del 4 de junio de 2008, expediente número 16646, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra.

DAÑO ANTIJURIDICO - Acreditación / FALLA DEL SERVICIO - Acreditación

De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra demostrado el daño invocado por la parte actora, consistente en que la menor Diana Paola Zuleta Vega sufre de una “perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias a kernicterus”, afección desarrollada entre los días 26 de junio y 1 de julio de 1992, debido a una isoimmunización por grupo RH. Así mismo, considera la Sala que el aludido daño antijurídico debe serle imputado a la parte demandada –Instituto de Seguros Sociales-, toda vez que está plenamente acreditado que el mismo tuvo como causa una falla del servicio médico asistencial, consistente en que a la menor Diana Paola Zuleta Vega no se le prestó una oportuna y continua atención médica a partir de su nacimiento, a pesar de que el cuerpo médico pediátrico responsable de la salud de la menor, contaba con información acerca de que su madre, la señora Onaida Esther Vega, tenía el tipo sanguíneo O factor RH negativo, lo que hacía a la menor propensa a sufrir una isoimmunización por grupo RH.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Isoimmunización por grupo RH / FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Prueba / HISTORIA CLINICA - Prueba idónea

En efecto, las pruebas allegadas válida y oportunamente al expediente –historia clínica de la señora Onaida Esther Vega, aportada en copia auténtica por el ISS- dan cuenta acerca de que el cuerpo médico del ISS conocía desde 1984 que la hemoclasificación de la señora Onaida Esther Vega era O RH negativo. Los protocolos médicos indican en estos casos, que los recién nacidos deben ser inmediatamente hemoclasificados, con el fin de determinar si su factor RH es positivo, caso en el cual, es necesario un estricto y continuo monitoreo del bebé, así como la práctica de exámenes de laboratorio –prueba indirecta de Coombs-, con el fin de advertir oportunamente posibles signos de una isoimmunización por grupo RH. No obstante lo anterior, la historia clínica de la madre refiere que la menor Diana Paola Zuleta Vega y su hermana gemela, fueron valoradas médicamente al momento de su nacimiento, evaluación que arrojó dos bebés en buen estado de salud; pero, con posterioridad a esa primera valoración, las niñas no fueron monitoreadas ni mucho menos se efectuó su hemoclasificación, por lo que fue únicamente al momento de ser dadas de alta -2 días después de su nacimiento y de su valoración médica- que el pediatra Luis José Mendoza Manjarrés advirtió que las niñas presentaban ictericia, síntoma de una posible isoimmunización por grupo RH. El referido diagnóstico fue confirmado mediante exámenes de laboratorio practicados el 28 de junio de 1992 a las 3:30 p.m. -entre ellos la prueba de Coombs-, los cuales indicaron, respecto de la menor Diana Paola Zuleta Vega, la presencia de plasma icterico o ictericia severa y reticulocitosis severa, por lo cual era imperativo dar inicio al tratamiento de fototerapia, como en efecto se hizo, aunque dado el avanzado estado de la enfermedad, el tratamiento de choque indicado era una exanguinotransfusión con sangre O RH negativo. Ello quedó consignado en la historia clínica, según la cual, se solicitó a los familiares de las menores, de manera urgente, conseguir 500 c.c. de sangre O RH negativo, toda vez que en la Clínica Santa Marta del ISS no se contaba con un banco de sangre. El tejido sanguíneo fue procurado por los familiares el 30 de junio de 1992, cuando ya la niña Diana Paola Zuleta Vega presentaba síntomas de kernicterus.

PRACTICA MEDICA - Deber de extrema diligencia

En esta oportunidad la Sala considera necesario poner de presente el deber de extrema diligencia que la práctica médica implica –que no de resultado-, toda vez que es cuando menos inaceptable, que se le exija al paciente –como lo aseveró el

pediatra Luis José Mendoza Manjarres en el testimonio rendido ante el a quo bajo la gravedad de juramento el 20 de agosto de 1998- llamar la atención “insistentemente” del cuerpo médico que lo atiende, acerca de los riesgos que sus particulares condiciones de salud implican, más cuando no los conoce y por tal motivo se ha puesto en manos de los galenos y ha confiado a ellos su salud. En efecto, es reprochable que el pediatra Mendoza Manjarrés considerara que era un deber de la señora Onaida Esther Vega el advertir a los médicos que la atendieron en el parto y a aquellos que debían atender a sus bebés, acerca de que por tener sangre O RH negativo, sus hijas estaban en riesgo de presentar una isoimmunización por grupo RH, en tanto no era una persona conocedora de la medicina y más aun, cuando en su historia clínica, elaborada por el ISS, reposaba la información acerca de sus antecedentes médicos, entre ellos el embarazo atendido por el ISS en 1984, oportunidad en la cual se solicitó allegar, previamente a una cesárea, 1000 c.c. de sangre O RH negativo, con el fin de atender cualquier emergencia que se presentara respecto de la madre y/o de su hijo, medida de precaución que se echa de menos en el parto de 1992, pese a que el mismo también fue por cesárea, intervención quirúrgica que implicaba riesgos, como por ejemplo, la pérdida de sangre y la consecuente necesidad de una transfusión.

PERJUICIOS - Liquidación / PERJUICIOS INMATERIALES - Perjuicios morales / Perjuicio moral - Acreditación / PRESUNCION DE CARACTER PROBATORIO - Lesión grave o leve / GRADO DE INTENSIDAD DEL DAÑO - Efecto útil / PRESUNCION DEL PERJUICIO - Sin importar si es leve o grave. Cambio jurisprudencial / PRESUNCION DEL PERJUICIO - Reiteración jurisprudencial

Para la Sala es claro que a raíz de las lesiones neurológicas sufridas por la menor de edad Diana Paola Zuleta Vega, tanto la lesionada como sus familiares, padecieron un perjuicio moral que debe ser compensado por la parte demandada. Ahora, si bien en el presente caso existe prueba fehaciente de la congoja padecida por los familiares cercanos de la niña Zuleta Vega, es importante precisar que respecto de la indemnización por perjuicios morales en casos de lesiones, la Sección Tercera había considerado que, para efectos del reconocimiento de dicho perjuicio era necesario diferenciar el tipo de lesión –grave o leve– con el fin de establecer una presunción de carácter probatorio para acceder a la indemnización. En varias oportunidades y con fundamento en dicha posición, se afirmó que cuando la lesión fuese de aquellas graves, los parientes cercanos de la víctima estaban obligados a demostrar la gravedad de la lesión y el parentesco, para que se pudiera inferir que padecieron el perjuicio moral; y que, en los casos en que la lesión fuere leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar la lesión, el parentesco y la congoja o tristeza que sufrieron, dado que sin esas pruebas resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. En todo caso, en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de perjuicios morales, en consideración a que fue quien sufrió directamente el impacto de la lesión. Esa posición varió y mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, la Sala consideró que no hay lugar a diferenciar por razón del tipo de lesión a efecto de reconocer los perjuicios morales, sino que el efecto útil de dicha diferenciación recae en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización, más no en la prueba del perjuicio como tal. En esa oportunidad, la Sala abandonó la tesis según la cual la presunción del perjuicio dependía de la intensidad de la lesión y acogió la posición descrita, según la cual, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves. (...).La Sala reitera en esta oportunidad la anterior perspectiva y con fundamento en ella, se considera que las lesiones sufridas por la

menor de edad Diana Paola Zuleta Vega pueden encuadrarse en el rango de aquellas que la jurisprudencia ha considerado como gravísimas. (...) en consecuencia, estima la Sala que el monto establecido por el *a quo* es razonable, por lo cual confirmará el mismo, sólo que tasado en salarios mínimos legales mensuales, correspondientes a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la lesionada, Diana Paola Zuleta Vega y para cada uno de sus padres, los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete y para su hermana Clara María Zuleta Vega, 50 s.m.m.l.v.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 16 de octubre de 2008, expediente número 17486, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio reiterada, entre otras, por la sentencia de noviembre 9 de 2008, expediente número 28259, Consejero Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra. Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, la entidad demandada pagará a favor de los demandantes las sumas de dinero, liquidadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PERJUICIOS - Liquidación / PERJUICIOS - Perjuicio fisiológico / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Reformulación del concepto / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Reformulación del concepto / ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Noción / ALTERACION GRAVE A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Cambio jurisprudencial / PERJUICIO POR LA ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Distinto del perjuicio moral / PERJUICIO POR LA ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Prueba / ALTERACION GRAVE A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Liquidación

Respecto al perjuicio denominado en la demanda y la sentencia “perjuicio fisiológico”, estima la Sala necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 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 (...) En el presente caso, para la Sala resulta claro que Diana Paola Zuleta Vega sufrió una alteración grave a sus condiciones de existencia, el cual rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior y, tal como se analizó anteriormente, la Sala 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 la 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, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le hubiere dejado y la alteración de las condiciones de su vida cotidiana en lo social, en lo familiar, en lo laboral, en su ámbito placentero o de cualquier otra índole. En el presente asunto resulta evidente que la lesionada sufrió una alteración grave a las condiciones de existencia, pues Diana Paola Zuleta Vega se ha visto afectada por la imposibilidad que le ocasionó el daño para realizar en el futuro las actividades que cotidiana y normalmente podría

desarrollar, no solo aquellas placenteras, sino las sencillas de cada día como comer por sí misma, desplazarse por sus propios medios e incluso, procurarse su aseo personal sin la ayuda de terceros (testimonios rendidos ante el a quo el 20 de agosto de 1998 por los señores Luz Marina Tapias Daza y Ricardo Fernández. En consecuencia de lo expuesto, la Sala considera que monto fijado en primera instancia por dicho perjuicio, a favor de Diana Paola Zuleta Vega, es razonable y lo confirmará expresado en salarios mínimos, esto es, 400 s.m.l.m.v.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la reformulación del concepto perjuicio fisiológico al de daño a la vida de relación, consultar sentencia de 19 de julio de 2000, expediente número 11842, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enriquez. Sobre el cambio de la noción daño a la vida de relación por alteración grave a las condiciones de existencia ver sentencia de agosto 15 de 2007, expediente número AG-00385, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Conducta dolosa o gravemente culposa / CULPA GRAVE O DOLO - Acreditación / CULPA GRAVE O DOLO - No se acreditó

El ginecólogo Jorge Rocha Rojas fue vinculado al proceso como llamado en garantía a solicitud de la entidad pública demandada, bajo el supuesto de que con su conducta dolosa o gravemente culposa habría causado el daño padecido por la parte actora, en caso de que se estableciera que aquella resultó lesionada en sus derechos como usuaria del servicio de salud prestado por el ISS. Al respecto, las pruebas allegadas al expediente dan cuenta acerca de que la participación del Dr. Rocha en los hechos que atrás se analizaron, se limitó a atender a la señora Onaida Esther Vega en el último trimestre de su embarazo, es decir, a partir del 30 abril de 1992, al ser remitida por su inicial médico tratante debido a que presentaba un embarazo gemelar, el cual fue monitoreado por el mencionado galeno y transcurrió sin ninguna novedad hasta que se indicó la conveniencia de que el parto fuera por cesárea, la cual fue programada por la Clínica Santa Marta del ISS y practicada por la obstetra Leonor Acosta el 26 de junio de 1992; en consecuencia, a partir del momento en el cual el Dr. Rocha ordenó la cesárea – mayo 15 de 1992- cesó la responsabilidad del Dr. Rocha con la señora Onaida Esther Vega, quien quedó en manos de la obstetra que atendió el parto y las niñas que en ese momento nacieron, pasaron a ser atendidas por el servicio de pediatría de dicho centro asistencial. En consecuencia, al no estar acreditado que la causa del daño padecido por la parte actora, hubiere sido la conducta dolosa o gravemente culposa del llamado en garantía, la Sala declarará su no responsabilidad en los hechos materia de este proceso.

COSTAS - Condena / CONDENAS EN COSTAS - Improcedencia

En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el sub lite ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición y se confirmará lo decidido en este punto por el a quo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., abril veintiocho (28) de dos mil once (2011)

Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963)

Actor: JOSE LUIS ZULETA GÜETE

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de julio 31 de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I. Síntesis del caso

1. Para el año 1992, la señora Onaida Esther Vega presentó un embarazo gemelar, el cual concluyó con una cesárea practicada en la Clínica Santa Marta del ISS, seccional Magdalena, el 26 de junio de 1992, ocasión en la que nacieron dos niñas en buen estado de salud. Con posterioridad a su nacimiento, las menores no volvieron a ser examinadas por pediatría, a pesar de que los galenos del ISS sabían que el tipo de sangre de la madre era O RH negativo, lo que implicaba riesgo de que sus hijas padecieran isoimmunización por factor RH. En efecto, cuando las menores de edad iban a ser dadas de alta -dos días después de su nacimiento-, el cuerpo médico de la Clínica Santa Marta se percató de que tenían síntomas de ictericia, en atención a que su factor RH era positivo (O+), en contraste con el de su madre que era negativo (O-). Frente a dicha situación y en atención a que la clínica no contaba con un banco de sangre, los médicos solicitaron a los familiares de las niñas que consiguieran sangre tipo O RH negativo, con el fin de practicarles una exanguinotransfusión y reemplazar así sus eritrocitos RH positivos por eritrocitos RH negativos; una vez la sangre fue conseguida, los galenos informaron a la familia de las menores que era demasiado tarde, pues una de ellas ya presentaba daño cerebral.

II. Lo que se demanda

2. Mediante demanda presentada el 7 de octubre de 1994, los señores José Luis Zuleta Güete y Onaida Esther Vega, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad Diana Paola y Clara María Zuleta Vega, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitaron que se declarara *“que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES DE SANTA MARTA, es responsable civilmente de los perjuicios causados a [los demandantes], por los daños causados a la menor DIANA PAOLA ZULETA VEGA, por la no atención oportuna, equivocada, negligente y deficiente: a) A la señora ONAIDA VEGA DE CASTRO, b) A la gemela DIANA PAOLA ZULETA VEGA, al no practicársele a los padres y posteriormente a las gemelas los exámenes de hemoclasificación sanguínea para detectar incompatibilidad en el grupo sanguíneo (...)”* (fls. 3 a 11 c.1).

3. En consecuencia, pidieron que se condenara a la demandada a pagar lo que resultara probado en el proceso o como mínimo, por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos a 3000 gramos de oro para cada uno de los demandantes y por perjuicios materiales, la suma de \$15'000.000 para cada uno de ellos (fls. 5 a 7 c.1).

III. Trámite procesal

4. El Instituto de Seguros Sociales se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y señaló que no incurrió en falla del servicio médico alguna, toda vez que a las entonces pacientes se le brindó la oportuna y debida atención (fls. 49 a 51 c.1).

5. El ginecólogo Jorge Rocha Rojas –vinculado al proceso como llamado en garantía a solicitud de la entidad pública demandada- se opuso a que se declarara su responsabilidad en la ocurrencia del daño alegado por la parte actora, dado que su participación en los hechos que habrían dado origen al mismo se limitó a atender a la señora Onaida Esther Vega en el último trimestre de su embarazo, es decir, a partir de abril de 1992, en atención a que habría sido remitida por su inicial médico tratante al presentar un embarazo gemelar, el cual fue debidamente monitoreado y transcurrió sin ninguna anomalía hasta que se programó una

cesárea para el 26 de junio de 1992, practicada por la obstetra Leonor Acosta; es decir, a partir del momento del parto -incluido éste- cesó la responsabilidad del Dr. Rocha para con la señora Onaida Esther Vega, quien quedó en manos de la obstetra que atendió el parto y por su parte, las niñas que en ese momento nacieron pasaron a ser atendidas por pediatría; por lo tanto, sería a éstos galenos a quienes debería indagarse si, tanto el parto como la salud de las niñas, fueron atendidos de manera correcta, en consideración al factor RH negativo de su madre, del que se tenía conocimiento desde el año 1984, cuando aquella fue atendida por otro parto, en la misma institución prestadora de salud (fls. 60 a 66 c.2).

6. En la oportunidad para alegar de conclusión la parte actora solicitó que se acogieran las pretensiones de la demanda, con fundamento en que se encontraría plenamente acreditada la serie de fallas del servicio médico asistencial en las que habría incurrido la parte demandada, pues a pesar de que desde el año 1984, con ocasión de un parto atendido en el ISS, dicha entidad conocía el tipo de sangre y el factor RH de la señora Onaida Esther Vega -lo cual implicaba un riesgo de incompatibilidad con el grupo sanguíneo de los posibles hijos que engendrara a futuro-, no se le hizo el adecuado seguimiento al embarazo de 1992, ni se dispuso contar con reservas de sangre para atender cualquier emergencia al momento del parto, bien respecto de la madre o de las niñas y, una vez éstas nacieron tampoco se les efectuó la debida hemoclasificación, a fin de determinar si se encontraban o no en peligro de sufrir isoimmunización por factor RH; consecuencia de todo lo anterior, cuando fue detectada la ictericia de las niñas no se contaba con reservas de sangre para exanguinotransfundirlas y para el momento en el que ésta fue allegada por los familiares de las menores, el daño se había consumado y la menor Diana Paola Zuleta Vega ya presentaba daño cerebral (fls. 172 a 183 c.1).

7. Por sentencia de julio 31 de 2000, el Tribunal Administrativo del Magdalena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

1°. DECLARAR administrativamente responsable al Instituto de Seguros Sociales de las lesiones ocasionadas a la menor DIANA PAOLA ZULETA VEGA.

2°. CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales a pagar a los accionantes la cantidad de siete mil quinientos (7.500) gramos de oro

por concepto de perjuicios morales y fisiológicos, conforme se indica seguidamente:

PERJUICIOS MORALES

JORGE LUIS ZULETA GÜETE (padre) mil (1.000) gramos de oro
ONAI DA ESTHER VEGA (madre) mil (1.000) gramos de oro
CLARA MARÍA ZULETA VEGA (hermana) quinientos (500) gramos de oro
DIANA PAOLA ZULETA VEGA (víctima) mil (1.000) gramos de oro

PERJUICIOS FISIOLÓGICOS

DIANA PAOLA ZULETA VEGA cuatro mil (4.000) gr. oro
TOTAL..... Siete mil quinientos (7.500)

8. Como fundamento de la anterior decisión, el *a quo* señaló que se encontraba plenamente acreditado que la entidad pública demandada incurrió en una serie de fallas del servicio médico asistencial, las cuales habrían desencadenado en que la menor Diana Paola Zuleta Vega sufriera de parálisis cerebral: *i*) pese a conocer desde 1984 el tipo de sangre O y el factor RH negativo de la señora Onaida Esther Vega, al momento del parto de 1992 no se dispuso contar con una reserva de sangre O negativo, para atender posibles complicaciones de la madre o de las bebés; *ii*) una vez las niñas nacieron el 26 de junio de 1992, no se les hizo ningún seguimiento pediátrico, por lo que sólo 2 días después, al momento de ser dadas de alta, un médico se percató de que tenían síntomas de ictericia y *iii*) una vez las niñas fueron diagnosticadas con ictericia, se trasladó la carga de conseguir la sangre O negativo a sus familiares, quienes únicamente pudieron obtenerla 2 días después, por lo cual, cuando finalmente se podía llevar a cabo la exanguinotransfusión de las menores, la niña Diana Paola Zuleta Vega ya presentaba daño cerebral.

9. Para el Tribunal es claro que si la entidad pública demandada hubiera adoptado las medidas idóneas en los casos de partos de mujeres con RH negativo, el daño no hubiera ocurrido, pues lo mínimo que debió hacer el ISS para hablar de una prestación adecuada del servicio médico asistencial, era disponer de sangre del tipo y factor RH de la madre al momento de practicarle la cesárea, pues tal medida era preventiva en caso de que se presentara alguna complicación durante el parto. Además, con posterioridad a éste, se debió hemoclasificar y monitorear permanentemente a las neonatas, con el fin de diagnosticar a tiempo síntomas de ictericia, dolencia común en casos de madres con RH negativo y bebés con RH

positivo, lo cual no se llevó a cabo y en consecuencia, el diagnóstico de ictericia de las niñas se hizo de manera tardía y no se trató apropiadamente, pues no se contaba con reservas sanguíneas O negativo, situación que desencadenó en las lesiones neurológicas de carácter permanente que presenta la menor Diana Paola Zuleta Vega (fls. 318 a 336 c.p.).

10. La parte demandada interpuso en tiempo recurso de apelación contra la sentencia anterior, en el cual solicitó que la sentencia impugnada fuera revocada y que en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda, en atención a que el material probatorio que obra en el expediente no daría cuenta acerca de la supuesta falla médica en la cual habría incurrido.

11. Así mismo, solicitó el recurrente que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, los montos a los cuales fue condenado el ISS por concepto de perjuicios morales fueran reducidos al estimarlos excesivos y respecto de los perjuicios fisiológicos, éstos se negaran por no estar acreditados; por otra parte, señaló la entidad pública demandada que el señor José Luis Zuleta Güete no se encontraba legitimado en la causa para actuar dentro del proceso de la referencia, toda vez que al momento de ocurrir los hechos la señora Onaida Esther Vega estaba casada con otra persona y, en atención a que todo hijo de mujer casada se presume del marido, era éste último a quien le correspondía demandar –como padre- los presuntos perjuicios padecidos con ocasión del supuesto daño sufrido por la menor de edad Diana Paola Zuleta Vega (fls. 337 a 341 c.p.).

12. En la oportunidad para alegar de conclusión en segunda instancia el Instituto de Seguros Sociales, reiteró los argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso de apelación interpuesto y precisó además que en el caso bajo análisis había operado la caducidad de la acción, toda vez que el daño habría ocurrido durante el mes de junio de 1992 y la presentación de la demanda ante la Oficina Judicial de Reparto de Santa Marta habría sido efectuada el 7 de octubre de 1994 (fls. 355 a 362 c.p.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

13. Por ser competente, procede la Sala a decidir, en segunda instancia¹, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 31 de julio de 2000.

II. Cuestión previa

14. Considera la Sala pertinente precisar, en primer lugar, que en el caso bajo estudio no operó el fenómeno de caducidad de la acción, como lo afirmó la parte demandada en su escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia. En efecto, los hechos objeto de estudio ocurrieron entre el 26 de junio de 1992 –fecha de nacimiento de la menor Diana Paola Zuleta Vega²- y el 3 de julio de ese mismo año, cuando los médicos de la Clínica Santa Martha del ISS informaron a los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Guete, que la niña Diana Paola Zuleta Vega había quedado con parálisis cerebral³; por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el numeral 8º del artículo 136 del C. C. A., la parte actora disponía de un término de 2 años para accionar, es decir a más tardar podía hacerlo hasta el 4 de julio de 1994 y la demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 7 de octubre de 1994 ante la Oficina Judicial de Reparto de Santa Marta (fl. 11 c.1).

15. No obstante lo anterior, obra en el expediente copia auténtica del auto de julio 7 de 1994, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se rechazó por falta de jurisdicción la demanda “*presentada el 3 de junio de 1.994*” por el señor José Luis Zuleta y otros, en contra del Instituto de Seguros Sociales y se señaló que el competente era el Juzgado Civil del Circuito Reparto (fls 158 a 160 c.1).

16. Lo anterior quiere decir que, inicialmente, la demanda fue presentada en término y que, en dicha oportunidad, la jurisdicción contencioso administrativa consideró que no era la competente para conocer del asunto y lo envió a la ordinaria, creando así incertidumbre sobre la jurisdicción competente para conocer de esos asuntos, cuando una de las partes involucradas fuera el Instituto de

¹ En razón de la cuantía el proceso es de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente a perjuicios morales a favor de cada uno de los demandantes se estimó en 3000 gramos de oro, equivalentes a \$66'880.200 a la presentación de la demanda, monto que supera la cuantía requerida en el año 1994 (\$9'610.000) para que un proceso, adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, fuere de doble instancia.

² Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Diana Paola Zuleta Vega, fl. 85 c.1

³ Copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas, anotaciones de julio 3 de 1992, fls. 225 vto. c.1.

Seguros Sociales. En consecuencia el proceso se siguió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santa Marta, despacho que el 20 de agosto de 1996 declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, suscitándose así un conflicto de jurisdicciones, finalmente dirimido por el Consejo Superior de la Judicatura a través de auto de enero 30 de 1997, en el cual se aclaró que la jurisdicción competente era la contenciosa administrativa, donde originalmente se había presentado la demanda (fls. 151, 152 c.1 y 9 a 21 c.2.).

17. La Sala, en reiterada jurisprudencia⁴, ha señalado que “esas oscilaciones jurisprudenciales no debían afectar el derecho de acceso a la administración de justicia”⁵, así se precisó en auto de junio 5 de 2003:

Así, en la providencia del 27 de febrero de 1997 (exp. 12.356)^[6], la sala analizó la caducidad de la acción declarada por el tribunal de instancia por cuanto los demandantes habían instaurado la acción de reparación directa en contra del Instituto de Seguros Sociales, dos años después de haber acontecido el daño cuya indemnización reclamaban. Para el a-quo la circunstancia alegada por los demandantes de que esa misma demanda ya había sido presentada en tiempo y que posteriormente se decretó la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, al estimarse con base en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que quien debía conocer era la jurisdicción ordinaria por haberse transformado el I.S.S. de establecimiento público en empresa industrial del Estado y que después haya cambiado de criterio, según el auto de la misma sección del 20 de febrero de 1996, no revivía los términos o plazos de caducidad.

La sala consideró que en ese caso no se configuró la caducidad de la acción, así hubieren transcurrido más de dos años de ocurridos los hechos que habían dado lugar a la demanda cuando ésta volvió a presentarse ante esta jurisdicción, como quiera que “los demandantes no tienen nada que ver con el cambio de jurisprudencia, ellos simplemente se rigen por las pautas señaladas por el Juez, sin que ello obstruya la reclamación de sus derechos”.

También se dijo que “bajo estas circunstancias, mal podría decirse que la acción instaurada en el presente caso está caducada, pues además de ser una aberrante denegación de justicia, no tendría ninguna presentación que después de haberse presentado el libelo en tiempo y haberse admitido, ahora se le diga que ya no tiene derecho a reclamar”⁷.

⁴ Entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 3 de 2007, exp. 16098, C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de diciembre 4 de 2006, exp. 14773, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de agosto 19 de 2009, exp. 16728, C.P. Enrique Gil Botero y sentencia de junio 9 de 2010, exp. 19074, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 9 de 2010, exp. 19074, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

^[6] Actor: Yenery Torres de Avila contra el Instituto de Seguros Sociales.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de junio 5 de 2003, exp. 21494, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

18. Lo transcrito confirma que la incertidumbre fue creada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, acerca de la jurisdicción competente para conocer de casos relacionados con el Instituto de Seguros Sociales, asunto que fue resuelto mediante auto del 20 de febrero de 1996⁸, en el cual se aclaró que sí era ésta la jurisdicción competente; razón por la cual, en esta ocasión –y en aras de no vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia- se tendrá como presentada la demanda en el término previsto por la ley.

III. Los hechos probados

19. Con base en las pruebas valida y oportunamente allegadas al expediente, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

- a. El 13 de octubre de 1984, la señora Onaida Esther Vega fue sometida a una cesárea en la Clínica Santa Marta del Instituto de Seguros Sociales, seccional Magdalena, toda vez que había sido diagnosticada con placenta previa. En dicha oportunidad se le practicó un examen de hemoclasificación según el cual el grupo sanguíneo de la paciente es tipo O RH negativo; previamente a llevar a cabo el procedimiento y como medida de precaución, se dio la orden de mantener disponibles 1000 c.c. de sangre O negativo (copia auténtica de la historia clínica de la paciente Onaida Esther Vega y del registro civil de nacimiento de Deivis Misés Zuleta Vega, nacido el 13 de octubre de 1984, fls. 40 a 54, 87 y 182 a 199 c.1).
- b. A finales de 1991, la señora Onaida Esther Vega se encontraba nuevamente en estado de embarazo, el cual fue atendido por medicina general en la clínica Santa Martha del ISS, a partir del 16 de septiembre de 1991. El 23 de abril de 1992 le fue practicada una ecografía que mostró un embarazo gemelar de 29 a 30 semanas, los 2 fetos se encontraban dentro de los parámetros normales y no presentaban malformaciones. A partir del 30 de abril siguiente -al considerar que el embarazo era de alto riesgo, dados sus antecedentes de placenta previa- la paciente fue remitida al ginecólogo Jorge Rocha Rojas, quien calificó a los fetos como *“productos en excelente estado de salud”* y el 15 de mayo de 1992 ordenó la práctica de una cesárea para dentro de 10 días, la que sería programada y atendida en la mencionada institución (copia auténtica de: la hoja

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de febrero 20 de 1996, exp. 11312, C.P. Daniel Suárez Hernández.

de control de citas, la hoja de evolución, la hoja de prescripciones médicas, la hoja de notas de enfermería -con anotaciones de enero a junio de 1992- y del informe del sonograma practicado el 23 de abril de 1992, dentro de la historia clínica de la paciente Onaida Esther Vega y testimonio rendido ante el a quo bajo la gravedad de juramento por el ginecólogo Jorge Rocha Rojas, fls. 62 a 65, 73A, 160, 160 vto., 173 a 178 y 295 a 299 c.1).

- c. El 26 de junio de 1992 [no hay hora precisa], la señora Onaida Esther Vega ingresó a la Clínica Santa Marta del ISS, con el fin de que se le practicara una cesárea, la cual fue llevada a cabo por la obstetra Leonor Acosta. Previamente a adelantar éste procedimiento quirúrgico no se dio la instrucción de mantener sangre O negativo de reserva. La paciente dio a luz a 2 niñas: “*gemela # 1 sexo femenino, peso 3000 gr., talla 46 cms., (...) gemela # 2 sexo femenino, peso 3000 gr., talla 46 cms*”. Con posterioridad a la intervención quirúrgica, la señora Vega fue monitoreada regularmente y presentó una buena evolución, por lo que se ordenó su alta el 28 de junio siguiente (copia auténtica del registro de admisión, de la hoja de evolución de adultos y de la hoja de prescripciones médicas de 26 y 27 de junio de 1992, dentro de la historia clínica de la paciente Onaida Esther Vega y del registro civil de nacimiento de Diana Paola y Clara María Zuleta Vega, fls. 66 a 68, 83, 85, 86 y 206 a 209 c.1).
- d. El 28 de junio de 1992 a las 9:00 a.m., las niñas fueron evaluadas previamente a ser dadas de alta por el médico pediatra Luis José Mendoza Manjarrés y encontró que estaban amarillas, por lo que ordenó su traslado a fototerapia y la toma de muestras de sangre para analizar cuadro hemático, bilirrubina, hemoclasificación, coombs directo y reticulocitos. Los resultados de laboratorio se conocieron a las 3:30 p.m. y arrojaron que el grupo sanguíneo de las niñas era O, factor RH positivo y que ambas presentaban plasma ictérico o ictericia severa y reticulocitosis severa⁹. A las 5.00 p.m. de ese día, la gemela No. 1 se encontraba “*en malas condiciones*”, por lo cual “*se baja orden de pedido de sangre a laboratorio*” (copia auténtica de los resultados de laboratorio de junio 28 de 1992 y de la hoja de evolución de adultos de la misma fecha; así mismo, testimonio rendido ante el a quo bajo la gravedad de juramento el 20 de agosto

⁹ Los valores que presentaba la gemela No. 1 son los siguientes: Leucocitos: 20.000 metros cúbicos. Hemoglobina: 11.8 gr %. Hematocrito: 34%. Segmentado: 60%. Linfocitos: 40%. Reticulocitos: 32%. Bilirrubinas: directa 2.8 md/dl., indirecta 17.2 mg/dl. Total 20 mg/dl. Coombs d: negativo. Anti D: salino. (fl. 69 c.1).

de 1998 por el médico pediatra Luis José Mendoza Manjarrés, fls. 69, 70, 205 c.1. y 107 a 112 c.2.).

- e. Para el 29 de junio de 1992 la gemela No. 1 se encontraba *“en malas condiciones generales”* por lo que se solicitó a la familia conseguir 500 c.c. de sangre O negativo con el fin de practicarle una exanguinotransfusión, toda vez que para el año 1992 la Clínica Santa Marta del ISS no contaba con un banco de sangre. Para las 4:30 p.m. de ese día el estado de la niña No. 1 continuaba deteriorándose *“-pronostico malo”*. Pese a la fototerapia continua a la que estaba siendo sometida, presentaba opistótonos y rechazo a la vía oral. Hasta ese momento no se había llevado la sangre requerida y se ordenó suministrarle dextrosa, fenobarbital y ampicilina. El pediatra tratante de ese día era el Dr. Mendoza (copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas y de la hoja de evolución de junio 29 de 1992; así mismo, testimonio rendido ante el *a quo* bajo la gravedad de juramento el 20 de agosto de 1998 por el médico pediatra Luis José Mendoza Manjarrés, fls. 71 a 73, 210 a 214, 216 vto. c.1. y 107 a 112 c.2.).
- f. El 30 de junio de 1992 las gemelas continuaban en fototerapia y en malas condiciones generales: la gemela No. 1 tenía un marcado tinte icterico, *“probable kernicterus”* y se indicó que su pronóstico era grave; presentaba opistótonos, no recibía seno materno, tenía rigidez en la nuca y llanto a la estimulación. Por lo tanto, el pediatra tratante de ese día, el Dr. Cantillo [no se precisa su nombre], ordenó practicarle una punción lumbar y continuar con el tratamiento prescrito el día anterior; así mismo, se dispuso una exanguinotransfusión urgente, pero hacia las 7:00 p.m. la sangre O negativo aún no había sido conseguida. Al final del día se encontró un donante de sangre, quien fue enviado a laboratorio para hacerle una prueba anti-sida (copia auténtica de la hoja de evolución y de la hoja de prescripciones médicas de junio 30 de 1992, fls. 73 vto., 74, 79, 80, 215 y 218 c.1 y fl. 4 c.2.).
- g. El 1 de julio de 1992 a las 9:00 a.m., el Dr. Cantillo evaluó a la gemela No. 1, respecto de quien indicó que *“persiste tinte icterico, aún no hay sangre para practicar procedimiento”*. A las 5:00 p.m. de ese día *“se revisa paciente con kernicterus, sin cambios clínicos - ha disminuido la pigmentación icterica. Se discutirá la posibilidad de exanguineo a esta pacientita. Se solicitó practicar*

venodisección” (copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas, anotaciones de julio 1 de 1992, fls. 218 vto. c.1).

- h. A las 6:00 p.m. del 1 de julio de 1992, la cirujana pediátrica Maritza Martínez Corredor evaluó a la gemela No. 1 y determinó: *“paciente de 5 días de vida, (...) solicitado venodisección para exanguinotransfusión x el pediatra ya que la paciente tiene cuadro de hiperbilirrubina por incompatibilidad RH-. 1) Considero que ya esta paciente tiene una encefalopatía icterica establecida (kernicterus). 2) Último control de bilirrubinas fue del 29-06-92. 3) Clínicamente hay disminución de la impregnación icterica en piel y hay mejora en la aceptación de la V.O. a pesar de que persisten los signos neurológicos. Plan: me gustaría discutir las indicaciones actuales para la venodisección ya que el objetivo y el pronóstico no se alterarían en esta paciente”* (copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas, anotaciones de julio 1 de 1992, fls. 22 a 24, 218 vto. y 225 c.1).
- i. El 2 de julio de 1992 se practicó una junta médica para evaluar la situación de la gemela No. 1, por parte del staff de pediatría, la cual dictaminó: *“se discute caso de esta pacientica con diagnóstico de isoimmunización RH con daño cerebral (kernicterus) a quien no se le practicó exanguinotransfusión por no haber oportunamente sangre para practicar el procedimiento. Hoy ha disminuido el tinte icterico en piel, menos rigidez nuchal, tolera la vía oral, signos vitales estables. Se consideró que sí ya hay daño irreversible a nivel cerebral, han bajado los niveles de bilirrubina y el control de laboratorio indica que hay disminución de valores de bilirrubinas, la exanguineo no tiene ningún beneficio”* (copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas, anotaciones de julio 2 de 1992, fls. 22 a 24, 217 vto. y 225 c.1).
- j. El 3 de julio de 1992, la gemela No. 1 fue examinada en una ronda de pediatras, con presencia del jefe de la clínica y del jefe de enfermería, en dicha ocasión se encontró: *“lesión cerebral irreversible por kernicterus. Disminución tinte icterico. No se le practicó exanguineo previa a lesión cerebral por no haber sangre o RH - disponible. Cuando la hubo ya había kernicterus por lo que se decidió no practicar exanguinotransfusión. Plan: transfundir 60 c.c. de glóbulos rojos empacados. Salida con fenobarbital para evitar convulsiones. Explicar pronóstico a los padres. Pronóstico malo”*. El 4 de julio de 1992 se transfundieron 60 c.c. de glóbulos rojos empaquetados y el 5 de julio siguiente

se dio de alta a la gemela No. 1 (copia auténtica de la hoja de prescripciones médicas, anotaciones de julio 3, 4 y 5 de 1992, fls. 217 vto., 225, 225 vto. y 226 c.1).

k. La niña Diana Paola Zuleta Vega presenta *“kernicterus debido a isoimmunización por grupo RH. El kernicterus es una encefalopatía secundaria al exceso de bilirrubina en la sangre”*, como secuelas presenta afección de la vía auditiva a nivel periférico en forma bilateral el cual puede ser manejado únicamente por terapia física; así mismo *“perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias a kernicterus, la cual es de carácter permanente”* (en original dictamen médico legal No. 1447LP-SM de agosto 16 de 1995, fls. 256 a 258 c.1).

IV. Problema jurídico

20. Procede la Sala a determinar si en el caso bajo análisis, la parte demandada incurrió en una falla del servicio al no prestarle la oportuna y continua atención médica a la menor Diana Paola Zuleta Vega a partir de su nacimiento el 26 de junio de 1992, pese a conocer que se encontraba en riesgo de sufrir complicaciones en su salud, dado el tipo de sangre O factor RH negativo de su madre, a consecuencia de lo cual aquella habría quedado, de forma definitiva, con parálisis cerebral.

V. Análisis de la Sala

21. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste¹⁰. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable.¹¹

22. De conformidad con lo expuesto, la Sala encuentra demostrado el **daño** invocado por la parte actora, consistente en que la menor Diana Paola Zuleta Vega sufre de una “*perturbación funcional del sistema nervioso central y conexiones nerviosas secundarias a kernicterus*”¹², afección desarrollada entre los días 26 de junio y 1 de julio de 1992, debido a una isoinmunización por grupo RH.

23. Así mismo, considera la Sala que el aludido daño antijurídico debe serle imputado a la parte demandada –Instituto de Seguros Sociales-, toda vez que está plenamente acreditado que el mismo tuvo como causa una **falla del servicio** médico asistencial, consistente en que a la menor Diana Paola Zuleta Vega no se le prestó una oportuna y continua atención médica a partir de su nacimiento, a pesar de que el cuerpo médico pediátrico responsable de la salud de la menor, contaba con información acerca de que su madre, la señora Onaida Esther Vega, tenía el tipo sanguíneo O factor RH negativo, lo que hacía a la menor propensa a sufrir una isoinmunización por grupo RH.

24. En efecto, las pruebas allegadas válida y oportunamente al expediente – historia clínica de la señora Onaida Esther Vega, aportada en copia auténtica por el ISS- dan cuenta acerca de que el cuerpo médico del ISS conocía desde 1984 que la hemoclasificación de la señora Onaida Esther Vega era O RH negativo. Los protocolos médicos indican en estos casos, que los recién nacidos deben ser inmediatamente hemoclasificados¹³, con el fin de determinar si su factor RH es

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y del 4 de junio de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

¹² Ver supra párrafo 19-k.

¹³ “*Cuando una embarazada se ha sensibilizado (...) como ocurre generalmente, por el paso de hematiés fetales a la circulación materna, se estimula la formación de isoanticuerpos que ingresan a la circulación fetal porque son capaces de atravesar la placenta, debido a su bajo peso molecular y atacan a los hematiés fetales, con la consiguiente destrucción de los mismos. Esta hemólisis puede causar en el feto un cuadro de anemia, insuficiencia cardíaca congestiva, edema y ascitis que en los casos más graves conducen a la muerte fetal y en los menos graves a la enfermedad hemolítica del recién nacido, enfermedad generalmente conocida con los nombres de eritoblastosis fetal y enfermedad hemolítica y causada en sus formas más graves por isoinmunización Rho (D).*

(...)

La eritoblastosis fetal suele manifestarse por anemia neonatal, kernicterus (icterus gravis neonatorum) o hidropesía. El paso de los anticuerpos Rh a través de la placenta produce la destrucción de los eritrocitos del feto, ocasionando anemia hemolítica. En la forma más benigna el producto tiene aspecto sano o puede estar

positivo, caso en el cual, es necesario un estricto y continuo monitoreo del bebé, así como la práctica de exámenes de laboratorio –prueba indirecta de Coombs-, con el fin de advertir oportunamente posibles signos de una isoimmunización por grupo RH.

25. No obstante lo anterior, la historia clínica de la madre refiere que la menor Diana Paola Zuleta Vega y su hermana gemela, fueron valoradas médicamente al momento de su nacimiento, evaluación que arrojó dos bebés en buen estado de salud; pero, con posterioridad a esa primera valoración, las niñas no fueron monitoreadas ni mucho menos se efectuó su hemoclasificación, por lo que fue únicamente al momento de ser dadas de alta -2 días después de su nacimiento y de su valoración médica- que el pediatra Luis José Mendoza Manjarrés advirtió que las niñas presentaban ictericia, síntoma de una posible isoimmunización por grupo RH.

26. El referido diagnóstico fue confirmado mediante exámenes de laboratorio practicados el 28 de junio de 1992 a las 3:30 p.m. -entre ellos la prueba de Coombs-, los cuales indicaron, respecto de la menor Diana Paola Zuleta Vega, la presencia de plasma icterico o ictericia severa y reticulocitosis severa¹⁴, por lo cual era imperativo dar inicio al tratamiento de fototerapia, como en efecto se hizo, aunque dado el avanzado estado de la enfermedad, el tratamiento de choque indicado era una exanguinotransfusión¹⁵ con sangre O RH negativo. Ello quedó consignado en la historia clínica, según la cual, se solicitó a los familiares de las menores, de manera urgente, conseguir 500 c.c. de sangre O RH negativo, toda vez que en la Clínica Santa Marta del ISS no se contaba con un banco de sangre. El tejido sanguíneo fue procurado por los familiares el 30 de junio de 1992, cuando ya la niña Diana Paola Zuleta Vega presentaba síntomas de kernicterus.

un poco pálido con moderada hepatomegalia o esplenomegalia. (...) Sin embargo, los eritrocitos Rh positivos del niño están recubiertos por anticuerpos Eh y la prueba directa de Coombs es positiva.

(...)

A todo recién nacido de madre Rh negativo se le debe tomar muestra de sangre del cordón para clasificación ABO, Rh, hemoglobina, hematocrito y prueba directa de Coombs.” (Subrayado fuera del original) En: CIFUENTES B. Rodrigo, *Obstetricia de alto riesgo*, Editorial Distribuna, Bogotá, págs. 211 a 227. Artículo allegado al expediente por el llamado en garantía, Dr. Jorge Rocha Rojas.

¹⁴ Ver supra párrafo 19–d.

¹⁵ *“La verdadera base del manejo de la eritoblastosis en el recién nacido es la exanguinotransfusión, que corrige la anemia y la hipervolemia por el reemplazo de los eritrocitos Rh positivos por eritrocitos Rh negativos y por remisión de la bilirrubina controla la hiperbilirrubinemia existente o potencial.”* En: CIFUENTES B. Rodrigo, *Obstetricia de alto riesgo*, Editorial Distribuna, Bogotá, págs. 211 a 227. Artículo allegado al expediente por el llamado en garantía, Dr. Jorge Rocha Rojas.

27. En este punto estima la Sala, que si bien no es posible aseverar de manera contundente que de contar a tiempo con la sangre necesaria para la exanguinotransfusión e iniciar así el tratamiento idóneo para la patología que presentaba, la menor Diana Paola Zuleta Vega hubiera superado sin ninguna secuela la isoimmunización por grupo RH; lo cierto es que, el no haber efectuado su hemoclasificación tras su nacimiento, la ausencia de monitoreo médico por casi 48 horas y no haberle practicado los exámenes de laboratorio requeridos a tiempo, impidieron contar con un diagnóstico oportuno que permitiera el inicio del tratamiento médico indicado de forma oportuna y sobre todo, la pronta consecución del tejido sanguíneo O RH negativo, hechos que considerados en su conjunto, constituyen una evidente falla del servicio médico asistencial y **la causa** del daño padecido por la parte actora.

28. En esta oportunidad la Sala considera necesario poner de presente el deber de extrema diligencia que la práctica médica implica –que no de resultado-, toda vez que es cuando menos inaceptable, que se le exija al paciente –como lo aseveró el pediatra Luis José Mendoza Manjarres en el testimonio rendido ante el *a quo* bajo la gravedad de juramento el 20 de agosto de 1998- llamar la atención “*insistentemente*” del cuerpo médico que lo atiende, acerca de los riesgos que sus particulares condiciones de salud implican, más cuando no los conoce y por tal motivo se ha puesto en manos de los galenos y ha confiado a ellos su salud. En efecto, es reprochable que el pediatra Mendoza Manjarrés considerara que era un deber de la señora Onaida Esther Vega el advertir a los médicos que la atendieron en el parto y a aquellos que debían atender a sus bebés, acerca de que por tener sangre O RH negativo, sus hijas estaban en riesgo de presentar una isoimmunización por grupo RH, en tanto no era una persona conocedora de la medicina y más aun, cuando en su historia clínica, elaborada por el ISS, reposaba la información acerca de sus antecedentes médicos, entre ellos el embarazo atendido por el ISS en 1984, oportunidad en la cual se solicitó allegar, previamente a una cesárea, 1000 c.c. de sangre O RH negativo, con el fin de atender cualquier emergencia que se presentara respecto de la madre y/o de su hijo, medida de precaución que se echa de menos en el parto de 1992, pese a que el mismo también fue por cesárea, intervención quirúrgica que implicaba riesgos, como por ejemplo, la pérdida de sangre y la consecuente necesidad de una transfusión.

29. Por lo anterior, la Sala confirmará en este punto la sentencia impugnada y en consecuencia se declarará responsable a la parte demandada, por el daño

padecido por la parte actora y la condenará a pagar la indemnización correspondiente, previa revisión y actualización de la liquidación de perjuicios efectuada por el *a quo*, bajo los límites de la *no reformatio in pejus* que opera a favor del ISS, por ser apelante único.

VI. Liquidación de perjuicios

VI.1. Perjuicios inmateriales

a. Perjuicios morales

30. Por concepto de perjuicios morales, el *a quo* condenó a la entidad pública demandada a pagar el equivalente en pesos de 1000 gramos de oro, a favor de cada uno de los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete y de la menor Diana Paola Zuleta Vega, así mismo, al pago del equivalente a 500 gramos de oro para la menor Clara María Zuleta Vega (fl. 333 c.p.).

31. Se encuentra acreditado en el proceso que la menor Diana Paola Zuleta Vega (lesionada) es hija de los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete y que tiene por hermana a la menor de edad Clara María Zuleta Vega; ello de conformidad con las copias auténticas de los respectivos registros civiles de nacimiento. En cuanto al argumento de la recurrente –ISS- acerca de que el señor Zuleta Güete no se encontraba legitimado en la causa por activa, para reclamar una compensación por perjuicios morales en calidad de padre de la niña Diana Paola Zuleta Vega, en tanto la señora Onaida Esther Vega tendría vigente una sociedad conyugal con un tercero; lo cierto es que en el expediente no obra prueba alguna de esta afirmación y por el contrario, en el registro civil de nacimiento de la aludida menor, aparece el señor José Luis Zuleta Güete como su padre (fls. 85 y 86 c.1.).

32. Respecto de las menores de edad Diana Paola Zuleta Vega y Clara María Zuleta Vega, se tiene que estuvieron debidamente representadas en el proceso de la referencia, en tanto que sus padres, de los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete, otorgaron poder a un profesional del derecho, en nombre propio y en representación de las referidas menores. Al efecto se allegó al expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de las niñas, de donde se desprende que dichos señores tenían vigente la patria potestad de aquellas,

por ser menores de edad –2 años de edad- al momento de otorgar el poder a su representante judicial y de presentación de la demanda (fls. 1, 2, 85 y 86 c.1.).

33. Así mismo, se encuentra acreditado testimonialmente que los aludidos miembros de la familia Zuleta Vega, tanto al momento de ocurrir el daño, como a lo largo de éstos años, han padecido profunda pena y aflicción por el daño cerebral sufrido por la menor de edad Diana Paola Zuleta Vega, por conformar todos una cariñosa y unida familia y por la entidad misma de las lesiones, a consecuencia de las cuales la niña Diana Paola ha debido permanecer en una silla de ruedas, sin poderse valer por sí misma hasta para las más elementales necesidades de la vida humana (testimonios rendidos ante el *a quo* el 20 de agosto de 1998 por los señores Luz Marina Tapias Daza y Ricardo Fernández, fls. 104 a 106 y 113 a 116 c.2.).

34. Con base en lo anterior, para la Sala es claro que a raíz de las lesiones neurológicas sufridas por la menor de edad Diana Paola Zuleta Vega, tanto la lesionada como sus familiares, padecieron un perjuicio moral que debe ser compensado por la parte demandada. Ahora, si bien en el presente caso existe prueba fehaciente de la congoja padecida por los familiares cercanos de la niña Zuleta Vega, es importante precisar que respecto de la indemnización por perjuicios morales en casos de lesiones, la Sección Tercera había considerado que, para efectos del reconocimiento de dicho perjuicio era necesario diferenciar el tipo de lesión –grave o leve– con el fin de establecer una presunción de carácter probatorio para acceder a la indemnización.

35. En varias oportunidades y con fundamento en dicha posición, se afirmó que cuando la lesión fuese de aquellas graves, los parientes cercanos de la víctima estaban obligados a demostrar la gravedad de la lesión y el parentesco, para que se pudiera inferir que padecieron el perjuicio moral; y que, en los casos en que la lesión fuere leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar la lesión, el parentesco y la congoja o tristeza que sufrieron, dado que sin esas pruebas resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. En todo caso, en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de perjuicios morales, en consideración a que fue quien sufrió directamente el impacto de la lesión.

36. Esa posición varió y mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, la Sala

consideró que no hay lugar a diferenciar por razón del tipo de lesión a efecto de reconocer los perjuicios morales, sino que el efecto útil de dicha diferenciación recae en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización, más no en la prueba del perjuicio como tal. En esa oportunidad, la Sala abandonó la tesis según la cual la presunción del perjuicio dependía de la intensidad de la lesión y acogió la posición descrita, según la cual, hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves:

Y es que se trata de dos temas diferentes, uno es la lesión que padece la víctima directa del daño y otro es el perjuicio moral que sufre el lesionado y sus parientes más cercanos. En efecto, la diferencia entre lesiones graves y leves no es la que permite crear la presunción de los perjuicios morales causados a los parientes cercanos a la víctima del daño, en tanto que esta distinción sólo sirve para establecer la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima y, por el contrario la presunción surge por el simple hecho de que se le haya causado la lesión o la muerte a la víctima.

En este sentido, no se le puede exigir a los parientes cercanos de la víctima que prueben el daño moral en razón de que la lesión fue leve, para en cambio presumir este perjuicio cuando la lesión fue grave, toda vez que, una lesión genera un perjuicio de carácter moral no sólo para quien padece el daño antijurídico, sino también para las víctimas indirectas, por cuanto es la de la naturaleza humana que la afectación de un familiar cercano o de una persona allegada genere dolor moral en las personas más próximas, en tanto que deben soportar el dolor que les produce ver a un familiar lesionado y en las más de las veces son estas personas las que acompañan al lesionado en su recuperación, razón por la cual se debe presumir el perjuicio moral en los eventos de lesiones corporales, sin importar que ésta sea de naturaleza grave o leve.

No obstante, cabe precisar que si bien se presume el perjuicio moral para los parientes cercanos de la víctima cuando se le genere una lesión corporal, la intensidad de la lesión permitirá graduar el monto de la indemnización, motivo por el cual, en los eventos en que la lesión sea grave el monto de la condena se aproximará a la máxima que la jurisprudencia otorga en estos eventos, pero si es leve, la condena disminuirá.

Así las cosas, la Sala recoge la tesis que entendía que la presunción por perjuicios morales dependía de la intensidad de la lesión, para en cambio señalar mayoritariamente que la presunción para los perjuicios morales opera en los eventos de lesiones corporales sin importar que éstas sean graves o leves¹⁶.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de octubre de 2008, exp. 17486, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada entre otras por la sentencia de noviembre 19 de 2008, exp. 28259, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

37. La Sala reitera en esta oportunidad la anterior perspectiva y con fundamento en ella, se considera que las lesiones sufridas por la menor de edad Diana Paola Zuleta Vega pueden encuadrarse en el rango de aquellas que la jurisprudencia ha considerado como gravísimas¹⁷ y en consecuencia, estima la Sala que el monto establecido por el *a quo* es razonable, por lo cual confirmará el mismo, sólo que tasado en salarios mínimos legales mensuales¹⁸, correspondientes a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la lesionada, Diana Paola Zuleta Vega y para cada uno de sus padres, los señores Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete y para su hermana Clara María Zuleta Vega, 50 s.m.m.l.v.

b. Perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia

38. Por concepto de “*perjuicios fisiológicos*” a favor de Diana Paola Zuleta Vega, se condenó en primera instancia al pago de 4000 gramos de oro, con el propósito de compensar la pérdida del goce de la vida, pues sus lesiones neurológicas la dejaron imposibilitada para llevar a cabo por sí misma las más mínimas actividades propias de una vida normal (fls. 333 y 334 c.p.).

39. Respecto al perjuicio denominado en la demanda y la sentencia “*perjuicio fisiológico*”, estima la Sala necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación; al respecto se dijo:

... el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre¹⁹.

¹⁷ Por ejemplo mutilaciones, pérdida de órganos o cuadraplejía.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 6 de 2001, expedientes acumulados 13232 y 15646, C.P. Alier Hernández.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 19 de 2000, exp. 11842. C.P. Alier Hernández.

40. Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007²⁰, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la **expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante. (...)

*El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones. (Resaltado original).*

41. En el presente caso, para la Sala resulta claro que Diana Paola Zuleta Vega sufrió una alteración grave a sus condiciones de existencia, el cual rebasa la

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

esfera interna del individuo y se sitúa en su vida exterior y, tal como se analizó anteriormente, la Sala 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 la 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.

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

43. En el presente asunto resulta evidente que la lesionada sufrió una alteración grave a las condiciones de existencia, pues Diana Paola Zuleta Vega se ha visto afectada por la imposibilidad que le ocasionó el daño para realizar en el futuro las actividades que cotidiana y normalmente podría desarrollar, no solo aquellas placenteras, sino las sencillas de cada día como comer por sí misma, desplazarse por sus propios medios e incluso, procurarse su aseo personal sin la ayuda de terceros (testimonios rendidos ante el *a quo* el 20 de agosto de 1998 por los señores Luz Marina Tapias Daza y Ricardo Fernández, fls. 104 a 106 y 113 a 116 c.2.).

44. En consecuencia de lo expuesto, la Sala considera que monto fijado en primera instancia por dicho perjuicio, a favor de Diana Paola Zuleta Vega, es razonable y lo confirmará expresado en salarios mínimos, esto es, 400 s.m.l.m.v.

VI.1. Perjuicios materiales

45. Toda vez que en primera instancia no se efectuó reconocimiento alguno al respecto y la parte interesada no impugnó dicha decisión, en esta oportunidad la Sala no se pronunciará de fondo en este punto.

VII. Acerca de la responsabilidad del llamado en garantía

46. El ginecólogo Jorge Rocha Rojas fue vinculado al proceso como llamado en garantía a solicitud de la entidad pública demandada²¹, bajo el supuesto de que con su conducta dolosa o gravemente culposa habría causado el daño padecido por la parte actora, en caso de que se estableciera que aquella resultó lesionada en sus derechos como usuaria del servicio de salud prestado por el ISS.

47. Al respecto, las pruebas allegadas al expediente dan cuenta acerca de que la participación del Dr. Rocha en los hechos que atrás se analizaron, se limitó a atender a la señora Onaida Esther Vega en el último trimestre de su embarazo, es decir, a partir del 30 abril de 1992, al ser remitida por su inicial médico tratante debido a que presentaba un embarazo gemelar, el cual fue monitoreado por el mencionado galeno y transcurrió sin ninguna novedad hasta que se indicó la conveniencia de que el parto fuera por cesárea, la cual fue programada por la Clínica Santa Marta del ISS y practicada por la obstetra Leonor Acosta el 26 de junio de 1992; en consecuencia, a partir del momento en el cual el Dr. Rocha ordenó la cesárea –mayo 15 de 1992- cesó la responsabilidad del Dr. Rocha con la señora Onaida Esther Vega, quien quedó en manos de la obstetra que atendió el parto y las niñas que en ese momento nacieron, pasaron a ser atendidas por el servicio de pediatría de dicho centro asistencial²².

48. En consecuencia, al no estar acreditado que la causa del daño padecido por la parte actora, hubiere sido la conducta dolosa o gravemente culposa del llamado en garantía, la Sala declarará su no responsabilidad en los hechos materia de este proceso.

VIII. Costas

49. En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el *sub lite*

²¹ Ver supra párrafo 5.

²² Ver supra párrafo 19–b.

ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición y se confirmará lo decidido en este punto por el *a quo*.

50. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 31 de julio de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales –ISS-, por la lesión cerebral sufrida por la entonces menor de edad Diana Paola Zuleta Vega entre el 26 de junio y el 1 de julio de 1992.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales –ISS-, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

Cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los siguientes demandantes: Diana Paola Zuleta Vega, Onaida Esther Vega y José Luis Zuleta Güete y,

Cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para Clara María Zuleta Vega.

TERCERO: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales –ISS-, a pagar, por concepto de perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, a Diana Paola Zuleta Vega, un monto de cuatrocientos (400) s.m.l.m.v.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ABSOLVER de toda responsabilidad al llamado en garantía, el médico ginecólogo Jorge Rocha Rojas.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO: En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las cuales trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH