

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por falla del servicio médico asistencial / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - En cuidados y procedimientos postparto / MUERTE DE PACIENTE - Postparto por complicaciones en cesárea / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Por no haber obtenido paciente tratamiento de mayor calidad y menor riesgo / DAÑO ANTIJURÍDICO - Muerte de paciente después de practicarle cesárea / PERSPECTIVA DE GÉNERO - Atención ginecobstétrica inadecuada de mujer menor de edad

Corresponde a la Sala establecer si las complicaciones de orden respiratorio y neurológico sufridas por la menor Edith Johana Bohórquez Herrera y su posterior muerte constituyen un daño antijurídico imputable a la entidad demandada o si, por el contrario, se trata de riesgos inherentes a la intervención quirúrgica de cesárea, consecuencias de una inadecuada atención previa o manifestaciones inevitables e irresistibles de su debilidad biológica. Por otra parte, se han de examinar las consecuencias del alegado abandono de la menor por los demandantes; en razón de que al parecer de la demandada denotan ausencia de afecto y no dan derecho a la indemnización.

PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Cargas asumidas por el paciente como riesgos propios del acto médico / CARGAS DEL PACIENTE EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Consecuencias propias de la vulnerabilidad y mortalidad de la condición humana / CARGAS DEL PACIENTE EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Riesgos previsibles, conocidos y consentidos del acto médico

En lo específicamente relativo al campo de la prestación del servicio de salud, el elemento decisivo para determinar la imputabilidad del daño, tiene que ver con el desbordamiento de lo que el paciente está obligado a asumir. La premisa general consiste en que a este le corresponde soportar la consecuencia directa y exclusiva de la vulnerabilidad y mortalidad propias de la condición humana, así como de la concreción de los riesgos previsibles, conocidos y consentidos del acto médico. Esto último si media su propia voluntad informada y consciente, sobre el posible fracaso terapéutico, el que no ha podido, ni podrá, ser desterrado de toda intervención humana.

PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD - Cargas que no deben ser asumidas por el paciente

No le corresponde al paciente, por el contrario, soportar una atención por debajo de los estándares éticos o científicos médicos, terapéuticos y asistenciales, en sí misma indemnizable, tampoco las consecuencias derivadas de los errores, por lo mismo previsibles y evitables. Tampoco debe asumir las consecuencias naturales de la progresión patológica, evitable por la ciencia médica. Por otra parte, no está obligado el paciente a asumir el riesgo propio del acto médico, si este no le ha sido efectivamente expuesto y, por ende, no ha sido consentido. Finalmente, existen circunstancias en que el paciente no está obligado a asumir el riesgo previsible y consentido, en razón de la desproporción objetiva del daño, como ocurre en aquellos casos en que la alteración sufrida es concreción de un riesgo socialmente necesario (v.gr. vacunación obligatoria o infecciones nosocomiales).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL MANUEL ELKIN PATARROYO - Existente por desviación de la conducta médica respecto de los estándares de la lex artis en cuidados postparto / RESPONSABILIDAD

EXTRACONTRACTUAL DE CENTRO HOSPITALARIO - Se configuró por falta de oportunidad al no suministrar al paciente tratamiento adecuado

Del análisis pericial, así como del examen de la historia clínica se colige que la paciente no recibió una atención médica adecuada y que las fallas en la atención inicial ciertamente incrementaron el riesgo de complicaciones y disminuyeron las posibilidades de un oportuno manejo. Téngase en cuenta, por lo demás, que la sola verificación de una atención contraria a la exigencia de la *lex artis* y la dignidad humana es suficiente para fundamentar la responsabilidad del Estado, toda vez que la atención deficiente es, en sí misma, una carga que el asociado no está en el deber de soportar. (...) Ciertamente es que el mismo médico consultado no ofrece una explicación causal totalmente certera sobre el paro cardiorrespiratorio. Sin embargo, es enfático en sostener que la atención prestada adolecía de fallas que incrementaron el riesgo de las dos causas más probables del paro y disminuyeron las posibilidades de tratarlo adecuadamente. Razón esta suficiente para entender que el daño experimentado es plenamente imputable a la entidad demandada.

PERSPECTIVA DE GÉNERO - Daños de mujer menor de edad producto de intervención ginecobstétrica / SITUACIÓN DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Calidad de mujer infante en atención ginecobstétrica / PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR - Condición de menor de edad de la víctima aumenta la antijuridicidad de las deficiencias en la prestación del servicio médico /

El caso concreto se inscribe dentro de una problemática ya sistemática en el país de deficiente atención materno-obstétrica, la cual se ha señalado en varias ocasiones como constitutiva de discriminación de género. (...) la Sala advierte que en el caso concreto la antijuridicidad de la conducta se ve incrementada por el hecho de que la paciente tenía 16 años esto es se trataba de una menor y así misma sujeto de especial protección, a la luz del artículo 44 de la Constitución Política y de la Declaración de los niños adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1959. Es axiomático que si la Constitución y el Derecho internacional reconocen protección reforzada a los derechos de los niños y que si los mismos ordenes jurídicos ordenan la protección de la mujer contra toda forma de discriminación, la atención ginecobstétrica deficiente a una niña, constitutiva en sí misma de inequidad de género por las razones antes descritas, es un evento especialmente contrario al Derecho. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la situación de especial protección constitucional en consideración de la edad de la víctima, como causal de aumento de la antijuridicidad del daño censurado, consultar sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 28804, CP. Stella Conto Díaz del Castillo.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES - Su procedencia obedece a la presunción o acreditación de aflicción por el daño censurado / DERECHO DE REPARACIÓN DEL DAÑO- Para su indemnización, no se indaga la intimidad familiar

La reclamación según la cual no cabe reconocer la indemnización a los padres o al compañero permanente porque su comportamiento no se adecúa a lo que se espera de un buen padre o un buen esposo por cuanto confunde el fundamento del derecho a la reparación con el mérito moral. Al respecto se ha de señalar que no se indemniza por el merecimiento o la altura moral del demandante, sino por el daño efectivamente causado. Así las cosas, lo que es menester determinar es si existen razones para desestimar la aflicción o la afectación económica, y no si los

demandantes tienen “derecho” a sentir aflicción o a reclamar por lucro cesante y daño emergente. No corresponde a la Sala juzgar las relaciones familiares de los demandantes, ni calificarlos, con los pocos elementos que ofrece el acervo probatorio de buenos o malos miembros de familia. Tal actitud constituiría una notoria interferencia del funcionario jurisdiccional en la esfera de la intimidad familiar.

DAÑO MORAL - No puede negarse a familiares por número reducido de visitas / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL - Obedece al afecto de familiares de la víctima

No estima la Sala que sea válida la inferencia de que un número reducido de visitas o la falla en el suministro de elementos se deba necesariamente a la falta de afecto (que fundamenta la atribución de perjuicios morales) o interés por la paciente. En efecto, múltiples son las causas por las que los familiares no adecúan la conducta a lo que parece exigirles la parte demandada. El estado no propiamente consciente de la paciente y su deteriorada condición de suyo comporta una carga emocional insoportable para sus familiares, justamente en razón del afecto. Las necesidades laborales, la responsabilidad con los otros niños, las dificultades económicas y de transporte comunes en el campo colombiano, también pueden ser causa plausible de la periodicidad no tan frecuente de las visitas a la menor. Además, en las mismas anotaciones de la historia clínica consta que en algunas ocasiones los familiares no entregaron lo pedido argumentando incapacidad económica y no es del todo extraño pensar que la presión por elementos que no estaban obligados a adquirir (toda vez que ello corresponde al sistema de salud) y por pagos que no estaban en capacidad de realizar, bien pudo desestimular las mismas visitas. En todo caso, dada la pluralidad de razones que pueden explicar la periodicidad de las visitas y la imposibilidad de atribuir su baja frecuencia a la falta de afecto, no se encuentra relevante esta circunstancia para la denegación de los perjuicios morales.

PERJUICIOS MORALES - Indemnización a cónyuge, padres e hijos / PERJUICIOS MORALES - Negados en favor de la víctima menor de edad

En lo que respecta a los perjuicios morales la Sala encuentra acreditada la muerte y prolongada enfermedad de la menor Edith Johana Bohórquez, supuesto que según las reglas de la experiencia corresponde a un máximo grado de afectación moral, por lo que, siguiendo los estándares jurisprudencialmente aceptados se reconocerán cien salarios mínimos al cónyuge, los padres y la hija de la víctima directa (100 smlmv), La mitad de esta cantidad se ha de reconocer a sus hermanos, en atención a que la misma jurisprudencia citada calcula su indemnización en la mitad de los que se reconocen al cónyuge, padres e hijos. En cambio, no se reconocerá indemnización por perjuicios morales a la menor Edith Johana Bohórquez Herrera por cuanto no se acreditó que esta tuviera algún grado de sensibilidad y o conciencia durante el tiempo que permaneció en estado de vigilia no voluntaria. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la indemnización de perjuicios morales por muerte de personas, consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz y de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

DAÑO A LA SALUD - Contenido y alcance. Reiteración jurisprudencial / DAÑO A LA SALUD - Afectación a la integridad psicofísica. Ámbitos físico, psicológico y sexual / DAÑO A LA SALUD - Criterios de tasación

En lo que tiene que ver con la afectación del derecho a la Salud, la Sala se atenderá al precedente, sentado en sentencia de unificación de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz se fijaron criterios jurisprudenciales para la liquidación del daño a la salud. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la indemnización de perjuicios por daño a la salud, consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz

DAÑO A LA SALUD - Procede conforme a criterios reiterados jurisprudencialmente

Atendiendo, pues, a estos criterios, y estando probado que la menor sufrió una incapacidad desde el momento de la lesión hasta su muerte, la Sala reconocerá una indemnización por cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor su sucesión.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Lo dejado de percibir por familiares de víctima con ocasión de la muerte de la paciente / LABORES PROPIAS DE CRIANZA Y CUIDADO DE MENOR HIJA - Debe equiparse a trabajo remunerado. Reiteración jurisprudencial / INDEMNIZACIÓN DE LUCRO CESANTE - Procede en favor de esposo e hijos de la paciente fallecida por períodos consolidado y futuro / INDEMNIZACIÓN DE LUCRO CESANTE - Condena en abstracto respecto de esposo de la víctima

La Sala aclara que dado que es razonable suponer que en caso de haber sobrevivido la menor Edith Johana habría asumido labores propias de la crianza y cuidado de su menor hija, las cuales, según el criterio jurisprudencial de esta Corporación deben equipararse a trabajo remunerado. Así las cosas, la Sala comenzará a contar el lucro cesante se comenzará a contar a partir de la terminación de la licencia de maternidad. Esto es, catorce semanas siguientes al parto, porque Edith Johana, culminado este periodo tendría que haber reanudado su actividad productiva, sin que para el efecto cuente la minoría de edad, pues así lo exigía su pequeña hija, cuidado ese susceptible de ser valorado económicamente. (...) Toda vez que se conoce que el señor Víctor Manuel Gordillo era mayor que Edith Johana Bohórquez Herrera (en el registro civil de la menor consigna su cédula, de donde se colige que era mayor de edad), su lucro cesante futuro se calculará sobre la base de la expectativa de vida del primero de los mencionados. Sin embargo, al desconocerse la edad exacta del señor Gordillo se ve la Sala obligada a condenar su lucro cesante en abstracto. No ocurre lo mismo con el que se debe a Edith Johana Bohórquez Herrera, cuya indemnización se puede calcular con base en los datos obrantes en el proceso. En lo que respecta a la tasación del lucro cesante de la Menor Edith Johana Bohórquez, la Sala distinguirá dos periodos. Uno de ellos, el lucro cesante consolidado, comprendido entre el 8 de octubre de 2000 y la fecha de la presente liquidación, y otro, el futuro, comprendido entre tal fecha y la del vigésimo quinto aniversario de la misma. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la indemnización de perjuicios materiales por lucro cesante de persona que asume labores propias de la crianza y cuidado de su menor hija, equiparado jurisprudencialmente como trabajo remunerado, consultar sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 26800, CP. Jaime Orlando Santofimio.

MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - Por lesión grave de bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Declaratoria de oficio /

MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - No indemnizatorias a favor de víctimas y su núcleo familiar cercano

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

MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - Procedencia

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

FUENTE FORMAL: CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 8 / CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 63

APLICACIÓN DE MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - Por discriminación de género y calidad de infante de víctima / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO - Al echar de menos trato requerido a la mujer por su condición / MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL - Excusas públicas / MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - Publicación en página web de la providencia / MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL - Instar a centros hospitalarios a implementar políticas tendientes a garantizar atención médica adecuada para mujeres en intervenciones gineco obstétricas

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, así como de la prevalencia de los derechos de los niños. Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género, así como la primacía de los derechos de los niños y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de

esta providencia. Adicionalmente, la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C, primero (1) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01592-01(34578)

Actor: VÍCTOR MANUEL GORDILLO SÁNCHEZ Y OTROS

Demandado: E.S.E HOSPITAL MANUEL ELKIN PATARROYO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 1 de junio de 2007 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se negaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 2 de noviembre de 2001, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, los señores Víctor Manuel Gordillo, en nombre propio y en representación de su hija Deisy Johana Gordillo Bohórquez; Rosa María Herrera Peña y Luis Antonio Bohórquez Arias, en nombre propio y en representación de sus hijos Edith Johana¹, Wilfredo, Rosmery, Dora Emilsen, Eilmer Andrés y Luis Miguel Bohórquez Herrera solicitan se declare responsable al Hospital demandado

¹ La Sala hace notar que aunque en la parte de la demanda en la que se enuncian los integrantes de la parte actora no se hace mención de Edith Johana Bohórquez Herrera, del resto del libelo se colige que ésta se encuentra dentro del grupo de los demandantes, toda vez que en las pretensiones se reclama que la antes nombrada sea indemnizada. Además, consta un poder otorgado por los señores Víctor Manuel Gordillo (compañero permanente), Rosa María Herrera (madre) y Luis Antonio Bohórquez (padre) al abogado Álvaro Sánchez Caro para que presente demanda en nombre su compañera e hija Edith Johana Bohórquez Herrera, quien para el momento tenía 17 años y presentaba una lesión cerebral permanente e irreversible.

como consecuencia de la falla en la atención brindada a la menor Edith Johana Bohórquez Herrera durante la operación de cesárea que le fue practicada en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo de Santa Rosa del Sur (Bolívar).

Los demandantes solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que el Hospital Manuel Elkin Patarroyo E.S.E y la Administradora de Régimen Subsidiado Copesalud² Ltda. Empresa Solidaria de Salud A.R.S, ambas con sede en Santa Rosa del Sur (Bolívar) son solidariamente responsables de las lesiones causadas a la señora Edith Johana Bohórquez Herrera cuando, el día 8 de octubre de 2000 al ser intervenida quirúrgica en operación de cesárea se le causó una lesión cerebral de carácter permanente e irreversible que ha reducido a la condición de vegetal por el resto de sus vidas.*

2. *Que como consecuencia de la anterior declaración condenar (sic) solidariamente a las entidades demandadas a pagar a cada uno de los demandantes cien salarios mínimos legales mensuales, vigentes al momento de dictarse la sentencia, incrementados en un 35% que corresponden a las prestaciones de ley, a título de daños morales o pretium doloris.*

3. *Condenar solidariamente a las entidades demandadas a pagar a la señora Edith JOHANA Bohórquez Herrera y/o a su compañero permanente Víctor Manuel Gordillo Sánchez y su hija Deisy Johana Gordillo Bohórquez, quinientos salarios mínimos legales mensuales, vigentes al momento de dictar sentencia, incrementados en un 35% que corresponden a las prestaciones de ley a título de daños fisiológicos o daño a la vida en relación.*

4. *Condenar solidariamente a las entidades demandadas a pagar a favor de su compañero permanente Víctor Manuel Gordillo Sánchez y de su hija Deisy Johana Gordillo Bohórquez la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$250.000.000) a título de daños materiales en la categoría de lucro cesante. La anterior suma deberá, en todo caso y en cualquier cuantía que se señale indexarse o actualizarse de acuerdo a (sic) los índices de precios al consumidor a al por mayor que certifique el DANE.*

5. *Disponer que la sentencia deberá cumplirse dentro del término de 30 días después de la ejecutoria de la sentencia, tal como dispone el C.C.A y habrá de devengar intereses moratorios a partir de su ejecutoria”.*

2. Fundamentos de hecho

Como fundamento de las pretensiones, la parte demandante adujo los siguientes hechos:

1. *La señora Edith Johana Bohórquez Herrera, nació el día 24 de marzo de 1984, siendo sus padres los señores Luis Antonio Bohórquez Arias y Rosa María Herrera Peña, que sobreviven y quienes también procrearon a Wilfredo, Rosmery,*

² Por medio de escrito presentado el día 28 de enero de 2002, la parte demandada desistió de demandar a Copesalud Ltda., Empresa Solidaria de Salud ARS.

Dora Emilsen, Eimer Andrés y Luis Miguel Bohórquez Herrera quienes, actualmente, son menores y sobreviven.

2. La señora Edith Johana Bohórquez Herrera constituyó con el señor Víctor Manuel Gordillo Sánchez una comunidad familiar por vínculos naturales procreando a la niña Deisy Johana Gordillo Bohórquez.

3. La señora Edith Johana Bohórquez Herrera fue intervenida quirúrgicamente, por cuenta y orden a la ARS COPESALUD, Empresa Solidaria de Salud, el día 8 de octubre de 2000 en el hospital de la población de Santa Rosa del Sur (Bolívar) Manuel Elikin Patarroyo E.S.E con el objeto de practicarles una cesárea con el desgraciado resultado que se le causó una grave lesión neurocerebral que, desde entonces, la mantiene en estado de coma, con vida artificial y que es, seguramente, de carácter irreversible, irreparable y permanente.

4. La gravísima lesión causada en el cuerpo y salud de la señora Edith Johana Bohórquez, ha causado en sus padres, hija, compañero permanente y hermanos un dolor y angustia incuestionable que los mantiene en permanente estado de ansiedad del cual no se repondrán nunca.

5. La señora Edith Johana Bohórquez Herrera se dedicaba a atender a su compañero permanente, a su menor hija, a sus ancianos padres y pequeños hermanos en las imprescindibles labores domésticas del hogar. Su condición actual de vegetal le impedirá de por vida realizar tales actividades por lo cual su compañero permanente deberá hacer erogaciones para ver de suplir estos quehaceres lo que constituye lucro cesante.

6. El estado vegetal de la señora Edith Johana Bohórquez Herrera la convierte en una inválida total por lo cual no puede firmar poder alguno.

2. Corrección de la demanda

El 22 de agosto de 2002, la parte demandante corrigió la demanda en el siguiente sentido:

Correcciones de la demanda:

1. Sobre las Declaraciones y condenas:

Modifico el numeral 2 en el sentido de solicitar cien salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes, excepto para doña Edith Johana Bohórquez Herrera, a título de daños morales

2. Sobre los hechos:

Aclaro que la señora Edith Johana Bohórquez Herrera falleció el día 1 de agosto de 2002 en la población de Santa Rosa del Sur (Bolívar) como consecuencia directa de las lesiones que sufrió cuando fue intervenida quirúrgicamente el día 8 de octubre de 2000. En consecuencia, siempre que la demanda haga referencia a graves lesiones ha de entenderse que se causó la muerte.

3. Contestación

El Hospital Manuel Elkin Patarroyo de Santa Rosa del Sur (Bolívar) se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

Por una parte, cuestionó el recuento fáctico de la demanda en lo relativo al un vínculo afectivo entre los demandantes y la menor Edith Johana Bohórquez y, consecuentemente, sobre la aflicción causada por la lesión cerebral padecida por la misma y sus consecuencias.

La entidad demandante resaltó el estado de desnutrición y práctico abandono en el que la menor compareció al hospital para dar a luz, así como el hecho de que fuera conducida al mismo por una amiga y un primo, de donde se echa de menos la compañía de los demandantes. También destaca que la menor permaneció hospitalizada durante “largo tiempo” sin que “ningún un familiar velara por aquella o la visitara”. Estas circunstancias contradicen la versión según la cual el señor Víctor Manuel Gordillo Sánchez tenía una relación de carácter marital (caracterizada por el apoyo y la asistencia mutua) con la menor. Además, evidencia un grado de descuido de la menor por parte de sus padres y hermanos que hace poco plausibles las alegaciones sobre su aflicción y ansiedad posteriores a la lesión de la menor.

Así mismo, sostuvo que aunque está acreditado que con posterioridad a la cesárea la paciente presentó complicaciones de orden neurológico (estado vegetativo) no existe prueba de la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y el posterior estado de la menor.

Más aún, la entidad señaló que las lesiones cerebrales de la menor obedecen más directamente al estado de debilidad fisiológica de la misma (desnutrición) y de descuido durante el embarazo que a fallas en la intervención quirúrgica, que se realizó de acuerdo con los estándares de la ciencia médica.

En relación con lo anterior, la parte demandada propuso las excepciones de *“inexistencia de la responsabilidad hospitalaria”* y *“diligencia y cuidado del hospital en el servicio prestado”*.

La primera porque, en concepto de la parte demandada, la lesión cerebral de la paciente se presentó con posterioridad a la cesárea, esto es, cuando ya había concluido la intervención de la entidad hospitalaria. En esta misma línea, la parte demandada señaló que durante la operación señalada no se presentaron complicaciones.

La segunda porque, según se enunció en líneas anteriores, el Hospital Manuel Elkin Patarroyo prestó a la paciente una atención ajustada a los estándares de la ciencia médica.

Por otra parte, al referirse a la corrección de la demanda, la parte demandante insistió en la falta de pruebas sobre la relación de causalidad entre la muerte de la menor y la atención prestada en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo.

Además, en dicha ocasión controvirtió las reclamaciones relativas al lucro cesante padecido por el compañero permanente y la hija de la fallecida, toda vez que no obra prueba de que éstos sufrieran detrimento patrimonial por causa de la lesión y posterior muerte de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera.

4. Alegatos de conclusión

4.1 Parte demandante

En sus alegatos de conclusión la parte demandada contravirtió la versión de la defensa, según la cual las lesiones de la paciente se produjeron con posterioridad a la intervención realizada en la entidad demandada y con independencia de la misma. Por el contrario, resaltó cómo la historia clínica demuestra que tras la realización de la cesárea la paciente padeció un paro cardiorrespiratorio, causante a su vez, del estado vegetativo y posterior muerte de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera.

Así mismo, la parte demandante insistió en que, contrariamente a lo expuesto por la parte pasiva en su escrito de contradicción, sobre la supuesta derivación de las lesiones cerebrales del precario estado de salud antecedente de la menor, los exámenes previos a la intervención quirúrgica, consignados en la historia clínica, no evidencian la supuesta precariedad de salud de la menor.

Por otra parte, la parte demandante señaló tres irregularidades en la atención prestada a la menor Edith Johana Bohórquez Herrera: (i) la realización de un procedimiento de una complejidad que no correspondía al nivel del hospital, (ii) el hecho de que quien fungía como ginecólogo careciera de la condición de médico especialista y (iii) la falta de atención postparto, aunada a la ausencia del anestesiólogo durante la intervención.

Sobre el primer punto, destacó que el Hospital Manuel Elkin Patarroyo es una institución de salud de primer nivel de complejidad, al que por expresa disposición legal, le corresponden las funciones de atención médica general externa, consulta odontológica básica, saneamiento ambiental, plan de atención básica (“suministro de biológicos” atención de urgencias de poca gravedad, atención materno-infantil, controles venéreos y prevención de enfermedades de transmisión sexual). En tal sentido, es una irregularidad que la cesárea se hubiese realizado en el referido hospital, máxime cuando existía un hospital de segundo nivel de atención a 14 km de distancia. Resaltó que para el momento de los hechos el hospital demandado carecía de unidad de cuidados intensivos que le permitiera sortear con éxito complicaciones, como el paro respiratorio que afectó a la menor.

Además, resaltó la parte demandante que en el caso *sublite* no se presentó una emergencia de tal índole que impidiera la remisión de la paciente a un centro de mayor complejidad.

Sobre el segundo aspecto, la parte demandante puso de presente que el médico Mario Cortés Enciso no reúne las condiciones legales para ser considerado especialista. En efecto, a pesar de que el mencionado facultativo pertenece a la Sociedad de Ginecología y Obstetricia Seccional Santander, tal adscripción se obtuvo por “mérito, trayectoria y trabajo”, pero sin cumplir con los requisitos académicos para ser considerado médico especialista.

Por otra parte, cuestionó la versión de los hechos rendida por el dr. Cortés Enciso ante el Tribunal Administrativo de Bucaramanga dada la inconsistencia de su declaración con los registros de la historia clínica, así:

“(…) no perdamos de vista el testimonio rendido por el Dr. Cortés Enciso, el día 9 de agosto de dos mil cinco (2005) ante la magistrada del Tribunal de Bucaramanga encargada de resolver el despacho comisorio: a la pregunta de “diga el declarante si conoció a la menor Edith Johana Bohórquez Herrera y por qué la conoció. Contestó: Tuve conocimiento de esta paciente porque fue llevada

de urgencias al Hospital Manuel Elkin Patarroyo del Sur (sic), por un trabajo de parto complicado y prolongado, con grave sufrimiento fetal, deshidratada y aparentemente angustiada. Esta paciente era procedente del área rural y fue atendida por una comadrona inepta durante 24 horas, durante las cuales recibió toda clase de maniobras obstétricas inadecuadas, sin asepsis, ni antisepsia, haciéndole frecuentes presiones tipo Kristeler en el fondo uterino, esta paciente no había asistido a controles prenatales ni una sola vez y cuando la examiné ante la evidencia de grave distocia obstétrica (distocia el concepto correcto para referirnos a partos complicados); que presentaba, fue llevada de urgencia inmediata a cirugía para practicarle una operación cesárea y salvarle la vida al feto y por ende de la madre”

No se puede hablar de parto distócico cuando momento antes de la cesárea el “ginecólogo” intentó extraer el feto del canal vaginal con espátulas de Velasco. También es falso que la paciente hubiese estado durante 24 horas bajo cuidados de una partera. Durante la anapnesi (sic) de ingreso al hospital como manifestó haber consultado a la comadrona antes de ir al hospital. (...). El relato presentado por el testigo es tan falso como su formación en la especialidad que manifiesta tener. En el análisis realizado a la historia clínica de ingreso a la institución hospitalaria no se evidencian signos de situación complicada como lo manifiesta el Dr. Cortés, no hay signos de sufrimiento fetal por ningún lado, su pelvis era adecuada según el Dr. García, que la valoró varias veces en intervalos de horas y la enfermera Acosta, quien firma el primer reporte de enfermería al ingreso de la paciente, demuestran otra cosa diferente a lo dicho por el galeno.

En todo caso, continúa la defensa, en el caso de que la situación de la paciente fuera tal como la describió el médico deponente, no habría justificación para no remitir a una paciente en tales condiciones a un hospital cercano con la capacidad para atender la urgencia.

Adicionalmente, la parte demandante cuestionó las observaciones hechas (al parecer) por el médico Mario Cortés Enciso sobre la relación de causalidad entre los procedimientos inadecuados realizados por la comadrona y una embolia que habría generado el paro cardiorrespiratorio. En opinión de la parte actora, estas no tienen fundamento.

En lo que tiene que ver con la omisión de cuidado del paciente posquirúrgico, la parte actora destaca la ausencia del médico anestesiólogo y del ginecólogo en el momento de la producción del paro cardiorrespiratorio (una vez concluida la cesárea pero todavía en el quirófano), así:

Nos enseña la historia clínica en su fase pos operatoria, redactada por la auxiliar de nombre Nelly en el momento en que la paciente Edith Johana Bohórquez Herrera, presentó el paro respiratorio a las 22.20 h. El Dr. Plata Valdivieso no se encontraba dentro del Quirófano al lado de la paciente como era su obligación profesional. Tampoco se hallaba quien practicó la operación cesárea, pues, por ningún lado de la historia clínica, más precisamente en las aludida “notas de enfermería”, la presencia del Dr. Cortés Enciso. Pues, como pudimos analizar, las maniobras de resucitación las realizó el Dr. Ardila quien fue el ayudante de la operación cesárea, en cuyo texto se puede leer: << se manda a solicitar al anestesiólogo. El cual ordena administrar una ampolla de furosemida y una dexametazona>>. (...) Lo corrobora el Dr. Cortés Enciso, durante su exposición testimonial: <<la paciente hizo paro respiratorio y fue llamado de urgencias el anestesiólogo, Dr. Plata para sacarla de dicho shock...

Considera el apoderado de los demandantes, que la paciente pudo haber sorteado con éxito su dramático estado respiratorio si el anestesiólogo hubiese estado a su lado en el post operatorio inmediato, como era su deber, pues, esa es una de las variantes que suelen enfrentar personal altamente calificado en la función de suministrar agentes anestésicos, pero en este proceder omisivo de abandonar el quirófano incidió de modo eficiente en la producción del resultado letal, que provocó el daño neurológico anóxico, el coma y posteriormente fallecimiento; el mismo que pudo haberse evitado si la paciente permanece bajo estricta vigilancia, como se dijo, en el posoperatorio inmediato, infringiendo con su actitud el deber de cuidado que le era inherente, exigencia de su actividad, en la cual se manipula la vida humana.

4.2. Parte demandada

En sus alegatos de conclusión, la parte demandada insistió en la falta de pruebas que sustenten la relación causal entre la actuación del Hospital Manuel Elkin Patarroyo y la posterior muerte de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera, dos años después de la cesárea practicada en el establecimiento de salud demandante.

Además de lo anterior, propuso las excepciones de fondo de (i) inexistencia de responsabilidad hospitalaria, (ii) diligencia y cuidado del hospital en el servicio prestado, (iii) falta de causa y legitimación para pedir por el hecho de la muerte, (iv) ausencia de responsabilidad del hospital y v) culpa grave de los padres por muerte de la menor.

En lo que tiene que ver con la primera de las excepciones, la entidad demandada destacó que en el caso *sublite* no se dan los supuestos configuradores de la responsabilidad médica. En efecto, en concepto de la parte pasiva en la historia clínica no obra prueba de que a la paciente se le haya denegado injustificadamente el servicio médico o que se le prestara de manera tardía o defectuosa. Destacó, además, que las complicaciones posteriores sufridas por la menor, fueron “posteriores al parto y ajenas a la intervención quirúrgica”.

Destacó que la idoneidad del procedimiento seguido en el caso de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera la acreditan los testimonios de los médicos Mario Cortés Enciso (ginecólogo) y Reynaldo Plata Valdivieso (anestesiólogo) y la enfermera Dora Felisa Tuesta González.

En lo que respecta a la segunda excepción, esto es, la diligencia y cuidado del Hospital, la parte demandada destacó nuevamente que según la historia clínica el acto quirúrgico de la cesárea se realizó sin complicaciones y que no fue una decisión apresurada sino que obedeció a complicaciones presentadas durante el trabajo de parto natural, frente a las cuales se hizo necesaria y justificada la opción quirúrgica. Resaltó, así mismo, que el paro cardiorrespiratorio se presentó después de la operación y obedeció a causas distintas a la misma, como la debilidad de la paciente.

Adicionalmente, sustentó la excepción de falta de causa y de legitimación para pedir por el hecho de la muerte, que los demandantes no sufrieron perjuicios de orden moral o material (lucro cesante) por la lesión y posterior fallecimiento de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera.

Negó el lucro cesante derivado de la muerte de la menor por cuanto, según lo reconoció su compañero permanente, para el momento de los hechos Edith

Johana no realizaba actividad económica ni recibía ingresos y desestimó los perjuicios morales, dado el comprobado estado de abandono de la menor, quien no llegó al hospital acompañada de los demandantes, estos no hicieron presencia en razón de la intervención y estuvieron ausentes durante el proceso posterior. De donde no cabe sino concluir la ausencia del vínculo afectivo.

Además, señaló que el apoderado de la parte actora no estaba facultado para pedir indemnización por la muerte de la menor, dado que el poder únicamente autoriza la demanda por las lesiones padecidas por la menor Edith Johana Bohórquez Herrera.

En lo relativo a la excepción de “falta de responsabilidad del hospital”, la parte demandada reiteró lo expuesto en razón de las excepciones de “inexistencia de responsabilidad hospitalaria” y “diligencia y cuidado del hospital en el servicio prestado”.

Adicionalmente, contravirtió los argumentos de la parte demandante sobre la práctica de una intervención compleja en un hospital de primer nivel. Señaló, al respecto que una vez advertido que la paciente ameritaba ser atendida en un centro de mayor complejidad se ordenó su remisión y que la razón de su regreso al Hospital Manuel Elkin Patarroyo y su permanencia en el mismo, durante aproximadamente dos años, fue el abandono en que se encontraba porque nadie se ocupó de su bienestar.

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público profirió concepto favorable a las pretensiones. Consideró, en efecto, que en el acervo probatorio hay prueba suficiente de que la menor ingresó al Hospital en buenas condiciones generales de salud y que durante el postoperatorio presentó un paro cardiorrespiratorio concomitante a la administración de anestésicos. Este paro condujo, a su vez, a un episodio de encefalopatía hipóxica isquémica, que dejó a la paciente al estado vegetativo y la condujo a la muerte.

Para este efecto, la Procuraduría realizó un minucioso cotejo de la historia clínica con la literatura médica, que por su pertinencia se reproduce parcialmente:

De las anotaciones que anteceden se evidencia que, la paciente resultó lesionada en el curso de la intervención quirúrgica, no por efectos de la cirugía sino de la anestesia, de hecho el tratamiento postquirúrgico relativo a afección cerebral fue tratado por el anestesiólogo que la suministró, y a los fines de dilucidar cuál fue la causa de la lesión y de la posterior muerte, acudimos al dictamen médico legista, derivado de la necropsia practicada al cadáver.

A folio 45 y ss del expediente aparece el protocolo de necropsia y se patentiza en este lo siguiente:

<<Causa de muerte:

- 1. Paro cardiorrespiratorio segundo (sic) a:*
- 2. Degeneración cerebral crónica secundaria a:*
- 3. Encefalopatía hipóxica isquémica>>.*

Sobre la encefalopatía anóxica e isquémica, tomado de la obra del tratadista César Augusto Giraldo G. Medicina Forense, séptima edición, cuarta reimpresión páginas 76 y 77:

<<El sistema nervioso central recibe el 20% del volumen minuto circulatorio, y cuando es privado de oxígeno presenta un fenómeno de hipoxia; esta privación no interrumpe el flujo sanguíneo, puesto que le llega sangre pero con poco oxígeno o sin él. La isquemia es por el contrario la reducción del flujo sanguíneo; la causa y la fisiopatología de ambos eventos es diferente.

El fenómeno de hipoxia se presenta inicialmente como euforia, luego con confusión, convulsiones, y si persiste hay inconsistencia y puede presentarse la muerte. Desde el punto de vista morfológico es constante la cianosis mucocutánea y del encéfalo. La hipoxia puede ser producida por la privación de oxígeno, pero sustancias tóxicas que interfieren con la oxigenación, tales como el monóxido de carbono y el cianuro, al formar compuestos, como la carboxihemoglobina o la cianohemoglobina, según el caso, interfieren también con la captación del oxígeno por la célula con los resultados de la hipoxia. Otras sustancias que obran como depresores del sistema nervioso central, tales como barbitúricos, metaculonas, opiáceos y en general hipnóticos utilizados en sobredosis, por deprimir el centro respiratorio, llevan también hipoxia.

La isquemia es la reducción del flujo sanguíneo, y es peor tolerada que la hipoxia; si la supresión del flujo es completa, como se presenta en el paro cardíaco principalmente, o muy severa por hipotensión prolongada, los cambios neuronales aparecen rápidamente. Isquemia severa de más de tres minutos de evolución deja daños irreversibles; si se prolonga algunos minutos más lleva a la muerte. Cuando un paciente sobrevive a una isquemia total de tres o cuatro minutos, quedan daños neuronales, que afectan con mayor frecuencia las neuronas del área de Sommer de la corteza del lóbulo temporal y las de Purkinje en el cerebelo; a veces alcanza a producirse también necrosis laminar cortical, que no es más que un infarto localizado en la corteza. Si la isquemia fue prolongada y la asistencia cardio-respiratoria inadecuada en ese lapso, el paciente puede llegar a sobrevivir vegetativamente, puesto que pierde las neuronas de la corteza; en estos casos sobreviene una atrofia cerebral que se manifiesta clínicamente por rigidez de descerebración, con conservación de la respiración espontánea>>.

Puede advertirse de las anteriores observaciones que, la encefalopatía hipóxica isquémica se genera por la disminución del flujo de oxígeno que debe recibir el cerebro. Los síntomas iniciales son la euforia (se manifestó en la occisa), luego con confusión (se presentó en la paciente), convulsiones (se presentó en la paciente), inconciencia (se presentó en la paciente, quien inclusive más allá de ello quedó en estado vegetativo) y finalmente puede acaecer la muerte (sucedió en este caso).

La hipoxia puede ser producida por la privación de oxígeno, pero sustancias tóxicas que interfieren con la oxigenación, tales como monóxido de carbono y el cianuro, al formar compuestos, como la carboxihemoglobina o la cianohemoglobina, según el caso, interfieren también con la captación del oxígeno por la célula con los resultados de la hipoxia. Tal y como lo advierte el citado tratadista, la falta de oxígeno al cerebro se causa por sustancias, tales como el monóxido de carbono.

Si la isquemia fue prolongada y la asistencia cardio-respiratoria inadecuada en ese lapso, el paciente puede llegar a sobrevivir vegetativamente, puesto que pierde las neuronas de la corteza cerebral. En el sub judice la paciente quedó en estado vegetativo inicialmente y por daño cerebral permanente.

Otras sustancias que pueden determinar una hipóxica isquémica (sic) lo constituyen los barbitúricos, metaculonas, opiáceos y en general hipnóticos utilizados en sobredosis, por deprimir el centro respiratorio, llevan también hipoxia.

A la finada se le administraron hipnóticos y opiáceos a fin de sedarla para intervinirla quirúrgicamente, aspecto que no se controvierte, inclusive se le administraron estas sustancias mediante anestesia general.

(...)

Si bien la cirugía propiamente dicha fue exitosa, no podemos predicar lo mismo sobre el suministro de la anestesia, y hemos visto en otro aparte, que el suministro de esta por fuera de los parámetros indicados puede traer secuelas sino que determinaron su muerte, tal y como se desprende de la diligencia de necropsia.

Determinada la causa de la lesión mortal, establecido que la anestesia le fue suministrada por médico al servicio del ente accionado, deviene la estructuración de la responsabilidad estatal a cargo del ente acusado y por consiguiente la obligación de indemnizar.

5. Sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones. Fundó su análisis en la consideración de que, a pesar de haber sido ampliamente aceptado, el régimen de la culpa presunta ha sido mayoritariamente abandonado por la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente. En este orden de ideas, resaltó que es de común aceptación que, salvo casos de extrema dificultad probatoria, corresponde a la parte demandante acreditar el daño antijurídico y la falla en el servicio médico que se alega como su causa.

En lo que respecta al caso concreto, destacó que no obra en el plenario prueba de que las complicaciones sufridas por la menor Edith Johana Bohórquez Arias y su posterior muerte se derivan de la atención prestada en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo y no de condiciones y circunstancias previas, como la desnutrición o la prolongada duración del trabajo de parto con una comadrona local. En palabras del a quo:

No logró acreditarse la falla del hospital en la atención que le brindó a la paciente, y más bien se observa que los múltiples factores de riesgo que concurrían en la joven (su corta edad, el hecho de ser su primer parto, la falta de controles prenatales, su nutrición inadecuada y las maniobras que le realizó la partera durante 24 horas a su llegada al Hospital) fueron las determinantes de su complicación postoperatoria.

No puede perderse de vista que los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos.

El mero contacto físico o material entre el actuar profesional y el resultado, no siempre ha de ser decisivo para tener por configurada la relación causal, pues en la actividad médica el daño no es, en todos los casos, revelador de culpa o causalidad jurídica. En rigor, a partir de la evidencia de que el enfermo acude al médico por lo común con su salud desmejorada, a veces resulta difícil afirmar que

existe un daño y, en otras oportunidades como la presente, los tropiezos se localizan en establecer si ciertamente el daño (existente) obedece al actuar médico o se deriva de la evolución natural propia del enfermo.

Esta última afirmación nos conduce a reiterar que en un tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencias, suscitan dudas acerca de su obrar médico fue en verdad el que ocasionó perjuicios. Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que un perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del propio estado de salud del enfermo – amén de los supuestos del hecho (o culpa) de este último.

Con base en el material probatorio recogido en el proceso, se puede establecer que el Hospital Manuel Elkin Patarroyo actuó dentro del marco de los procedimientos que según los avances de la ciencia médica y su infraestructura y que los factores que desencadenaron las complicaciones post-operatorias de la paciente no le son imputables.

En otras palabras, a juicio de *a quo* puede concluirse que no está probado, en cuanto nada indica que el procedimiento quirúrgico al que fue sometida la paciente le causó las complicaciones.

7. Recurso de apelación

La parte actora impugna la decisión fundada en que la menor afrontó una situación postquirúrgica ajena a su previa condición. Resalta que en la historia clínica se anota que la joven Edith Johana Bohórquez ingresó a la clínica en buen estado. Además, destaca que las anotaciones sobre el la presencia de la partera deben interpretarse como indicativas de que el trabajo de parto había empezó con 24 horas de anterioridad y no como prueba de que haya sido atendida por ese periodo por una comadrona local. Se opone también la parte demandada a la equiparación del embarazo a una condición patológica.

8. Alegatos en segunda instancia del E.S.E Manuel Elkin Patarroyo

El E.S.E Manuel Elkin Patarroyo se opuso al auto de admisión de la apelación. Sostuvo que, en virtud de lo dispuesto en la ley 446 de 1998 el proceso de referencia es de única instancia por las siguientes razones:

1. El inciso final del art. 164 de la mencionada norma ordena <<los proceso en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren de única no serán susceptibles de apelación, a menos que ya el recurso se hubiere interpuesto>>

2. Aunque en principio la Ley 446 de 1998 condicionó la entrada en vigor de las reglas de competencia a la entrada en operación de los juzgados administrativos, la Ley 954 de 2005 readecuó las competencias señaladas en Ley 446 de 1998, dándole potestad a los tribunales administrativos para conocer en única instancia los procesos que correspondían en primera instancia a los juzgados.

Ahora bien, según lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, son de única instancia aquellos procesos cuya cuantía no exceda los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación en la que se encuadra el caso concreto, puesto que

los perjuicios morales solicitados (1000 gramos oro) escasamente equivalen a 100 salarios mínimos legales mensuales. Por otra parte, si bien la parte demandante calcula el lucro cesante sobre la base de que a la difunta le quedaban 648 meses de vida en el momento de su muerte y en consecuencia había podido recibir 648 salarios mínimos en su vida laboral, tal cifra habría que dividirla entre la menor Deisy Johana Gordillo Sánchez y el señor Víctor Manuel Gordillo, de modo que a la menor le corresponderían 300 salarios y al señor Gordillo, 348.

9. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público solicita que se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que, en su concepto, se sustenta más en las apreciaciones subjetivas del juzgador que en el material probatorio. Pone de presente que si el deceso se hubiese originado en la desnutrición de la paciente o por los procedimientos realizados por la partera, tal circunstancia se habría evidenciado fácilmente en la necropsia (v.gr. presencia de trauma), cosa que no ocurrió en el *sub lite*. Más aún, estima que en el *sub lite* las complicaciones sufridas por la menor sobrevinieron como consecuencia de la acción anestésica, tema que ni siquiera fue examinado por el juzgador de primera instancia. Se remite a las consideraciones vertidas en el concepto presentado en primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Jurisdicción y competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2004 por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por cuanto, la pretensión mayor, referida en la demanda, excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación en aplicación del Decreto 597 de 1988, vigente en la época su presentación³.

Aunado a lo anterior, es de notar que, en el caso concreto, la mayor de las pretensiones asciende a quinientos (500) salarios mínimos incrementados en un 35%, por lo que también a la luz de la normatividad invocada por el actor procede su conocimiento por parte de esta Corporación. Así mismo, se destaca que mediante auto de 19 de octubre de 2007, esta Corporación se pronunció sobre la procedencia de la apelación en el caso concreto, las pretensiones superan la cuantía legalmente exigida.

2. Legitimación en la causa

Los demandantes acreditaron su condición de hija, padres y hermanos de la menor fallecida, según se verá más adelante, circunstancia por la que se tiene por cierta su legitimación en la causa por activa.

Por otra parte, la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo atendió el parto de la menor con operación cesárea, la cual es señalada como causa eficiente de las complicaciones pulmonares y neurológicas de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera, así como su posterior muerte. En virtud de lo anterior, se tiene por acreditada su legitimación en la causa por pasiva.

³ Para el momento de presentación de la demanda (2001) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de \$26.390.000 y en el *sublite* la pretensión mayor, correspondiente a la indemnización por daño fisiológico asciende a quinientos (500) smlmv.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala establecer si las complicaciones de orden respiratorio y neurológico sufridas por la menor Edith Johana Bohórquez Herrera y su posterior muerte constituyen un daño antijurídico imputable a la entidad demandada o si, por el contrario, se trata de riesgos inherentes a la intervención quirúrgica de cesárea, consecuencias de una inadecuada atención previa o manifestaciones inevitables e irresistibles de su debilidad biológica.

Por otra parte, se han de examinar las consecuencias del alegado abandono de la menor por los demandantes; en razón de que al parecer de la demandada denotan ausencia de afecto y no dan derecho a la indemnización.

4. Análisis del caso

4.1 Hechos y circunstancias acreditados

4.1.1 Se sabe que la menor Edith Johana Bohórquez Herrera era hija de Luis Antonio Bohórquez Arias y Rosa María Herrera Peña, hermana de Wilfredo, Rosmery, Dora Emilsen, Einer Andrés y Luis Miguel Bohórquez Herrera y madre de Deisy Johana Gordillo Bohórquez (cfr. registros civiles a folios 9-13 y 17 a 18, c1).

También se tiene por cierto que cuando ocurrieron los hechos, la menor convivía en unión marital con el señor Víctor Manuel Gordillo. De ello se tiene noticia por la declaración extrajuicio rendida por los señores Eliseo González Gamboa y Ricardo Fernández Martínez, en la Notaría Única de Simití, Bolívar. (f. 15, c. 2). Así mismo, la señora Blanca Ofelia Galvis, quien conocía a la menor, como habitual de su negocio y quien la visitó periódicamente en el Hospital, como parte de su apostolado en la Legión de María, identificó al señor Gordillo como el “esposo” de la menor y el padre de la niña que esperaba (f. 34, c. 4). La condición también se puede comprobar por la factura de venta No 154901 de fecha 1/0/2002, expedida por el Hospital Manuel Elkin Patarroyo a nombre de “Víctor Gordillo y/o Luis Bohor” (sic) (f. 39, c.4). Así mismo, se destaca que en la historia clínica expedida por el Hospital Manuel Elkin Patarroyo, se menciona que la menor vivía en unión libre, aunque sin especificar el nombre de la pareja (f. 103, c.2). Finalmente, el hecho de la común paternidad de la menor Deisy Gordillo Bohórquez confirma la relación de la pareja en espera del hijo de ambos.

4.1. 2. Se sabe que la menor ingresó al Hospital Manuel Elkin Patarroyo el día 8 de septiembre de 2000 a la 1:10 am, en trabajo de parto y refirió haber sido atendida previamente por una partera de su vereda, sin éxito. También se sabe que ante las dificultades y el poco progreso que presentaban los intentos de parto vaginal y teniendo en cuenta el estado de cansancio extremo de la paciente, se decidió intervenir. La operación de cesárea fue realizada bajo anestesia general, al término de la cual la paciente presentó paro cardiorrespiratorio. Debido a lo anterior fue llevada a la UCI y remitida al Hospital Ramón González Valencia el día 1 de junio siguiente, de donde fue nuevamente remitida al Hospital Manuel Elkin Patarroyo el día 20 de octubre de 2000, donde murió el 2 de agosto de 2002.

Lo anterior se sabe por la Historia Clínica Elaborada por el Hospital Manuel Elkin Patarroyo, en la que se lee en las notas de enfermería:

8-09-2000: Llega paciente al servicio de urgencias en carro movilizada por sus propios medios, paciente de 16 años, embarazada, con G1 A0 PO Fum: Dic 2.99, pte consciente, orientada, comunicativa, hidratada, en buen estado general, refiere no haberse hecho controles prenatales pero sí de 2 para 3 consultas médicas, paciente con abdomen globoso por útero grávido, álgido por contracciones uterinas, habiendo iniciado parto hace más o menos 24 horas, por lo que refiere que estaba donde una partera en la localidad. Se observan estrías en abdomen, genitales externos leve edema, limpios, sin salida de tapón mucoso. TA: 130/90 mmhg, temp. 36 x 100. Valorada por el Dr. García quien refiere encontrar 3 cm de dilación, Fcf, 140x, membranas íntegras, bto 100%. Feto vivo, posición cefálica, valoración además con el ecógrafo. Dr ordena dejarla hospitalizada, se le ordena caminar por el pasillo. Paciente fue traída por una amiga y un primo.

(...)

19 horas: Recibo paciente en sala en trabajo de parto, álgida por contracciones uterinas, 8 cm de dilatación, borramiento del 100%, con LEV permeable. LR 400 cc. Paciente que lleva aproximadamente una hora en expulsivo. Decide hacer cesárea (por pelvis estrecha) (f. 114 y envés c. 2)...

Por expulsivo prolongado. 19:45 se traslada pte en silla de ruedas a sala de cirugía, se coloca en camilla de quirófano en posición ginecológica y se intenta extraer al feto con espátulas sin éxito. Por parte del ginecólogo, bajo anestesia general por el Dr. Plata. 20:00h se inicia acto quirúrgico a cargo del siguiente equipo: Cirujano. M Cortés, Ayudante. Dr. Ardila. Instrumentadora Leida Olaya. Previa indicación anestésica, con tubo endotraqueal No. 75 y asepsia y antisepsia del área a intervenir con isodine espuma y solución. 20:10 horas. Se recibe producto único vivo, muy deprimido con un apgar de 3 al minuto y 7 a los 10 minutos, respondiendo muy bien a la reanimación por parte del anestesiólogo, Dr. Plata, cuyas medidas son. Peso: 320 gramos. T:56 cm, pc:36 cm, PA: 34 cm.

(...)

21:30. Se termina procedimiento Qx. SV: PA 115/80; p:76, SPO:99%, se sutura herida transversa con puntos intradérmicos con monilon 3-0, se coloca gasa y espaldrapo limpio y seco, luego se procede a suturar episiotomía con cromade, procedimiento sin complicaciones, la paciente continúa bajo los efectos de la anestesia general, con tubo endotraqueal conectado a máquina de anestesia. 22:30 h. Paciente presenta paro cardiorrespiratorio. Dr. Ardila inicia ventilación con ambú, con oxígeno al 100% más maniobra de resucitación, con una duración de 5 minutos, se administra por orden del Dr. Ardila 2 ampollas de atropina y una de adrenalina. Se manda a solicitar anestesiólogo el cual ordena administrar una ampolla de furosemida y una de metazona SU, PA 105/47, PCC. 76.f. 111 y envés, 2.)

Y en la hoja de evolución se lee:

08-09-00-22:20: Se encuentra paciente en recuperación anestésica, con tubo orotraqueal conectado a máquina, presenta episodio súbito de cianosis generalizada y mal control respiratorio, se inicia ventilación por ambú, con O2 al 100%, Presenta posteriormente paro cardiorrespiratorio, se inicia reanimación con ventilación O2 al 100%, masaje cardíaco; ritmo de asistolia, se inicia adrenalina 1 mg, se repite dosis a los 5 minutos, adecuada respuesta con recuperación de signos vitales, tiempo de paro 5 minutos, SV, TA105/47, Feni, pupilas midriáticas no reactivas, se considera pupilas secundarias a dosis de atropina (2 mg), a los

diez minutos SV TA 116/75, FC 145 respiración espontánea, FR 18, pupilas reactivas a luz, con diámetro 2 mm, no respuesta a dolor, (...) Se deja a paciente en sala de cirugía para control, se llama a anestesiólogo durante reanimación. P. Monitoreo en sala cx.

09:09.00: 10: La paciente presenta episodio de movimiento convulsivos en cara y apertura ocular, los cuales no ceden. Inicia Diazepam (ilegible) IV. Control parcial de crisis (firma. Dr. Ardila).

00:20: Presenta nuevos episodios convulsivos en cara, se (ilegible) diazepam 5 mg, IV, se inicia Fenobarbital 600 mg. (Remisión 3er nivel en la mañana). (...)

3:15: La paciente presenta episodio convulsivo generalizado, se administra diazepam (...), con control parcial, recurrencia de crisis posteriormente, con control parcial:

4:15: TA: 143/100, FC: 127, sO2 89%, Persisten episodios convulsivos, se llama a anestesiólogo (firma, Dr. Ardila).

4:45: Dr. Plata administra Pentotal 200 mg IV, con control de crisis, por no existencia de Fenitaina recomienda continuar administración de pentotal en bolsa.

- 1) Furosemida 20 mg, IV, c/6h,
2. Dextomesona, 6 mg, IV c 6/h
3. (ilegible)
4. Pendiente remisión a UCI (firma. Dr. Ardila)

09: 09:00 Recibo paciente POP de cesárea por expulsivo prolongado. Paciente en estado convulsivo manejado con balas de pentotal, con los cuales cede a la crisis convulsiva. Manenjable.

TA: 135/21, fc: 160X, FR: 28x, S02, 91 %, T.37,2.

Inconsciente, apertura ocular espontánea, pupilas 2 mm reactivas a la luz, con tubo endotraqueal, conectado al (ilegible), O2 al 100%. No hay respuesta al dolor..

Paciente remitir a 3er nivel.

Paciente en iguales condiciones, se lleva en ambulancia al aeropuerto, con remisión al Hospital Ramón González Valencia, con infusión de pentotal. (f.108 y envés, cuaderno 2).

Sobre lo ocurrido en el posoperatorio y el historial de remisiones y contrarremisiones, en el formato de remisión a hospital de tercer nivel, suscrito por el dr. Gustavo Caballero, del Hospital Manuel Elkin Patarroyo. Se señala:

(...) La paciente tolera el tratamiento sin complicaciones, posteriormente en la sala de recuperación anestésica presenta paro respiratorio, se realizó recuperación anestésica, obteniéndose signos vitales estables a cinco minutos, con pupilas midriáticas y sin respuesta a dolor. Se realiza convulsión toniclonica generalizada.

Con un Glasgow de 3/10 se remite el 9 de septiembre a las 9:15 al Hospital Ramón González Valencia.

El día 20 de octubre de 2000 es contrarremitada del Hospital Ramón González Valencia con el diagnóstico, secuelas de encefalopatía hipóxica, trae sonda de traqueostomía y sonda de gastromía, la paciente permanece con un Glasgow de 5/10, en estado de inconsciencia, con signos vitales estables. Durante

hospitalización permaneció neurológicamente sin cambios, con una disminución importante de masa muscular y secuelas por atrofia en sus extremidades, presentando infección de vías urinarias a repetición. En últimos 30 días de evolución responde levemente a estímulos sonoros, la movilidad de sus extremidades ha mejorado en un 10%.

Ya que nos encontramos en un primer nivel de atención no contamos con nutricionista, fisiatra ni ninguna especialidad neurológica y dado que la paciente necesita el concurso de un equipo multidisciplinario para su manejo se hace necesario remitirla a un tercer nivel para evitar mayor deterioro de su estado general (f. 118 y envés, c. 2).

Obra también en el expediente, necropsia fechada el 2 de agosto de 2002 a las 10:30 am, en la que se establece lo siguiente como causa de muerte:

- 1. Paro cardiorrespiratorio segundo a:*
- 2. Degeneración cerebral crónica segunda a:*
- 3. Encefalopatía hipóxica Isquémica. (f. 121, c. 2).*

4.1.3. Consta que el Hospital Manuel Elkin Patarroyo de Santa Rosa del Sur solicitó la remisión de la menor a una institución de mayor nivel, sin resultado y que puso en conocimiento de la personería municipal de Santa Rosa la necesidad de conseguir la remisión (f.27, 34, c de pruebas No 3).

4.1.4. Se sabe que durante su prolongada hospitalización, la menor Edith Johana Bohórquez recibió escasas visitas y que en algunas ocasiones sus parientes atendieron las exigencias económicas del hospital. Situación que llevó a los directivos del Hospital a solicitar la intervención de la Personería Municipal y del Instituto de Bienestar Familiar.

De lo anterior se tiene conocimiento por las cartas enviadas por el Director del Hospital a la Personera Municipal el 3 de abril de 2001 (f. 64, c. 2), la Coordinadora Zonal del ICFB el 5 de diciembre de 2001, (f.66, c.2) y la Directora del Centro Zonal 1100 (f. 67, c.2); así como las comunicaciones remitidas por la Personera Municipal a la directora del I.C.B.F, el 3 de enero de 2002 y la respuesta del I.C.B.F a la mencionada entidad, fechada el 29 de febrero del mismo año (f. 71, c.2). En todas ellas se menciona el estado de “abandono” de la menor.

Por otra parte, del testimonio rendido en el proceso por la señora Blanca Ofelia Galvis Rivera, quien visitaba a los enfermos del hospital y en consecuencia a la menor, se colige que esta última no recibía visitas regulares de su familia, refirió haber coincidido en una oportunidad con el señor Gordillo. También se infiere que las exigencias económicas del hospital fueron atendidas por instituciones caritativas.

En su testimonio se lee:

Preguntado: Diga si conoce de vista, trato o comunicación al señor Víctor Manuel Gordillo Sánchez y si conoció en vida a la señora Edith Johana Bohórquez, en caso afirmativo, cómo y cuándo lo conoció.

Respondió: A Víctor Manuel Gordillo lo conocí en el Hospital de esta localidad en una visita que yo le estaba haciendo al hospital y yo llegué y saludé y me dijeron, quién es usted y les dije soy de la Legión de María y le vine a hacer visita a Johana o Edith Johana, no recuerdo la fecha de eso....

Preguntado: Diga la testigo si lo sabe, ¿quién se encargó de la atención y cuidados a Edith Johana Bohórquez mientras estuvo internada en el Hospital "Manuel Elkin Patarroyo" desde el 8 de septiembre del 2000 hasta el primero de Agosto de 2002?

Contestó: Siempre supe que era el Hospital, desde el primer momento que llegué a visitarla a ella, supe que el Hospital se encargaba de los cuidados de ella. Me causó curiosidad que siempre que yo iba, llegaba y no encontraba familia y pregunté quién se encargaba de los cuidados de ella, de aseo, alimento que le daban, y me dijeron que la alimentación era solamente ensure, pregunté ese día quién costeara eso y me dijeron que los del hospital y a partir de ese día tomé la decisión y pedía la colaboración de mis amigas y ellas me colaboraban muchísimo para comprar ensure, y la cantidad de tiempo que me dediqué no en todo pues le colaborábamos en poco con las amigas, lo que era ensure, pañales, vaselina, crema para las espaldas (...). (f. 35, c. 2).

Igualmente, algunos de los miembros de la familia aceptaron haber visitado esporádicamente a la menor, si bien nunca aceptaron el abandono. Así el señor Víctor Manuel Gordillo interrogado declaró:

Preguntado: Sírvase decir el interrogado si es cierto que mientras Edith Johana Bohórquez estuvo internada en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo no fue asistida de manera permanente por usted o algún otro familiar. En caso negativo, diga concretamente en qué consistían sus ayudas y asistencias?

Contestó: Yo estaba pendiente, me decían llevarle leche, droga, yo estaba pendiente.

Preguntó: Sírvase decir el interrogado si es cierto que mientras la menor Edith Johana Bohórquez estuvo internada en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo durante un término de un año y once meses, fue abandonada a su suerte por usted y que no le prestó la ayuda económica ni afectiva en el momento necesitado?

Contestó: Hasta donde se pudo, de ahí el Hospital.

Preguntado: Diga el interrogado si es cierto que Edith Johana Bohórquez vivió de la caridad pública y del Hospital mientras estuvo internada en el mismo, desde el año 2000 hasta el año 2002 debido al abandono suyo y de sus demás familiares

Contestó: Nosotros hasta donde pudimos le ayudamos, lo demás gente de por ahí y del campo también (f. 52, c. 4).

Se destaca así mismo, que los padres de la menor negaron enfáticamente el abandono. Afirmando que la visitaban hasta tres veces al día (sr. Luis Alberto Bohórquez) o con periodicidad, entre quince y ocho días (sra. Rosa María Herrera). Pusieron de presente que la asistieron con leche y drogas. Ahora bien, aunque estas declaraciones no se pueden reputar como necesariamente falsas, pues cabe la posibilidad de que no todas las visitas se registraran, no son suficientes para tenerlas como prueba de la atención regular, toda vez que quienes la manifiestan son justamente actores en el presente proceso. Se llama la atención, a su vez, sobre el hecho de que estas declaraciones no concuerdan del todo con lo registrado en las notas de enfermería del Hospital, en las que se consignan visitas de familiares y la solicitud de ensure y pañales a los mismos, aunque con una periodicidad mucho menor.

Por último y como se anticipó, obra en el expediente copia de las notas de enfermería correspondientes a la atención de la menor en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo. Se trata de una carpeta con 846 folios en los que se anota el estado de la paciente, así como las visitas recibidas durante su prolongada hospitalización. En este registro al menos en diez ocasiones se señala la solicitud de medicamento e insumos a familiares de la menor, al punto que igualmente advierte que respondieron con la entrega de ensure y que alegaron falta de recursos para conseguirlo. Al tiempo se anota la ausencia de visitas esperadas (c. de pruebas No. 2)

Ahora bien, de lo anterior no se puede colegir de modo definitivo regularidad en las visitas, tampoco el aludido abandono, de parte de sus familiares. Tanto porque no todas las visitas tendrían que haberse anotado, como porque no es clara la anotación de ausencias, solo entendidas con la falta de elementos que requería la atención de la menor. Esto es así porque las visitas regulares de la Legión de María, según se afirmó, acompañadas de apoyo caritativo no se consignaron. Sin embargo, sirven para tener por cierto que la menor recibió visitas de familiares y que estos en algunas ocasiones solicitados por la entidad de salud.

Aunado a lo expuesto no se cuenta con evidencia científica sobre la regularidad en que se debían suceder las visitas, su duración, como tampoco de la repercusión de las mismas en el estado de la menor, de donde la Sala descarta de suyo el abandono alegado por el hospital, mientras que se conoce porque así lo revelan los registros que la paciente no recibió alimento (ensure) o algún medicamento, porque el hospital no contaba con el mismo o la familia no lo suministró.

4.2. Valoración pericial de la atención médica

En respuesta a la solicitud oficiosa del Tribunal, el Dr. Javier Ardila Montealegre, director del Departamento de Ciencias de Reproducción de la Universidad del Rosario, absolvió cuestionario sobre la atención recibida por la menor Edith Johana Bohórquez, la necesidad y conveniencia de la cesárea con anestesia general y la conveniencia de haberla remitido a un centro de mayor nivel.

1. Dadas las condiciones en las que se presentó la menor Edith Johana Bohórquez Herrera a la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo iniciando el trabajo de parto 24 horas antes ¿existían razones para suponer que se trataba de un parto de alta complejidad?, ¿era aconsejable o necesaria su remisión a un centro de mayor nivel, asumiendo que se encontrara a pocos minutos de distancia? Téngase en cuenta que el mencionado Hospital era de primer nivel de complejidad.

R/ En el parto sin lugar a dudas correspondía a una paciente de alto riesgo por las siguientes razones:

a) Se trataba de una menor de edad, situación que implica mayores riesgos de padecer patologías propias del embarazo como preclamsia, diabetes, distocias durante el trabajo de parto entre otras. Además se caracteriza por una alta probabilidad de tener una red de apoyo deficiente por parte de familia y o compañero en el contexto inesperado de un embarazo en un miembro de familia

que es menor de edad, de sexo femenino en un medio eminentemente machista, asumiendo por supuesto que el embarazo se presenta como un evento no planeado.

b. Refiere la historia clínica que la paciente tenía un control prenatal deficiente. Es bien conocida la relación entre un pobre control prenatal y el aumento del riesgo relativo de presentarse cualquier tipo de complicaciones tanto durante el embarazo como del mismo parto.

c. En el registro de historia clínica de ingreso se evidencia una medición de tensión arterial de 130/90 mmhg, cifra está que se encuentra elevada en un estado incipiente, por lo tanto, sumando a este hallazgo lo descrito en el literal "a" estamos obligados a actuar en concordancia y hacer el seguimiento pertinente de forma clínica y paraclínica para descartar o diagnosticar un síndrome hipertensivo del embarazo (preeclamsia), que sin duda alguna se puede hacer de una manera idónea en una institución de segundo o tercer nivel de atención y no en una de primer nivel.

En la historia clínica de ingreso se describe que la paciente llega con un cuadro clínico de contracciones de 3 horas de evolución no un cuadro de 24 horas de evolución, además de hallar dilatación de 3 cm y un 100% de borramiento con membranas íntegras a examen vaginal.

Todas las razones descritas previamente justifican que la paciente dentro de su plan de manejo deba ser remitida a una institución de mayor complejidad desde el momento mismo de su ingreso. Por lo tanto, es importante aclarar que cuando llegó la paciente a urgencias no revestía una urgencia que justificara desembarazar de inmediato (de acuerdo con los registros de la historia clínica); por tanto, independientemente de que el Hospital de mayor complejidad de atención estuviera a pocos minutos o un par de horas, debió haber sido remitida por cuanto no se contaba con recursos necesarios para el adecuado seguimiento del trabajo de parto, posterior del mismo y control posparto.

2. Cuando se presentaron las complicaciones que hicieron necesaria la operación cesárea, ¿era prudente remitir a la paciente a un hospital cercano de mayor nivel o se imponía proceder de emergencia en el Hospital Manuel Elkin Patarroyo?

No evidencio ninguna complicación que constituya una emergencia en el momento en que se tomó la decisión de realizar cesárea. Si bien es cierto que la paciente no progresó en su trabajo de parto adecuadamente, también es cierto que se describe en la historia clínica que se dilata digitalmente de 8 a 10 y se decide cesárea en la tarde (18:00) pero se realiza en horas de la noche (21:20), por lo tanto, la acción médica no implicó respuesta a una urgencia.

Es importante enfatizar, además, que no se hace monitoría fetal electrónica sino únicamente clínica por lo tanto no había manera de hacer un diagnóstico de sufrimiento fetal o estado fetal insatisfactorio ya que nunca hubo un trazado de la frecuencia cardíaca fetal y las registradas en la historia clínica se encontraban dentro de rangos de normalidad.

Con este raciocinio quiero decir nuevamente que la paciente pudo haber sido remitida por cuanto no existió una emergencia que requiera ser manejada quirúrgicamente de manera inmediata y por supuesto una "dilatación estacionaria" que se presente durante el trabajo de parto no constituye emergencia que implique cesárea inmediata.

Como tampoco es prudente colocar espátulas sin tener en cuenta los requisitos:

- a. Adecuada analgesia peridural (la paciente que nos ocupa no la tenía).*
- b. Dilatación completa del cérvix (la paciente estaba en 8 cm no en 10 cm como se recomienda).*
- c. Borramiento del 100%*
- d. Conocimiento de la presentación y desde luego de la variedad de posición (no se describe en la historia clínica)*
- e. Membranas rotas.*
- f. Evacuación vesical (no se describe)*
- g. Conocer la altura de la presentación (había registros previos a la instrumentación que manifestaban estación de -2 y -1, Estación esta que contraindica el procedimiento).*
- H. Conocer la técnica y tener experiencia previa.*

Contraindicaciones para instrumentar:

- a) Sospecha de trastornos de coagulación fetal como una trombocitopenia aloinmune o predisposición a las fracturas como en la osteogénesis imperfecta.*
- b) Distocias de presentación (la historia refiere distocia).*
- c) Pelvis androide*

La adecuada conducción del trabajo de parto, con el soporte de partograma y de adecuadas posiciones maternas, con la adecuada administración de oxitocina para reforzar la dinámica uterina reducen las posibilidades de instrumentar el parto. En este caso no existió una adecuada conducción del trabajo de parto por cuanto no se identifica distocia dinámica y por tanto no se maneja el dolor de la paciente, no se realiza monitoría fetal electrónica en un embarazo de claro alto riesgo, no se realizan los exámenes pertinentes para estudiar cifras de hipertensión incipiente que presenta la paciente, no hay diligenciamiento adecuado de la historia clínica.

(...)

3. La respuesta médica al paro cardiorrespiratorio que sufrió la paciente en el posoperatorio inmediato se ajustó a las exigencias de la lex artis y la prudencia? ¿Una conducta diferente habría podido cambiar el desenlace de esta complicación?

El paro descrito en la historia clínica fue manejado por médico general inicialmente porque al parecer no se encontraba el especialista en anestesiología en ese momento con la paciente, de acuerdo a una nota de enfermería que describe a la paciente en recuperación intubada y sin presencia de un anestesiólogo.

Es imperativo que el anestesiólogo acompañe a la paciente hasta que al extubación se haya producido sin complicación alguna y por lo tanto la paciente se encuentre respirando espontáneamente.

Por esta razón no hay total claridad sobre si el desafortunado evento sufrido por la paciente (paro cardiorrespiratorio) fue por problemas técnicos de oxigenación con el tubo no funcionando y sin cuidar adecuadamente o se debió a un embolismo pulmonar por líquido amniótico.

El riesgo de morbilidad y mortalidad de la cesárea están influenciados por las complicaciones médicas asociadas a las pacientes sometidas al procedimiento. Las complicaciones serias en el intraoperatorio se producen en el 2% de los casos de cesáreas e incluyen accidentes anestésicos dados por problemas de intubación, reacciones a drogas, broncoaspiración. Además de los problemas propiamente dichos del acto quirúrgico como hemorragia, lesión del intestino o vejiga. Debo precisar que el embolismo de líquido amniótico es extremadamente raro y usualmente no es prevenible. Consiste en paso de líquido amniótico a través del torrente sanguíneo materno, obstruyendo el intercambio normal de oxígeno. Ocurre usualmente durante el parto/cesárea o inmediatamente después, de una manera súbita y de una instauración muy rápida, acompañándose de disminución de presión arterial con falta de bomba cardíaca. Aunque las causas no están totalmente establecidas el trauma que puede romper la normalidad de la barrera placentaria permitiendo el paso del líquido amniótico al torrente sanguíneo materno. Se han identificado los factores de riesgos que se relacionan con el evento pero no tienen relación causal. Ellos son:

- a. Edad materna superior a los 35 años*
- b. Anormalidad placentaria*
- c. Preeclamsia,*
- D Inducción del trabajo de parto.*
- e. Parto Instrumentado (en este caso el parto instrumentado fue un evento real pero estuvo mal indicado y por lo tanto no fue exitoso)*
- f) Poliadiamnos.*

7. Existe relación cierta o probable entre las lesiones cerebrales de la menor Edith Johana Bohórquez Herrera y los actos quirúrgico y anestésico?

El acto quirúrgico, como tal, no se comporta como un factor de riesgo adicional para hacer un embolismo de líquido amniótico ya que es un riesgo intrínseco del parto, sea vaginal o abdominal, no obstante el intento de instrumentación sí pudo haber actuado como factor de riesgo adicional. En cuanto al acto anestésico con anestesia general siempre es un factor de riesgo que aumenta las probabilidades de disminuir la oxigenación cerebral por complicaciones con el tubo o cualquiera de los medicamentos. Insisto en que el acto anestésico especialmente en el posoperatorio inmediato debe tener el acompañamiento del anestesiólogo y en este caso no se dio, ya que la paciente quedó intubada en ausencia del anestesiólogo y eso es un indicador de que no tuvo control adecuado y podría haber generado el paro cardiorrespiratorio que efectivamente se dio, pero si este hubiera cumplido con la lex artis del procedimiento; el embolismo de líquido amniótico es un evento que es improbable de predecir pero su manejo inmediato hubiera sido con mejores probabilidades de ser adecuado.

3.2 Imputación

Como ocurre en todo caso de responsabilidad estatal, la Sala está abocada a determinar si, en el *sublite*, los demandantes sufrieron una carga que no estaban obligados a soportar. Ahora bien, en lo específicamente relativo al campo de la prestación del servicio de salud, el elemento decisivo para determinar la imputabilidad del daño, tiene que ver con el desbordamiento de lo que el paciente está obligado a asumir. La premisa general consiste en que a este le corresponde soportar la consecuencia directa y exclusiva de la vulnerabilidad y mortalidad propias de la condición humana, así como de la concreción de los riesgos previsibles, conocidos y consentidos del acto médico. Esto último si media su

propia voluntad informada y consciente, sobre el posible fracaso terapéutico, el que no ha podido, ni podrá, ser desterrado de toda intervención humana.

No le corresponde al paciente, por el contrario, soportar una atención por debajo de los estándares éticos o científicos médicos, terapéuticos y asistenciales, en sí misma indemnizable, tampoco las consecuencias derivadas de los errores, por lo mismo previsibles y evitables. Tampoco debe asumir las consecuencias naturales de la progresión patológica, evitable por la ciencia médica. Por otra parte, no está obligado el paciente a asumir el riesgo propio del acto médico, si este no le ha sido efectivamente expuesto y, por ende, no ha sido consentido. Finalmente, existen circunstancias en que el paciente no está obligado a asumir el riesgo previsible y consentido, en razón de la desproporción objetiva del daño, como ocurre en aquellos casos en que la alteración sufrida es concreción de un riesgo socialmente necesario (v.gr. vacunación obligatoria o infecciones nosocomiales).

Dado que en el caso concreto no parece que se presentara alguno de los supuestos que da lugar a la declaración de responsabilidad al margen de la falla, se examinará si la atención prestada se adecuó a las exigencias de la *lex artis* y en caso negativo, se revisará si tal circunstancia tiene relación causal probable con el resultado.

4.3. Sobre la desviación de la conducta médica respecto de los estándares de la *lex artis* y su relevancia causal en el caso concreto

Del análisis pericial citado, así como del examen de la historia clínica se colige que la paciente no recibió una atención médica adecuada y que las fallas en la atención inicial ciertamente incrementaron el riesgo de complicaciones y disminuyeron las posibilidades de un oportuno manejo. Téngase en cuenta, por lo demás, que la sola verificación de una atención contraria a la exigencia de la *lex artis* y la dignidad humana es suficiente para fundamentar la responsabilidad del Estado, toda vez que la atención deficiente es, en sí misma, una carga que el asociado no está en el deber de soportar.

En primer lugar, se debe destacar que la paciente no tenía que haber sido atendida en un Hospital de primer nivel sino que, como lo indicó el médico de la Universidad del Rosario consultado, debió haber sido remitida a un hospital de mayor nivel, con mayores recursos profesionales y de infraestructura, para atender las posibles contingencias del parto. En efecto, tratándose de una paciente de alto riesgo, no era aconsejable su atención en un hospital de primer nivel y mucho menos la práctica de un procedimiento quirúrgico como la cesárea. Toda vez que la misma práctica de la cesárea en el Hospital de primer nivel era improcedente, las consecuencias derivadas del mismo han de entenderse imputables a la entidad que optó por realizarlo en contra de todas las indicaciones de la prudencia médica.

Por otra parte, consta que el ginecólogo a cargo de la atención (en la historia clínica se especifica que tiene esta especialidad), decidió indebidamente realizar un parto instrumentado, circunstancia que incrementa las posibilidades de embolismo de líquido amniótico, evento que el perito consultado estimó dentro de las causas probables (aunque no ciertas) del paro cardiorrespiratorio. Esto sin contar que, según lo descrito en la historia clínica, y la interpretación del médico consultado, el parto instrumentado se realizó, no solo existiendo circunstancias que lo contraindicaban, sino sin contar con la adecuada analgesia peridural, circunstancia que sometió a la paciente a dolor y agotamiento innecesarios.

También se tiene que la elección innecesaria de la operación de cesárea con anestesia general, incrementó el riesgo de la paciente pues generó innecesariamente la probabilidad de complicaciones anestésicas y de intubación. Dichos riesgos se incrementan aún más si se tiene en cuenta que la atención por anestesiología durante el postparto fue inadecuada, circunstancia que exacerba las probabilidades de defectuosa intubación.

Aparte de lo anteriormente dicho sobre el incremento de las posibilidades de producción de las complicaciones experimentadas, debe tenerse en cuenta que la deficiente asistencia del anestesiólogo disminuyó las posibilidades de controlarlas una vez producidas, como bien señaló el médico consultado. En este sentido, frente al incremento del riesgo de producción de las complicaciones cabe imputar la pérdida de oportunidad de mejor atención.

Cierto es que el mismo médico consultado no ofrece una explicación causal totalmente certera sobre el paro cardiorrespiratorio. Sin embargo, es enfático en sostener que la atención prestada adolecía de fallas que incrementaron el riesgo de las dos causas más probables del paro y disminuyeron las posibilidades de tratarlo adecuadamente. Razón esta suficiente para entender que el daño experimentado es plenamente imputable a la entidad demandada.

Por otra parte, también estima la Sala, como constitutivo de daño antijurídico, el hecho de que en las notas de enfermería se verifique que en más de una ocasión la paciente dejó de recibir medicamentos o alimentos, por falta de los mismos, sin que sea imputable a los familiares su carencia, puesto que estos debían ser suministrados por el Hospital que, en caso de carecer de ellos o de recursos para su suministro, debió adelantar las acciones administrativas necesarias, para garantizarlos. Esta circunstancia se ha de considerar constitutiva de trato cruel e inhumano, así el estado de no permita clarificar como tampoco cuantificar el sufrimiento.

4.4. Sobre las especiales connotaciones de antijuridicidad del caso, por razones de discriminación de género e infraprotección de los derechos de los menores

En el caso concreto encuentra la Sala razones para predicar la clara inadecuación de la atención prestada a las exigencias de la *lex artis* y la prudencia médica y la incidencia de esta circunstancia en el aminoramiento de la posibilidad de recuperación. Sin embargo, considera la Sala que aparte de esta irregularidad, el caso concreto se inscribe dentro de una problemática ya sistemática en el país de deficiente atención materno-obstétrica, la cual se ha señalado en varias ocasiones como constitutiva de discriminación de género. Al respecto, la Sala recoge lo señalado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014:

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

En efecto, la Sala advierte que el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo

patriarcal y de discriminación por motivo de género. En efecto, de la revisión de las cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones. Así, por ejemplo según el Instituto Nacional de Salud “los departamentos con las mayores tasas de mortalidad perinatal son Chocó (39 por mil), San Andrés y Providencia (25 por mil), Caldas (25 por mil). La mortalidad perinatal es también relativamente alta en Huila (22 por mil), Vaupés (21 por mil), Cesar (20 por mil), Santander (20 por mil) y Córdoba (20 por mil)”⁴. Estas cifras son alarmantes si se comparan con las los países con índices más altos de mortalidad perinatal en la zona de América Latina y el Caribe, como Haití (25 por cada 1000 nacidos vivos) y Bolivia (19 de cada 1000 nacidos vivos). Iguales consideraciones se pueden hacer en lo relativo a las tasas de mortalidad materna, frente a la cual las estadísticas revelan una notoria correlación entre este fenómeno y los índices de pobreza, siendo especialmente alarmantes los índices observables en el Chocó, los departamentos de la región amazónica y algunos de la zona Caribe, como Córdoba y el departamento de la Guajira⁵. Por otra parte, el análisis que permiten los Anales del Consejo de Estado, revela que el 28.5% de las sentencias de responsabilidad médica proferidas en 2014 (registradas hasta la fecha de elaboración de esta sentencia) y un 22.5% de las del 2013, corresponden a fallas en la atención en ginecología y obstetricia, ya sea por deficiencias en la atención en el embarazo y el parto o por la práctica de histerectomías innecesarias. Que un porcentaje tan significativo de las sentencias recientes en materia de responsabilidad médica corresponda a una sola especialidad, debe alertar sobre las deficiencias en la atención que se presta en la misma.

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

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

⁴ (Cfr. Instituto Nacional de Salud, “Protocolo de vigilancia en Salud Pública Mortalidad Neonatal y Perinatal Tardía”, disponible en línea en la página: <http://www.vigepi.com.co/sivigila/pdf/protocolos/560p%20mor%20perin.pdf>

⁵ Cfr. Ministerio de Salud y Protección Social, Política Nacional de Sexualidad, Derechos sexuales y derechos reproductivos, “Tablas y Gráficas para el análisis epidemiológico en salud sexual y reproductiva”. Informe técnico. Julio de 2014.

menos regionalmente) debe alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino.

A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona⁶.

Adicionalmente, la Sala advierte que en el caso concreto la antijuridicidad de la conducta se ve incrementada por el hecho de que la paciente tenía 16 años esto es se trataba de una menor y así misma sujeto de especial protección, a la luz del artículo 44 de la Constitución Política y de la Declaración de los niños adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en 1959.

Es axiomático que si la Constitución y el Derecho internacional reconocen protección reforzada a los derechos de los niños y que si los mismos ordenes jurídicos ordenan la protección de la mujer contra toda forma de discriminación, la atención ginecobstétrica deficiente a una niña, constitutiva en sí misma de inequidad de género por las razones antes descritas, es un evento especialmente contrario al Derecho.

4.5. Consideraciones sobre los cargos de “abandono” de la menor y su incidencia en el deber de indemnización

Señala la parte demandada que en el caso concreto los familiares de la menor perdieron el derecho a reclamar la indemnización por cuanto “abandonaron” a la menor.

La anterior reclamación puede entenderse de dos maneras. En primer lugar, podría interpretarse como una especie de juicio de indignidad de los demandantes, que como consecuencia les impide acceder a la indemnización. En segundo lugar, se podría interpretar como indicativo de inexistencia de perjuicios morales.

Sobre lo anterior vale precisar, en primer lugar, que en el acervo probatorio se evidencie no se evidencia el abandono. Por el contrario, los familiares visitaron a la menor y esporádicamente atendieron las exigencias de suministro de medicamento y elementos que demandaba su atención. Al margen de lo anterior, no se cuenta con elementos de juicio para cuantificar y cualificar las visitas a un paciente en grave estado, e incluso podría considerarse adecuado limitarlas al máximo. Es que no resulta posible imponer por que sí las visitas a quien se encuentra recluido en un centro asistenciario. Incluso, cabría pensar que dado el riesgo de contagio, era mejor evitar todo contacto.

Ahora bien, la reclamación según la cual no cabe reconocer la indemnización a los padres o al compañero permanente porque su comportamiento no se adecúa a lo que se espera de un buen padre o un buen esposo por cuanto confunde el fundamento del derecho a la reparación con el mérito moral. Al respecto se ha de señalar que no se indemniza por el merecimiento o la altura moral del

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 23001233100020010027801 (28.804), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

demandante, sino por el daño efectivamente causado. Así las cosas, lo que es menester determinar es si existen razones para desestimar la aflicción o la afectación económica, y no si los demandantes tienen “derecho” a sentir aflicción o a reclamar por lucro cesante y daño emergente.

No corresponde a la Sala juzgar las relaciones familiares de los demandantes, ni calificarlos, con los pocos elementos que ofrece el acervo probatorio de buenos o malos miembros de familia. Tal actitud constituiría una notoria interferencia del funcionario jurisdiccional en la esfera de la intimidad familiar.

En segundo lugar, no estima la Sala que sea válida la inferencia de que un número reducido de visitas o la falla en el suministro de elementos se deba necesariamente a la falta de afecto (que fundamenta la atribución de perjuicios morales) o interés por la paciente. En efecto, múltiples son las causas por las que los familiares no adecúan la conducta a lo que parece exigirles la parte demandada. El estado no propiamente consciente de la paciente y su deteriorada condición de suyo comporta una carga emocional insoportable para sus familiares, justamente en razón del afecto. Las necesidades laborales, la responsabilidad con los otros niños, las dificultades económicas y de transporte comunes en el campo colombiano, también pueden ser causa plausible de la periodicidad no tan frecuente de las visitas a la menor. Además, en las mismas anotaciones de la historia clínica consta que en algunas ocasiones los familiares no entregaron lo pedido argumentando incapacidad económica y no es del todo extraño pensar que la presión por elementos que no estaban obligados a adquirir (toda vez que ello corresponde al sistema de salud) y por pagos que no estaban en capacidad de realizar, bien pudo desestimular las mismas visitas.

En todo caso, dada la pluralidad de razones que pueden explicar la periodicidad de las visitas y la imposibilidad de atribuir su baja frecuencia a la falta de afecto, no se encuentra relevante esta circunstancia para la denegación de los perjuicios morales.

4. Liquidación de Perjuicios

1.1. Perjuicios morales

En lo que respecta a los perjuicios morales la Sala encuentra acreditada la muerte y prolongada enfermedad de la menor Edith Johana Bohórquez, supuesto que según las reglas de la experiencia corresponde a un máximo grado de afectación moral, por lo que, siguiendo los estándares jurisprudencialmente aceptados se reconocerán cien salarios mínimos al cónyuge, los padres y la hija de la víctima directa (100 smlmv)⁷, La mitad de esta cantidad se ha de reconocer a sus hermanos, en atención a que la misma jurisprudencia citada calcula su indemnización en la mitad de los que se reconocen al cónyuge, padres e hijos.

En cambio, no se reconocerá indemnización por perjuicios morales a la menor Edith Johana Bohórquez Herrera por cuanto no se acreditó que esta tuviera algún grado de sensibilidad y o conciencia durante el tiempo que permaneció en estado de vigilia no voluntaria.

⁷ Cfr. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172, M.P. Olga Melida Valle de De la Hoz y Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

4.2. Daño a la salud

En lo que tiene que ver con la afectación del derecho a la Salud, la Sala se atenderá al precedente, sentado en sentencia de unificación de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz se fijaron criterios jurisprudenciales para la liquidación del daño a la salud así:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Atendiendo, pues, a estos criterios, y estando probado que la menor sufrió una incapacidad desde el momento de la lesión hasta su muerte, la Sala reconocerá una indemnización por cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor su sucesión.

4.3 Perjuicios materiales (lucro cesante)

En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales, encuentra la Sala que razonablemente cabría esperar que la menor Edith Johana Bohórquez Herrera desarrollara una actividad productiva y contribuyera al sostenimiento de su hogar, según las reglas de la experiencia, razón por la cual se accederá a las pretensiones relativas al lucro cesante.

Ahora bien, la Sala aclara que dado que es razonable suponer que en caso de haber sobrevivido la menor Edith Johana habría asumido labores propias de la crianza y cuidado de su menor hija, las cuales, según el criterio jurisprudencial de esta Corporación deben equipararse a trabajo remunerado⁸. Así las cosas, la Sala comenzará a contar el lucro cesante se comenzará a contar a partir de la terminación de la licencia de maternidad. Esto es, catorce semanas siguientes al parto, porque Edith Johana, culminado este periodo tendría que haber reanudado su actividad productiva, sin que para el efecto cuente la minoría de edad, pues así lo exigía su pequeña hija, cuidado ese susceptible de ser valorado económicamente.

La base liquidatoria será el salario mínimo mensual legal vigente, teniendo en cuenta que, si bien en principio es necesario incrementar la base salarial en un 25% correspondiente a prestaciones sociales, también es menester suponer que la víctima destinaría un 25% de lo devengado a su propio sostenimiento.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de junio de 2013, 54001-23-31-000-1997-12161-01(26800), C.P. Jaime Orlando Santofimio.

Toda vez que se conoce que el señor Víctor Manuel Gordillo era mayor que Edith Johana Bohórquez Herrera (en el registro civil de la menor consigna su cédula, de donde se colige que era mayor de edad), su lucro cesante futuro se calculará sobre la base de la expectativa de vida del primero de los mencionados. Sin embargo, al desconocerse la edad exacta del señor Gordillo se ve la Sala obligada a condenar su lucro cesante en abstracto. No ocurre lo mismo con el que se debe a Edith Johana Bohórquez Herrera, cuya indemnización se puede calcular con base en los datos obrantes en el proceso.

En lo que respecta a la tasación del lucro cesante de la Menor Edith Johana Bohórquez, la Sala distinguirá dos periodos. Uno de ellos, el lucro cesante consolidado, comprendido entre el 8 de octubre de 2000 y la fecha de la presente liquidación, y otro, el futuro, comprendido entre tal fecha y la del vigésimo quinto aniversario de la misma. Dado que en el caso concreto, la menor es la única hija de Víctor Manuel Gordillo y Edith Johana Bohórquez Herrera, se entiende que, previa deducción del 25% que esta habría destinado a su propio sostenimiento, repartiría lo restante de modo proporcional entre su compañero permanente y su hija. Por tal razón, la base indemnizatoria, que corresponde al cálculo del lucro cesante de la menor Deisy Johana Gordillo Bohórquez, es el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente, esto es, 344.727 pesos.

Para calcular el lucro consolidado se acudirá a la fórmula adoptada jurisprudencialmente, es decir

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

En donde

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir, la mitad del salario mínimo

I = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

N = Número de meses desde el nacimiento de Deisy Johana Gordillo Bohórquez hasta la presente liquidación (1 de agosto de 2016)

1 = Es una constante.

De la aplicación de esta fórmula al caso concreto se obtiene

$$S = \$344.727 \frac{(1 + 0.004867)^{189,8} - 1}{0.004867} = \$107.258.301,82$$

Por otra parte, para el cálculo del lucro cesante futuro se utilizará a su vez, la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

$$i(1 + i)^n$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a la mitad del salario mínimo mensual

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable, es decir, 110,3

De la aplicación de la fórmula se obtiene

$$S = \$ 344.727 \frac{(1 + 0.004867)^{110,3} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{51}} = \$ 29.368.716.8$$

4.4. Sobre la procedencia de medidas de reparación integral

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

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

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

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de

invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, así como de la prevalencia de los derechos de los niños, según se explicó *ut supra*.

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

Adicionalmente, la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia.

En el caso concreto no habrá condena en costas por cuanto no se cumplen los requisitos para su causación.

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

III. R E S U E L V E

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 1 de junio de 2007 por el Tribunal Administrativo de Bolívar

SEGUNDO.- DECLARAR a la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo administrativamente responsable por la pérdida de oportunidad de haber obtenido un tratamiento de mayor calidad y menor riesgo.

TERCERO. CONDENAR a la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo a pagar los demandantes las siguientes sumas, por concepto de daños morales.

- a) A Víctor Manuel Gordillo Sánchez, la suma equivalente cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- b) A Deisy Johana Gordillo Bohórquez, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- c) A Luis Antonio Bohórquez Arias, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- d) A Rosa María Herrera Peña, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- e) A Dora Emilsen Bohórquez Herrera, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- f) A Einer Andrés Bohórquez Herrera, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- g) A Luis Miguel Bohórquez Herrera, la suma equivalente a la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO-CONDENAR CONDENAR a la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo a pagar a la sucesión de Edith Johana Bohórquez Herrera, las suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la salud.

QUINTO-CONDENAR EN ABSTRACTO CONDENAR EN ABSTRACTO a la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo a pagar a Víctor Manuel Gordillo Sánchez y Edith Johana Bohórquez Herrera el lucro cesante causado por la muerte de su esposo y padre. Esta suma deberá concretarse en incidente separado, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

SEXTO- LA E.S.E Manuel Elkin Patarroyo OFRECERÁ EXCUSAS a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un *link* en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

Adicionalmente, la E.S.E Manuel Elkin Patarroyo implementará políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia.

SÉPTIMO.- Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO.- Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado