



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, veintidós de febrero de dos mil veinticuatro

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

RADICADO: 19001-33-31-004-2014-00074-01
DEMANDANTE: JOSE JHON SAAVEDRA ARIAS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la Sentencia No. 28 del 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Parte demandante

JOSE JHON SAAVEDRA ARIAS identificado con C.C. No. 10.304.838 y MILENA MUÑOZ TOSE identificada con C.C. No. 34.318.807 en nombre propio y en representación de sus hijos menores CAROLINA MUÑOZ MUÑOZ y NICOLAS SAAVEDRA MUÑOZ; BERTHA LUCILA ARIAS ORTEGA identificada con C.C. No. 48.632.169; MARIO MUÑOZ PASAJE identificado con C.C. No. 10.519.728; FRANCISCA TOSE CAICEDO, identificada con C.C. No. 25.271.965; WILFER SAAVEDRA ARIAS, identificado con C.C. No. 1.061.693.272; WILSON ARLEY SAAVEDRA ARIAS, identificado con C.C. No. 1.061.733.232; EDID JHOANA SAAVEDRA ARIAS en nombre propio y en representación de su hija menor SARA SAAVEDRA ARIAS; MARIO MUÑOZ TOSE identificado con C.C. No. 76.320.442; JUAN FELIPE MUÑOZ TOSE identificado con C.C. No. 76.326.546; ROSA ELENA MUÑOZ TOSSE, identificada con C.C. No. 25.279.031; CARMENZA MUÑOZ TOSE, identificada con C.C. No. 34.571.632 en nombre propio y en representación de sus hijos menores LINA MARÍA y SEBASTIÁN MONTERO MUÑOZ.

1.2. Parte demandada

La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL y la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.

1.3. Pretensiones

Que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A., con ocasión de la atención médica recibida por la señora MILENA MUNOZ TOSE el 18 de diciembre de 2011, en el trabajo de parto del menor NICOLÁS SAAVEDRA MUÑOZ, que produjo graves secuelas en la humanidad de aquellos y se atribuyen a un error de diagnóstico y falla en el servicio médico recibido.

Que en consecuencia, se condene a la entidad demandada, a pagar:

Por concepto de perjuicios morales, la suma de 100 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes.

Igual monto pretenden sea reconocido por cada uno de los siguientes conceptos: alteración grave a las condiciones de existencia, pérdida de chance u oportunidad y daño al proyecto de vida; por concepto de daño a la salud, pretenden el reconocimiento de la suma equivalente a 400 SMMLV en favor de la señora Milena Muñoz Tose y su hijo Nicolás Saavedra Muñoz; y por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante con ocasión de la pérdida de capacidad laboral del menor Nicolás Saavedra Muñoz, solicitan el reconocimiento a su favor de la suma equivalente a \$250.000.000; posteriormente, solicitan el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de invalidez en favor del menor Nicolás Saavedra Muñoz en el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Finalmente, solicitan que se ordene el reajuste monetario de las condenas líquidas, teniendo en cuenta el IPC y el pago de los intereses conforme a los artículos 192 y 195 del CPACA, que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria y que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

1.4. Los hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, se expuso, en síntesis:

José Jhon Saavedra Arias se desempeña como soldado profesional al servicio del Ejército Nacional, por tanto él y su núcleo familiar se encuentran afiliados al sistema de salud de las Fuerzas Militares.

El señor Saavedra Arias conformó una familia con la señora Milena Muñoz Tose desde el 2010 y Carolina Muñoz Muñoz, hija extramatrimonial de esta última; para el año 2011 de esa unión, procrearon al menor Nicolas Saavedra Muñoz. Desde el embarazo de la señora Milena Muñoz Tose en el mes de marzo de 2011, recibió controles prenatales en la Dirección de Sanidad del Ejército con sede en el Batallón José Hilario López de Popayán; en el Hospital Susana López de Valencia E.S.E. y en la Clínica La Estancia S.A., teniendo a estas dos últimas como entidades contratadas por la Dirección de Sanidad del Ejército para la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, en este caso, de los demandantes.

En los controles prenatales de los meses de septiembre y octubre de 2011 se diagnosticó un embarazo de alto riesgo que requería de supervisión continua, destacando que para el 17 de noviembre de 2011, se practicó una ecografía obstétrica cuyo resultado para el embarazo de 34 semanas arrojó la presencia de un feto en situación longitudinal - presentación podálica con dorso izquierdo. Se presentaron complicaciones que demandaron la atención por urgencias en la Clínica La Estancia S.A. en el mes de noviembre de 2011, entre ellas la salida de tapón mucoso y dolores abdominales.

El 30 de noviembre, a las 35.8 semanas de embarazo, con cuadro clínico de 8 horas de evolución con dolor en hipogastrio irradiado a región lumbar y salida de tapón mucoso, es remitida por el médico general del establecimiento de sanidad militar, a valoración por urgencias por ginecología.

Para el 18 de diciembre de 2011 en horas de la madrugada, 01:37 a.m., la señora Muñoz Tose ingresó al servicio de atención por urgencias de la Clínica La Estancia S.A. con 39 semanas de embarazo, donde se ordenó un seguimiento y monitoreo fetal en la sala de ginecología para el control del trabajo de parto. El médico general no reportó en la historia clínica ni borramiento, ni dilatación, ni presentación del feto.

A las 06:45 a.m., luego de 5 horas desde que ingresó a urgencias, en valoración médica se encontró dilatación vaginal con feto en presentación podálica, ordenando la práctica de una cesárea urgente, siendo ingresada la paciente a las 07:10 a.m., al quirófano para atención del parto, con nacimiento a las 07:40 a.m., donde se diagnosticó: *"feto con depresión respiratoria. Prolapso del cordón umbilical ... paciente mantuvo al bebe suspendido del abdomen y alcanzó a presentar hipoxia..."*; seguidamente el recién nacido fue valorado por pediatría a las 10:27 a.m., 2 horas y 40 minutos después del nacimiento, encontrando al neonato con cianosis del miembro inferior izquierdo, ordenando vigilancia de temperatura y pulso de extremidad inferior izquierda. A las 20:15 horas del 18 de diciembre de 2011, es decir después de 12 horas de evolución, el recién nacido es remitido a neonatos con diagnóstico de síndrome respiratorio secundario A. Para las 20:30 horas del 18 de diciembre de 2011 el recién nacido ingresó a la unidad de neonatos en incubadora personal.

El recién nacido NICOLÁS SAAVEDRA ingresa a neonatos con los siguientes diagnósticos: 1. RNAT 38S PTAG; 2. SDR; 3. MALA ADAPTACIÓN NEONATA; 4. APN. Se realizaron pruebas para asfixia prenatal, las cuales resultan positivas, egresó de neonatos el día 25 de diciembre de 2011 con siguientes diagnósticos: 1. RNAT 385 PTAG; 2. SDR; 3. APN; 4. SÍNDROME P (REANIMACIÓN); 5. ICTERICIA MÁS INCOMPATIBILIDAD DE GRUPO.

El 24 de febrero de 2012, la señora Milena Muñoz Tose llevó al menor Nicolas a vacunación, donde aquel presentó síndrome convulsivo, hipotonía en extremidades superiores y zona escapular; posteriormente en valoración del 29 de marzo de 2012, en la Clínica Valle del Lili, se diagnosticó asfixia del nacimiento no especificada, encontrando al lactante con hipertono y retraso motor/deglución secundarios a evento asfíctico prenatal, haciendo claridad que el evento post vacunal presentado sugiere como primera posibilidad de diagnóstico la presencia de HHH POST VACUNAL y no una crisis convulsiva. Se recomendó iniciar TERAPIA FÍSICA (Hipertono), TERAPIA DEL LENGUAJE (deglución) AMBULATORIAS y MRI CEREBRAL SIMPLE.

Consideró que en la Clínica La Estancia S.A., ante la falta en el diagnóstico oportuno, se sometió al feto a un sufrimiento agudo con el trabajo de parto a pesar de la posición podálica en la que venía y pese a que requería de manera urgente una cesárea, se aplicó la maniobra de kristeller en la atención del trabajo de parto para sacar a un feto que venía en posición podálica; así, al no haberse realizado oportunamente la cesárea se sometió a secuelas de hipoxia cerebral al recién nacido, además de darse un error en la valoración por ginecología en el momento del parto, donde la posición podálica no fue diagnosticada al ingreso el 18 de diciembre de 2011 y a pesar de haberse registrado de manera previa en la historia clínica, constituyendo todas ellas, atenciones que exhibieron negligencia, imprudencia e impericia en la prestación de los servicios de salud para el 18 de diciembre de 2011.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1. CLÍNICA LA ESTANCIA¹

Inicialmente refirió que los hechos enumerados en el escrito de la demanda, relativos a la historia clínica de la paciente, contienen apreciaciones subjetivas que no pueden ser catalogadas como imputación adecuada de responsabilidad contra la entidad, aunado a que las mismas son apreciaciones de quien no tiene una calificación e idoneidad en el tema médico respectivo. Del mismo modo, se opuso a la totalidad de las pretensiones invocadas, considerando que la entidad brindó de manera oportuna las valoraciones y los tratamientos que requería tanto la madre como su recién nacido, presentándose una inexistencia de falla en el servicio médico asistencial recibido por los demandantes.

Destacó que la ruptura de las membranas ovulares precipitó el trabajo de parto, con la salida de los pies del feto por el canal vaginal. A lo que se sumó el prolapso del cordón umbilical, lo que requería pujos de la paciente de buena calidad y de su colaboración, pero la paciente no lo hacía, por lo que se recurrió a una maniobra obstétrica, que consiste en hacer prensa abdominal, sobre el fondo del útero para permitir el descenso fetal y hacer posible las maniobras de extracción del feto.

Expresó que, durante el ejercicio de la medicina, el médico debe tomar decisiones trascendentales, sin que se detenga a preguntarse sobre las consecuencias legales, pues sería un freno letal que en últimas sólo perjudicaría al paciente.

Señaló que el recién nacido presenta apgar a los cinco minutos de 9 y no presenta signos de dificultad respiratoria como consta en historia clínica del pediatra a las 10:15 y tampoco presenta signos de encefalopatía isquémica-hipóxica, luego no hay criterios de asfixia perinatal que requiere haber tenido un apgar menor de 3 a los cinco minutos; PH en sangre de cordón umbilical menor de siete y signos de encefalopatía isquémica - hipóxica, de acuerdo con la definición de asfixia perinatal de la Asociación Americana de Pediatría, luego las eventuales convulsiones y/o hallazgos anormales desde el punto de vista neurológico no pueden ser soportadas bajo esta causal.

Esgrimió que no se le puede atribuir a la Clínica la causa generadora de las presuntas secuelas del niño NICOLÁS SAAVEDRA MUÑOZ, puesto que el equipo médico propendió por exteriorizar toda su capacidad científica, desplegando las conductas pertinentes.

Estimó que la parte actora pretende establecer una relación de causalidad inexistente entre la conducta desplegada por la Clínica y las presuntas secuelas del niño NICOLÁS SAAVEDRA MUNOZ, pues aunque los dolores del parto inicien, ello no indica que el bebé nacerá de inmediato; se realizó labor de programación de cesárea; sin embargo la señora MUÑOZ TOSE hace trabajo de parto rápido a las 6.45 hrs y se traslada de inmediato a sala de cirugía, pero el trabajo de parto continúa, es dinámico, y llega en expulsivo a la sala y se convierte en parto vía vaginal; era la vía más rápida para nacer en ese momento. Se complicó con prolapso de cordón umbilical que hubiera sido menos grave si la paciente hubiera realizado la labor denominada "pujanza" al momento del parto.

Indicó que el acto médico fue llevado a cabo con el cumplimiento del protocolo y guías médicas, conforme a la premura inesperada con que el recién nacido inició su salida del vientre.

Como excepciones, al contestar la demanda formuló las siguientes:

¹ Folios 202 a 217 del C. Ppal. 1.

1. *Acto Médico con pertinencia, diligencia y cumplimiento de protocolos:* En tanto que la paciente MILENA MUÑOZ TOSE fue atendida de manera oportuna, diligente y pertinente de acuerdo con la evolución del trabajo de parto.
2. *Inexistencia de responsabilidad de la Clínica La Estancia:* Bajo la aclaración que en el presente caso, objeto de litigio, los elementos que estructuran la responsabilidad se encuentran absolutamente ausentes, pues no existe falla del servicio por cuanto fue una paciente en trabajo de parto con contracciones uterinas que dificulta la palpación de las partes fetales a través del abdomen, y era difícil ver la situación y presentación fetal (es sabido que se debe verificar la posición del feto al momento del parto, pues el mismo tiene un movimiento continuo dentro del vientre materno durante todo el periodo de gestación) y mediante el tacto vaginal también existía dificultad técnica debido a la integralidad de las membranas ovulares y cuello en tres de dilatación con tan solo el 20% de borramiento (Cuello largo), hacían difícil tocar la presentación fetal. No había signos de sufrimiento fetal.

El ginecólogo en la revisión de la sala, antes del término de su turno nocturno, valora la paciente encontrando a las 6:30, en el tacto vaginal, en 8cm de dilatación y el cuello borrado al 100%, lo que facilitaba el diagnóstico de presentación fetal en podálica y pasa el turno para cesárea de inmediato.

En ese momento se encuentra el turno para cesárea en un código rojo, es decir que se contaba con el menor tiempo posible para la realización de la cesárea, evitando que pasaran más de dos horas de espera a partir del momento en que le fue ordenada.

La paciente continuó su trabajo de parto y en la sala de recepción de cirugía presenta ruptura de las membranas ovulares, lo que precipita la salida de los pies fetales a través del canal vaginal, haciendo necesaria la atención del parto. Se ordena la cesárea a las 6:45 am y se presenta la salida de líquido a las 7:15, hora de nacimiento: 7:40., no estando indicada a esta hora la realización de la cesárea sino la atención del parto.

Enfatizó que la atención del parto fue motivada por la ruptura de las membranas ovulares como un evento fortuito que de no haberse presentado hubiera hecho posible la realización de la cesárea.

3. La atención del parto fue motivada por la ruptura de las membranas ovulares que de no haberse presentado, hubiera hecho posible la realización de la cesárea y que el recién nacido no presentó signos de dificultad respiratoria, como consta en la historia clínica y que tampoco presentó signos de encefalopatía isquémica - hipóxica.
4. *Inexistencia de culpa en la atención medica prestada a la paciente:* No existe relación de causalidad entre los diagnósticos del niño y el servicio prestado por la IPS Clínica La Estancia, que fue diligente y cuidadosa conforme a los cánones médicos y del sistema de salud.
5. *Falta de sustento jurídico para el cobro de los perjuicios indemnizatorios en el acápite de pretensiones:* Deben ser probados los perjuicios reclamados en las pretensiones.
6. *Cobro de lo no debido:* Porque no hay un daño antijuridico que encuentre su fuente en la culpa que se imputa a la Clínica La Estancia, por los danos reclamados por la demandante, en torno a la atención médica brindada en la institución.
7. *Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad:* Resaltando que se deben

probar los 3 elementos de la responsabilidad, culpa, nexo causal y daño.

8. *El régimen de responsabilidad civil médica se rige por la culpa probada/inexistencia de obligación de responder por ausencia de culpa:* Sostuvo que no se evidencia un actuar negligente por ninguno de los profesionales que prestaron servicios de salud a la Clínica La Estancia.
9. *Carga de la prueba de los perjuicios sufridos:* De acuerdo al art. 177 del C.P.C.
10. *Caso fortuito como causa extraña al actuar de los galenos:* Debido a que en este caso la relación de causalidad entre la conducta médica y el resultado de la salud del niño, se ve interrumpida por el caso fortuito.

2.2. NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL

Sostuvo que no es cierto que la Dirección de Sanidad haya presentado una falla, bien por acción u omisión, en la prestación del servicio médico, toda vez que desde el inicio de la gestación de la señora Muñoz Tose se brindaron las atenciones médicas necesarias, sin que se presentara irregularidad en la contratación con las distintas entidades médicas donde fue atendida durante y con posterioridad al periodo gestacional.

Manifestó que los procedimientos médicos realizados, corresponden a la Clínica La Estancia, situación que deberá probar la demandante, pues en ella recae la carga de la prueba referida a los elementos que configuran la responsabilidad estatal; destacando que las obligaciones médicas son de medio y no de resultado, pues la obligación recae en desplegar la totalidad de herramientas disponibles en procura del tratamiento del paciente, sin que el desenlace de la enfermedad sea responsabilidad de la prestadora del servicio de salud.

Como excepciones propuso las siguientes:

Inexistencia de medios probatorios que endilguen responsabilidad a la entidad: Porque hace parte de la carga de la parte actora, demostrar algún yerro de la entidad con incidencia en la presunta deficiente atención médica suministrada a la accionante MILENA MUÑOZ TOSE y su hijo NICOLAS SAAVEDRA MUNOZ.

Cumplimiento de la obligación de cubrimiento total en salud a los afiliados y beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares: Porque la prestación del servicio de salud fue íntegra y completa; desde su fase de inicio gestacional la señora MILENA MUNOZ TOSE fue atendida de manera íntegra por el servicio de salud de la Dirección de Sanidad.

Inexistencia de la obligación: Al no ser responsable por el daño antijurídico que le endilga la parte demandante, por lo que no puede acceder al pago de una indemnización sin justa causa jurídica, todo para la protección del erario público.

3. INTERVENCIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA

3.1. LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

En síntesis, alegó que no hay fundamento científico, ni jurídico para imputar el daño o los resultados insatisfactorios del procedimiento, pues constituyen riesgos inherentes a la patología de base registrada en el historial clínico del paciente. Agregó que no hay evidencia de que los galenos hayan obrado de forma errónea, negligente o imprudente, o violando reglas de cuidado, porque por el contrario, en la historia clínica existen suficientes elementos para

concluir que su conducta fue adecuada y diligente. Enfatizó en que la obligación del servicio médico es de medio y no de resultado.

2. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la Sentencia No. 28 del 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

La Jueza A quo, luego de analizar las pruebas allegadas, y en especial el dictamen pericial del Dr. JESÚS RAMÓN BERMÚDEZ ROA, concluyó que NO se logró probar la presencia de una falencia en los procedimientos médicos, derivada o relacionada con la atención hospitalaria brindada por la Clínica La Estancia S.A. el día 18 de diciembre de 2011 durante la atención del parto, tanto en el diagnóstico como en el procedimiento; por el contrario, se comprobó que los médicos a cargo de la atención médica en el momento del ingreso de la paciente, no podían detectar la posición podálica del feto, por sus condiciones clínicas, porque tenía escasa dilatación del cuello uterino y las membranas completas, lo que no ameritaba en ese momento valoración por ginecología; y cuando identificaron una posición podálica, por el avance de las condiciones fisiológicas, se ordenó la cesárea, pero en el examen previo a la cirugía, se encontró una ruptura de membranas con salida de líquido y las extremidades inferiores expuestas con prolapso del cordón umbilical, lo que significó unas condiciones poco frecuentes, y como la paciente no pujaba como era necesario, fue imperativo realizar la maniobra obstétrica de Kristeller, que consiste en empujar al feto desde la parte superior del vientre, la cual fue “salvadora” y “adecuada”, según el perito.

La Juez destacó que, según el peritaje, se descarta la presencia de elementos que indiquen encefalopatía hipóxico-esquémica del neonato, o herramientas o resultados que revelen algún tipo de sufrimiento fetal, o síntomas de hipoxia, a pesar de la reanimación y suministro de oxígeno al recién nacido luego de 30 segundos, a lo que respondió satisfactoriamente.

Que según la Dra. Blanca Anacona, médica pediatra, que atendió a Nicolás por una sola vez en la Clínica, sostuvo que las pruebas médicas descartaron asfixia perinatal, pues los resultados arrojaron índices normales.

Señaló que según el testimonio de la pediatra Anacona, el bebé presentó una incompatibilidad sanguínea con la madre, lo que pudo desencadenar una ictericia neonatal ante lo cual requirió fototerapia. Esto lo reiteró el perito.

Indicó que se le realizó al bebé un TAC MULTICORTE CEREBRAL el 16 de enero de 2012, cuyo resultado fue positivo, sin secuelas ni lesiones cerebrales del menor.

Destacó que el 29 de marzo de 2012, el bebé presentó un único episodio convulsivo, pero fue a una probable reacción post vacunal. Conforme a lo dicho por la pediatra y el perito.

Expuso que, según valoración de la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, el menor tiene una pérdida de capacidad laboral de 25.25%, considerando como fecha de estructuración el 18/12/2011 y de origen enfermedad común, con diagnóstico de la enfermedad *genu varo*, complicaciones que no tienen relación alguna con procedimientos en el momento del parto, según lo reafirmaron los especialistas que rindieron su declaración en el presente asunto, y que tampoco se deben a complicaciones de índole neuronal.

Conforme lo expuesto, estimó que no se logró demostrar la falla del servicio, que se exige para asuntos de naturaleza médica, mucho menos en contra del Ejército Nacional, que únicamente cumple con el deber de afiliación del señor José Jhon Saavedra Arias y su grupo familiar.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA

En cuanto a los cargos de la apelación, alegó:

Que luego de quedar en embarazo, la señora MILENA MUÑOZ TOSE inició en el mes de marzo sus controles prenatales. El 30 de septiembre de 2011 se le diagnosticó SUPERVISIÓN DEL EMBARAZO DE ALTO RIESGO, lo que fue reiterado el 01 de octubre de 2011.

Que en controles y consultas prenatales se había diagnosticado que el feto venía en posición podálica; en efecto, se determinó así el 17 de noviembre de 2011, por valoración en el Hospital Susana López de Valencia, cuando tenía 34 semanas de embarazo, conforme con los resultados de la ecografía de esa misma fecha. También el 20 de noviembre de 2011, con los resultados del perfil biofísico "feto único vivo, presentación podálica, situación longitudinal, con dorso izquierdo". Lo que no fue tenido en cuenta para el parto del día 18 de diciembre de 2011. Y a pesar de que el perito manifestó que no hay carné de control prenatal, sí existen dichos controles, tanto en la historia clínica aportada por Dirección de Sanidad del Ejército, a través del dispensario del Batallón José Hilario López, y la del hospital Susana López de Valencia.

Que al ingresar por el servicio de urgencias a la Clínica La Estancia S.A., el médico general Dr. JORGE HUGO VALDÉZ, no reportó en la historia clínica ni borramiento, ni dilatación ni presentación del feto.

Que según la afirmación realizada por el doctor Jesús Ramón Bermúdez Roa, perito gineco obstetra designado, hubo error en el diagnóstico conforme a la valoración realizada por el médico general doctor Jorge Hugo Valdés, quien no evaluó la presentación del feto, a pesar de contar con las ecografías previas en las que se demostraba la presentación podálica fetal y que no fueron tenidas en cuenta para la atención del parto el día 18 de diciembre de 2011.

Así mismo, a pesar de que en la historia clínica el mismo Dr. JORGE HUGO VALDEZ, hace tres (03) evoluciones (02:20 horas, 03:20 horas y 06:30 horas), en las mismas no se reportan ni borramiento, ni dilatación, ni presentación del feto y mucho menos se elaboró el PARTOGRAMA que es un documento o instrumento importante en el que se consagra la evolución normal o anormal del trabajo de parto (dilatación, borramiento y descenso).

A pesar de ser enviada a la sala de ginecología de la CLÍNICA LA ESTANCIA, en donde se sobre entiende existe un profesional especialista en la materia, jamás fue valorada por un especialista en ginecología hasta las 6:45 horas del 18 de diciembre de 2011, que de acuerdo con los protocolos de atención de URGENCIAS en GINECOBSTERICIA debió haberse realizado dicha valoración (así lo expresa el perito designado cuando afirma que "toda paciente que ingresa a la institución de II o III nivel de atención de complejidad debe ser valorada desde el ingreso"), si ello hubiese ocurrido en ese interregno, muy seguramente se hubiese realizado un DIAGNÓSTICO CORRECTO como el de PRESENTACIÓN PODÁLICO, SITUACIÓN LONGITUDINAL, CON DORSO IZQUIERDO, de acuerdo con las ecografías previas en las que se demostraba la presentación podálica fetal y que no fueron tenidas en cuenta para la atención del parto el día 18 de diciembre de 2011 o por lo menos haber ordenado la realización de una ayuda diagnóstica adicional o haber realizado de manera inmediata a su ingreso la CESÁREA que era el procedimiento indicado de acuerdo con la presentación del feto, tal y como lo indica el señor perito y el testimonio del Dr. JAVIER PÉREZ PUERTA a quien le correspondió atender el parto de emergencia, pero cuando ya había expulsivo y prolapso del cordón umbilical - SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO -.

Insistió en que la señora MILENA MUNÓZ TOSE, NO fue valorada por el servicio de GINECOBSTERICIA entre el período comprendido entre las 01:37 horas y las 06:45 horas del 18 de diciembre de 2011, contribuyendo a un mal manejo del trabajo de parto, a colocar en mayor riesgo la salud de la señora MUÑOZ TOSE y del que estaba por nacer, como efectivamente ocurrió en este evento en particular.

Afirma que por lo anterior, no es correcto que la A quo sostenga que las actuaciones médicas realizadas por los galenos de la CLÍNICA LA ESTANCIA S.A. en este evento han sido adecuadas y permeadas por ser diligentes, prudentes, necesarias y precisas, porque lo que refulge de las conclusiones del perito ginecólogo designado Dr. JESUS RAMÓN BERMÚDEZ ROA es todo lo contrario a las conclusiones a las cuales ha llegado el despacho de conocimiento y que han sido desconocidas del análisis integral que debe hacerse del arsenal probatorio.

Después de haber transcurrido más de cinco (05) horas desde que ingresó al servicio de URGENCIAS de la CLÍNICA LA ESTANCIA y estando en trabajo de parto es valorada a las 6:45 horas del 18 de diciembre de 2013 por parte del Dr. GUILLERMO GARRIDO quien encuentra al tacto vaginal dilatación de 8 cm, borramiento ciento por ciento, altura de presentación +1, FCF (Frecuencia Cardio fetal) de 140 por minuto y FETO EN PRESENTACIÓN PODÁLICA, quien toma como conducta inmediata CESÁREA URGENTE.

Resaltó que según el perito, de acuerdo con los protocolos de atención de urgencias en gineco obstetricia debió haberse realizado dicha valoración desde el ingreso de la paciente y si se hubiese realizado dicha valoración de manera oportuna desde su ingreso, se hubiera llegado a un diagnóstico correcto como el de presentación podálico.

Manifestó que no debió dársele crédito al testimonio de los ginecólogos JAVIER PÉREZ PUERTA y al Dr. GUILLERMO GARRIDO, a quienes los tildó de “testimonios amañados, tendenciosos y mentirosos”, sino a lo que dice la historia clínica y lo vertido por el perito, pues la afirmación de que la señora MUÑOZ TOSE pasó de 3 de dilatación a 8 abruptamente, no se tiene en la historia clínica debido a la ausencia de partograma, a lo que se suma que el Dr. HUGO VALDÉZ no consagró ni la presentación, ni la dilatación, borramiento y mucho menos el descenso.

Destacó que tan solo es después de la valoración que hace el servicio de ginecológica y obstétrica a las 06:45 horas, que la paciente es trasladada a la sala de cirugía donde fue valorada por el anestesiólogo de turno Dr. JAVIER PÉREZ PUERTA, que ingresó a las 7 am, y ordenó ingreso a quirófano para atender parto de urgencia.

Que en la nota de atención del parto el doctor Javier Pérez Huerta anotó “feto con depresión respiratoria prolapso del cordón umbilical y consagra unas observaciones en las que consagra que la paciente mantuvo al bebé suspendido del abdomen y *alcanzó a presentar hipoxia*, decía que no podía más”. Resalta que al señalar “alcanzó a presentar hipoxia” y según las manifestaciones del perito y lo que se encuentra en la literatura médica pueden generar a mediano y largo plazo algunas secuelas neurológicas.

Alegó que, pese a lo consagrado en la historia clínica referente a la hipoxia, dentro de la audiencia de pruebas en su testimonio el doctor Javier Pérez Puerta indica que el bebé no hizo asfixia, lo que es contrario a lo consagrado en la historia clínica que indica que el recién nacido sí hizo asfixia perinatal, pues las pruebas que se realizaron para asfixia perinatal resultaron positivas. Entonces con el testimonio del doctor Pérez Puerta y la historia clínica no puede decirse que el bebé no tuvo asfixia perinatal, pues sus dichos se caen de su propio peso, lo mismo que las manifestaciones realizadas por la pediatra Blanca Fabiola Anaconda León quien manifestó que nunca hubo asfixia perinatal; luego existe una dicotomía entre lo informado por

los testigos y lo consagrado en la historia clínica, por lo que en ese sentido no se le puede dar total crédito a sus manifestaciones.

Señaló que la asfixia perinatal produce hipoxemia grave con alteración importante del equilibrio ácido básico del neonato. Los supervivientes a la asfixia moderada y severa, la principal secuela es la encefalopatía e hipoxia isquémica. Según el dictamen, no hay criterios para el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo conforme la historia clínica. Por ello, dentro de la contradicción del dictamen, se sostuvo que la situación debería ser valorada por un pediatra neonatólogo, prueba que no pudo realizarse a pesar de haber sido solicitada y decretada por el despacho de conocimiento por lo cual se elevó solicitud probatoria en el recurso de apelación.

Por su parte el doctor Javier Pérez Puerta solicitó que se llame a neuropediatra, en virtud a la conclusión a la que se llevó en la historia clínica de que el nacido presentaba hipotonía de las extremidades superiores y de las zonas escapulares, ordenó remisión a terapia ocupacional tax cerebral PGOX, SS, EG con depravación del sueño.

Al ser valorado en la Clínica Valle de Lili el día 29 de marzo de 2012 por parte del doctor Juan Fernando Gómez Castro, se diagnostica asfixia del nacimiento no especificada y encuentra lactante con hipertono y retraso motor deglución secundarios a evento ficticio perinatal.

Concluye el apelante resaltando que, el recién nacido efectivamente presentó asfixia perinatal corroborada con las pruebas realizadas para ello, conforme a la nota de la historia clínica de la clínica la estancia y conforme a los valoraciones especializadas que realizó pediatría neuro pediatría quienes al examen físico encuentran en lactante con hipertono y retraso motor deglución secundarios evento ficticio perinatal, situación que fue desconocida por el despacho de instancia y no puede ser obviada por el Tribunal Administrativo del Cauca y que a pesar de la conclusión a la cual llega el perito ginecólogo al decir que no se cumple con los criterios para el diagnóstico de asfixia neonatal, este mismo perito solicita la valoración por parte de pediatra neonatólogo.

Lo anterior no significa que el menor no haya padecido un síndrome de asfixia perinatal pues los profesionales especialistas en pediatría y neuro pediatría encontraron al lactante con hipertono y retraso motor deglución secundarios a evento de asfixia perinatal.

Anotó que, conforme a la historia clínica en el momento de la atención del parto y el nacimiento del menor no había pediatra. Sin embargo, de acuerdo con nota de enfermería a las 8:40 se llama a la doctora Anacona para que valore el recién nacido quien llega a las 10:27 horas es decir dos horas 40 después de su nacimiento y encuentra que el menor tiene dificultad para respirar porque se le tornaba morada la boca y se le hacía un hueco grande en el diafragma la Enfermera lo satura y efectivamente les dice que muy seguramente hay que pasarlo a neonatos. La pediatra encontró al recién nacido cianótico de miembro inferior izquierdo con antecedente de parto vaginal podálico en el momento en que se encontraba en sala de cirugía, Refieren realizaron RCP con BP por 30 segundos, con excelentes respuesta del recién nacido; ordenó vigilancia de temperatura y pulso extremidad inferior izquierdo e informarse si hay cambios.

A las 20:15 horas del 18 de diciembre de 2013, es decir después de 12 horas de evolución, es nuevamente valorado por la pediatra encontrando a nivel respiratorio con Silberman tres Slash 10, aleteo nasal, tirajes intercostales, tejido respiratorio audible con fonendoscopio y decide remitir a neonatos con diagnóstico de síndrome respiratorio secundario.

El recién nacido ingresa a neonatos con los siguientes diagnósticos: 1. RNAT 38 S PTAG 2. SDR; 3. Mala adaptación neonatal y 4. APN (asfixia perinatal) las cuales resultaron positivas.

Egreso de neonatos con los siguientes diagnósticos: RNAT 38S PTAG; 2. SDR (síndrome respiratorio) 3. APN (asfixia perinatal) 4. Síndrome post reanimación; 5. Ictericia más incompatibilidad de grupo.

El 24 de febrero de 2012 la señora Muñoz lleva a su hijo a aplicarle las vacunas a las 10:30 A.M. Después de colocadas, a eso de la 1 P.M. el bebé está morado, rígido e inconsciente y muy frío por lo que lo llevaba a urgencias con diagnóstico de síndrome convulsivo, para lo cual se le suministra fenobarbital. Al ser valorado por neuropediatría, a cargo de la doctora Maria Eugenia Miño, presenta hipotonía de las extremidades superiores y de la zona escapular; ordena remisión a terapia ocupacional, tax cerebral, de X, SSEG con depravación del sueño.

El 29 de marzo de 2012 fue valorado en la Clínica Valle de Lili, por el doctor Juan Fernando Gómez Castro, quien diagnostica asfixia del nacimiento no especificada y encuentra lactante con hipertono y retraso motor deglución secundarios a evento ficticio perinatal. Se hace claridad que el evento post vacunal presentado sugiere como primera posibilidad diagnóstico la presencia de HHH Post vacunal, no una crisis convulsiva.

Insistió en la necesidad de la intervención de un perito neonatólogo y o neuro pediatra, en contraste con la literatura médica disponible para contar con un mejor criterio al momento de tomar la decisión que en Derecho corresponda.

Refirió que debe tenerse en cuenta las investigaciones administrativas realizadas por el tribunal de ética médica en contra del doctor Javier Pérez Huerta, puesto que pese a que se realizó investigación en su contra bajo la consideración de que le correspondió realizar una atención de emergencia, no se investigaron las falencias en la atención de otros profesionales de la salud y las fallas administrativas presentadas por la institución.

Concluyó esgrimiendo que conforme la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y confrontado con las notas de enfermería, evolución de la historia clínica y con los protocolos de manejo de la atención de parto en podálico asfixia perinatal indican de manera contraria lo concluido por el despacho de instancia que existe error en el diagnóstico, que la tensión del parto de Milena Muñoz 12 fue deficiente por cuanto hubo tardanza en la valoración por el servicio del ginecología de la Clínica la Estancia, por lo anterior, expresa que es evidente que no existió una valoración oportuna por el servicio de ginecología y obstetricia de la clínica la estancia y yo aunado a que del servicio de pediatría no estaba presente para el momento del parto por cesárea que ya se había determinado tardíamente, trayendo como consecuencia unas asfixia perinatal en la humanidad del menor Nicolas Saavedra Muñoz asfixia del nacimiento no especificada, encontrándose lactante con hipertono y retraso motor deglución secundarios a evento ficticio perinatal.

Finalmente, la parte pidió como pruebas de segunda instancia: la designación como perito de un médico especialista en pediatría; solicitar la historia clínica del menor NICOLÁS SAAVEDRA a NEONATOLOGÍA DEL CAUCA SA de la clínica La Estancia; se permita complementar la historia clínica del menor; y se decrete la sustentación del dictamen pericial de la psiquiatra Liliana Charry, quien llegó 20 minutos tarde a la audiencia de pruebas y no fue tomada en cuenta su exculpación

4. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 03 de septiembre de 2018 se admitió el recurso, y se ordenó la notificación al Ministerio Público y a las partes. En la misma providencia, se resolvió NEGAR las solicitudes probatorias en segunda instancia, realizadas por el demandante en su recurso. *Fls 3 a 6 C. del recurso.*

Por auto de 17 de septiembre de 2018, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aleguen de conclusión y emita el concepto, respectivamente. *Fl. 11 C. del Recurso.*

El Ejército Nacional alegó a folios 15 y 16, y la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, a folios 17 a 27 del cuaderno del recurso, enfatizando que la atención del parto y el proceso post parto se brindó de conformidad con la *lex artis*; y que según lo planteó el Dr. Guillermo Garrido Mejía, el ingreso de la paciente fue con 3 grados de dilatación y 20% de borramiento, lo que no era indicador para atender el parto, aunado a que aún en la semana 34 que cursaba el feto podía cambiar de posición, por ello las ecografías previas no aseguraban que iba a ser la posición final.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El Tribunal Administrativo del Cauca es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, pues, se trata de resolver la apelación impetrada por la parte demandante contra la Sentencia No. 28 del 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán.

2. La sentencia y los cargos de la apelación

La Jueza A quo, luego de analizar las pruebas allegadas, y en especial el dictamen pericial del Dr. JESÚS RAMÓN BERMÚDEZ ROA, concluyó que NO se logró probar la presencia de una falencia en los procedimientos médicos, derivada o relacionada con la atención hospitalaria brindada por la Clínica La Estancia S.A. el día 18 de diciembre de 2011 durante la atención del parto, tanto en el diagnóstico como en el procedimiento; por el contrario, se comprobó que los médicos a cargo de la atención médica en el momento del ingreso de la paciente, no podían detectar la posición podálica del feto, por sus condiciones clínicas, porque tenía escasa dilatación del cuello uterino y las membranas completas, lo que no ameritaba en ese momento valoración por ginecología; y cuando identificaron una posición podálica, por el avance de las condiciones fisiológicas, se ordenó la cesárea; pero en el examen previo a la cirugía, se encontró una ruptura de membranas con salida de líquido y las extremidades inferiores expuestas con prolapso del cordón umbilical, lo que significó unas condiciones poco frecuentes, y como la paciente no pujaba como era necesario, fue imperativo realizar la maniobra obstétrica de Kristeller, que consiste en empujar al feto desde la parte superior del vientre, la cual fue “salvadora” y “adecuada”, según el perito.

La Juez destacó que, según el peritaje, se descarta la presencia de elementos que indiquen encefalopatía hipoxia – isquémica del neonato, o herramientas o resultados que revelen algún tipo de sufrimiento fetal, o síntomas de hipoxia, a pesar de la reanimación y suministro de oxígeno al recién nacido luego de 30 segundos, a lo que respondió satisfactoriamente.

En su recurso de apelación, la parte demandante alegó que en controles y consultas prenatales se había diagnosticado que *el feto venía en posición podálica*, lo cual no fue tenido en cuenta por el médico general que le brindó atención a la señora MILENA MUÑOZ TOSE cuando ingresó a la Clínica La Estancia el 18 de diciembre 2011, pese a que contaba con las ecografías previas, en las que se demostraba la presentación podálica fetal. Situación que generó un retraso en la atención médica, mismo que se dilató porque en el registro de 3 evoluciones (02:20 horas, 03:20 horas y 06:30 horas) no se reportó borramiento, ni dilatación ni presentación del feto y mucho menos se elaboró el partograma.

Sobre el particular, se encuentra acreditado que la paciente recibió atenciones por amenaza de parto pre termino, tanto en el Hospital Susana López de Valencia (30 de septiembre de 2011- fl.38 C. Ppal.-, 17 de noviembre de 2011 -Fl.43 C. Ppal.-, 18 de noviembre de 2011 -Fl.45 C. Ppal.-, 20 y 22 de noviembre de 2011 -Folios 49 y 52 C. Ppal., donde se indicaba presentación podálica del feto. Igualmente, obra el registro de 3 evoluciones (02:20 horas, 03:20 horas y 06:30 horas) en la fecha de atención del parto 18 de diciembre de 2011, donde no se reportó borramiento, ni dilatación ni presentación del feto, tal como lo indica la parte actora.

De otro lado, no reposa en la historia clínica el partograma, según lo precisó el perito en la audiencia de contradicción del dictamen, en el cual se registra la dilatación, el borramiento y el descenso del feto, para determinar cambios en la evolución normal o anormal del parto; no obstante, enfatizó que con la demás información de la historia clínica se puede determinar que la dinámica del parto fue normal.

Por su parte, el peritaje rendido por el Dr. JESÚS RAMÓN BERMÚDEZ ROA, médico especialista en ginecología y obstetricia, docente de la Universidad del Cauca, señaló entre otras cosas, que a su ingreso, se le ofreció el parto vaginal porque no se diagnosticó presentación podálica a pesar de que se tenía varias ecografías previas en las que se demostraba la presentación podálica fetal; y que hubo un retraso en la valoración por ginecología de 5 horas, que permitió determinar la verdadera presentación podálica fetal, por lo cual se cambió la conducta de parto vaginal a cesárea de urgencias.

"En cuanto a la atención de la Sra. Milena Muñoz Tose, se le ofreció el parto vaginal porque a su ingreso no se diagnosticó presentación podálica a pesar de que tenía varias ecografías previas en las que se demostraba la presentación podálica fetal."

Se encuentra un retraso en la valoración por ginecología de 5 horas, que permitió determinar la verdadera presentación podálica fetal y, por lo cual se cambia la conducta de parto vaginal a cesárea de urgencias por los riesgos del parto vaginal podálico, pero la paciente ya había pasado de una fase latente a un trabajo de parto fase activa.

Pasó una hora desde la orden de cesárea urgente 6:45 am hasta la hora de nacimiento por parto vaginal del niño Nicolás Saavedra Muñoz reportado en la historia clínica como 7:40 am, al parecer por expulsivo de partes fetales a su ingreso a las salas de cirugía y prolapso de cordón umbilical."

Al respecto concluyó que hubo unos "retrasos", en los siguientes términos:

"Hubo un retraso en el diagnóstico de la presentación fetal podálica."

Hubo un retraso en la valoración por parte de ginecología."

Hubo un retraso para la realización de la cesárea que llevó a la atención del parto vaginal en podálica."

No hay criterios según la historia clínica para el diagnóstico de sufrimiento fetal agudo."

Y en la contradicción del dictamen, surtido en la audiencia de pruebas del 8 de marzo de 2016, desarrolló una explicación sobre el retraso en el diagnóstico y la valoración por parte de ginecología, indicando, ante la pregunta de la apoderada de la parte actora: "¿al momento de la atención inicial se debió establecer la posición del feto?", a lo cual respondió que "sí, el médico establece la posición, sino que el diagnóstico es erróneo (...) no lo pone en el

diagnóstico sino donde va el hallazgo físico, donde dice FUVC significa FETO ÚNICO VIVO CEFÁLICO, ósea para el médico que la evalúa inicialmente el feto estaba en una presentación de cabeza". Minuto 45:14 en adelante.

Adicionalmente, expuso: *"hasta donde iríamos, la parte del parto, estoy claro en lo que le digo, sí hubo un retraso en el diagnóstico de la presentación porque al llegar, si fuera conocido o se hubiera hecho el diagnóstico podálico, yo creo que la conducta hubiera cambiado, no hubiera sido vigilar un trabajo de parto sino ir directamente a una cesárea, y de pronto el retraso que hubo que ya hizo que avanzara tanto el trabajo de parto que hizo que ya no se pudiera realizar la cesárea como tal, porque ya hubo la salida y la expulsión del feto y tocó atender el parto en la presentación que venía".* Min 37:37 en adelante.

Lo anterior concuerda con el protocolo para CESÁREA, aportado por la Clínica La Estancia, que en el punto 4. SIGNOS Y SÍNTOMAS, indica: *"Es posible que su médico le sugiera tener una cesárea con motivo de los siguientes problemas del embarazo: (...) El bebé está de nalgas, con los pies primero o en posición transversal (hombros primero)..."* Fl.172 C. de Pruebas 1.

Conforme lo manifestado por el perito, cuyo dictamen no fue objetado por error grave y fue sometido a contradicción -por lo cual tiene pleno valor probatorio-, la Sala toma distancia de la apreciación de la A quo en este punto, pues pasó por alto las claras explicaciones que rindió el experto sobre el error en el diagnóstico, las cuales eran suficientes para determinar la existencia de dicha falencia.

No obstante, por sí mismo, ese retraso o falencia no da lugar a la responsabilidad administrativa del Estado, pues deben reunirse los demás requisitos dentro de la falla probada, que rige actualmente la falla médica, cuales son la existencia del daño antijurídico y el nexo de causalidad, agregando que debe ser la actuación u omisión del demandado la causa eficiente de la producción del daño. Así lo explica la Sección Tercera del Consejo de Estado²:

"[L]a falla probada del servicio es el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. Luego de acudir a criterios como la "falla presunta" o la "teoría de las cargas dinámicas de la prueba", la jurisprudencia retomó la regla probatoria del artículo 177 CPC, según el cual incumbe a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. El demandante debe, pues, demostrar el daño, la falla por una omisión o una acción negligente o irregular de la entidad estatal y el nexo de causalidad, es decir, que la falla médica fue la causa eficiente del daño sufrido. A pesar de que la carga probatoria es del demandante, la entidad estatal puede exonerar su responsabilidad si acredita la diligencia y cuidado, o que el daño sobrevino como consecuencia de una causa externa, como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o que fue el desenlace natural de la patología del paciente." (Resalta la Sala)

Agrega la parte demandante en su recurso de apelación que según las anotaciones del médico JAVIER PÉREZ PUERTA, el bebé *"alcanzó a presentar hipoxia"*, y según las manifestaciones del perito y lo que se encuentra en la literatura médica es que pueden generar a mediano y largo plazo algunas secuelas neurológicas. E insistió en que según la historia clínica sí existió *"asfixia perinatal"*, pese a que los testimonios indican que no la hubo, por lo que deberían desestimarse estos; precisó que la asfixia perinatal produce hipoxemia grave con alteración importante, y su principal secuela es la encefalopatía e hipoxia isquémica.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00798-01(53249), Actor: JORGE ENRIQUE AGUILERA, Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

El Dr. Pérez Puerta (gineco obstetra que atendió el parto) señaló que después del nacimiento el menor presentó una complicación respiratoria, que era normal ante la posición podálica en la que venía, que generó un puntaje de APGAR de 6 puntos, pero suministrando oxígeno durante 30 segundos, el bebé respiró generando calificación de APGAR de 9 puntos a los 5 minutos del nacimiento y de 10 puntos a los 10 minutos (APGAR 6, 9, 10 FI-56 C.Ppal.), siendo la calificación más alta de la escala.

Respecto de la Hipoxia, la Sala considera que si bien es cierto en la nota de atención de parto, el 18 de diciembre de 2011 (Folio 72 del C. Ppal.) se registró que el bebé *"alcanzó a presentar hipoxia"*, que es la disminución del aporte de oxígeno, el perito al surtir la contradicción de su dictamen precisó que todo parto tiene un efecto hipóxico, porque hay un momento durante las contracciones donde disminuye el flujo del útero a la placenta y disminuye el aporte de oxígeno al feto, y el menor pudo presentarla, pero se realizó RCP (reanimación cardio pulmonar) durante 30 segundos *"con excelente respuesta del bebé"*. FI.58 C. Ppal. Presentando otra dificultad 12 horas después, advertida por la pediatra, por mala adaptación neonatal.

Al respecto, el peritaje refiere:

"El menor Nicolás Saavedra Muñoz requirió RCP con VPP por 30 segundos según historia clínica con adecuada respuesta, tanto así que fue valorado por pediatría 3 horas posteriores al nacimiento y no encontraron signos de dificultad respiratoria y se ordenó vigilar T y pulso de MII por cianosis e informar cambios. Se dejó junto a la madre.

El RN Nicolás Saavedra Muñoz es revalorado por Pediatría Dra. Delsy García a las 20:15 ósea 12 horas y 30 minutos después del nacimiento encontrando signos de dificultad respiratoria y ordena remitir a Neonatos por SDR secundario a MAN (mala adaptación neonatal).

El RN permaneció en unidad neonatal del 18-12-2011 al 25-12-2011 cuando se dio de alta, en epicrisis reportan que requirió 02 suplementario por 24 horas, fototerapia y al siguiente día inició vía oral bien tolerada.

De acuerdo a la evolución y manejo en UCIN no cumplió con criterios de asfixia neonatal ni mucho menos se dio manejo para ello.

El menor Nicolás Saavedra Muñoz presentó a los 2 meses de vida una reacción post vacunal descartada como convulsión, se realizaron TAC cerebral, electroencefalogramas y potenciales evocados normales. Camina desde los 15 meses de vida que es una edad normal para iniciar la marcha dentro del desarrollo motor. Tiene valoración de Neuropediatría Dra. Miño a los 15 meses de vida (13-03-2013) con neurodesarrollo normal, encuentra hemiparesia derecha y remite a terapia física. Se desconoce el estado de Neurodesarrollo del niño a la fecha."

Explica el perito en la audiencia de pruebas que según la historia clínica no se cumplen los criterios para diagnosticar asfixia, por cuanto:

"No hay pruebas en la historia clínica consistentes que hubo una asfixia perinatal...no encontré las herramientas; tenían que haber tenido un examen de gases arteriales del cordón umbilical, que en la historia no está reportado, la puntuación ASGAR si está reportada que debe ser por encima de los 5 minutos persistentes menos a 5-3, que al minuto estaba en 6 y posteriormente estaba en 9.9, ósea hubo una respuesta rápida del bebé. Y lo que es la secuelas o compromisos de otros órganos, la presentación de una

crisis convulsiva en el periodo periparto³ no las presentó el bebé. Lógicamente eso es más manejo del pediatra o del neonatólogo.”Min. 29:30.

Asfixia neonatal tiene 3 criterios claros, y solo está el ASGAR, que no lo cumple. Según escalas y guías para asfixia no cumple con todos los criterios. Encefalopatía son las secuelas, según el grado de la asfixia, leve, moderada o grave. Requirió oxígeno por cánula por 24 horas, no necesito intubación ni conectar a un respirador. Se dio luego un manejo fue por fototerapia, que es colocar al bebé por cierto tiempo en una cámara de calor, por incompatibilidad de grupo de sangre con el de la madre. Al segundo día se inició la vía oral. Precisó que el obstetra llega hasta el recibimiento del bebé, posteriormente tiene más experticia el pediatra.

La hipoxia, la disminución de oxígeno durante el trabajo de parto sí puede llevar a algunas alteraciones, lo que yo veo en el bebé es que no cumplió con los criterios definidos para que hubiera un sufrimiento o una asfixia durante el trabajo de parto, y la dificultad posterior la presentó 12 horas después del parto, por mala adaptación neonatal, no habla ni de sufrimiento o asfixia fetal, que es aquellos bebés que en su periodo neonatal, en su periodo de nacimiento, en las primeras 24 horas, puede ser por frío, por hipotermia, disminuyó la temperatura, hipoglicemia, pueden hacer cambios en la frecuencia respiratoria, distrés respiratorio, pero es más área del pediatra. Min 36:19 y siguientes.

En cuanto a la valoración por pediatría, se encuentran las siguientes anotaciones relevantes:

18/12/2011 10:27 HS PEDIATRIA. Solicitan valoración por pediatría a RN que presenta coloración cianótica de Mnf Izq... parto vaginal podálico en momento en que se encontraba en la sala de cirugía. Se refiere **realizaron RCP con VPP por 30 segundos con excelente respuesta del RN**. Refiere succionando bien. (Fl. 58 C. Ppal.)

24/02/2012 13:50 -Clínica La Estancia. Nicolás Saavedra Muñoz. Descripción. Pediatría. Edad 2 meses. **Ant. de asfixia perinatal**, hospitalizado por 15 días. **Al parecer sin secuelas**. Hoy vacuna. Ox: Síndrome convulsivo. Taquicardia. Neumonía respiratoria. (Fl. 87 C. Ppal.)

Dra. BLANCA FABIOLA ANACONA LEÓN: Médico Pediatra. Sostiene que para el día de los hechos fue llamada para la atención de un recién nacido en la Clínica La Estancia por la presencia de una extremidad cianótica en miembro inferior izquierdo, la que evidenció en el examen físico, siendo lo único llamativo a raíz de la valoración. Sostuvo que las pruebas médicas descartaron asfixia perinatal, pues los resultados arrojaron índices normales. Afirmó que el bebé presentó una incompatibilidad sanguínea con la madre, lo que pudo desencadenar una ictericia neonatal ante lo cual requirió de fototerapia, se resaltó además que dicha incompatibilidad es congénita y su tratamiento demanda la hospitalización a la que fue sometido el menor, circunstancia que no tiene relación alguna con los procedimientos del parto que únicamente se manifestaron en una extremidad equimótica sin complicaciones mayores, situación que registra la historia clínica (Fl. 84 C. Ppal.) y de la cual da cuenta el informe pericial de Dr. Bermúdez Roa, cuando detalla que la (...) hospitalización de una semana del neonato fue con ocasión de los niveles de hiper- bilirrubinemia, debido a la incompatibilidad sanguínea entre la madre y el neonato, con buena evolución posterior.

³ Período inmediatamente anterior, durante e inmediatamente después del parto.

Adicionalmente, se observa que se realizó un TAC MULTICORTE CEREBRAL del 16 de enero de 2012 en la Clínica La Estancia (Fl. 101 C.Ppal) cuyo resultado es positivo, sin secuelas ni lesiones cerebrales del menor.

Igualmente se observa valoraciones médicas realizadas para el 24 de febrero de 2012 en la Clínica La Estancia (Fls. 85 a 87 C. Ppal.) y el 29 de marzo de 2012 en la Fundación Valle del Lili (Fl. 22 C. Pruebas), donde se indica que Nicolas Saavedra Muñoz presentó un único episodio convulsivo, como reacción a un episodio post- vacunal. Sobre el particular, la Dra. Anaconda León, pediatra, sostuvo que las reacciones vacunales pueden presentarse aún en episodios convulsivos, siendo particulares y asociadas a cada paciente el tipo de reacción que puede presentar, sin que la misma tenga relación con circunstancias acaecidas en el momento del parto.

Ahora bien, la parte demandante insiste en que debe tenerse en cuenta lo que dice la historia clínica, donde aparece la anotación *"pruebas para asfixia prenatal positivas"* (fls.121-123 C. Ppal.), que fue replicada para colocar en anotación del 24/02/2012 13:50 *"Ant. de asfixia perinatal"*, no obstante, no reposan en el expediente dichas pruebas y sus resultados. En efecto, en la contradicción del dictamen, ante la pregunta de la parte actora de por qué se dice que dio positivo pero él dice que no, el perito destacó que la anotación aparece en una epicrisis, que es el resumen final de salida de la historia clínica, pero no se ven las pruebas para APN durante la hospitalización o la nota de atención del neonato, por lo que no están descritos los estándares para su diagnóstico. Min 51:35 en adelante.

De otro lado, la parte actora trae a colación la valoración efectuada el 29 de marzo de 2012 por neurología pediátrica, en consulta externa de la Fundación Valle del Lili, donde se le diagnostica *"asfixia del nacimiento, no especificada"*, y en el análisis y conducta se determina *"lactante con hipertono y retraso motor/deglución secundarios a evento asfíctico perinatal."* Min 33:55. No obstante, solo aparece dicha anotación, no obran en la historia clínica los soportes de los exámenes realizados o los resultados, que revelen el cumplimiento de los estándares.

Para la Sala, en el contexto probatorio esbozado, no existe contundencia en la prueba de un daño cierto, consistente en una hipoxia con efectos negativos para la salud del menor, o una asfixia perinatal, y en consecuencia, tampoco hay certeza del daño respecto a las posibles secuelas que se puedan derivar, habiendo sido carga del demandante acreditarlo por tratarse del régimen de falla probada.

Sobre la certeza del daño, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que el daño debe ser cierto, es decir, *"no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas"*⁴, por lo que *"la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso"*⁵. (Resalta la Sala)

A lo anterior se suma que con lo probado, si bien existió una falencia en el retraso de la atención del parto, porque no se definió como podálico, tan pronto la gestante ingresó a urgencias de la Clínica La Estancia, no se logra establecer con contundencia la existencia del daño antijurídico, y que dicho retraso fuere la causa eficiente del presunto daño.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 250002326000 2001 02469 01 (32.570), M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵ Ibidem.

De forma consecuente, por sustracción de materia, al no estar probada la falla del servicio, no viene al caso evaluar la dimensión de los perjuicios morales, así como las pruebas que pretenden sustentarlos.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas

La condena en costas se encuentra establecida en el artículo 188 del CPACA, el cual dispone:

"Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

Las costas comprenden las expensas, entendidas como todos los gastos que son necesarios para adelantar el proceso, diferentes al pago de honorarios de apoderados judiciales, y las agencias en derecho que constituyen precisamente los gastos del apoderamiento judicial.

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el Código General del Proceso, señala:

"ARTÍCULO 365. CONDENACIÓN EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

Siguiendo el numeral 3 de este artículo, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante, a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y fue vencida en el proceso. Por concepto de agencias en derecho se reconocerá y pagará la suma de cero coma cinco por ciento (0,5%) del valor de las pretensiones negadas.

III. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. **CONFIRMAR** la Sentencia No. 28 del 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia.

RADICADO: 19001-33-31-004-2014-00074-01
DEMANDANTE: JOSE JHON SAAVEDRA ARIAS
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

2. Condenar en costas de la segunda instancia a la parte demandante, conforme lo expuesto.
3. Devuélvase al Juzgado de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

Firmada electrónicamente en SAMAI
CARLOS H. JARAMILLO DELGADO

Firmada electrónicamente en SAMAI
NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Firmada electrónicamente en SAMAI
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO