

Señora

JUEZ CUARTA ADMINISTRATIVA DEL CIRCUITO DE MANIZALES

E.S.D.

REFERENCIA: Reparación Directa de YOLANDA CRISTINA GARCÍA VELASQUEZ y otros contra el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS y otros.

RADICADO: 17001-33-33-004-2019-00316-00

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSION

GIOVANNY CARDONA GONZÁLEZ, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.090.191, portador de la Tarjeta Profesional No. 135.445 del C.S. de la J., obrando como apoderado judicial de la parte DEMANDANTE, en forma respetuosa me dirijo al despacho a fin de presentar los **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** dentro del término legal para que sean tenidos en cuenta al momento de tomar la decisión que en derecho corresponda.

Previo a señalar los argumentos de los alegatos de conclusión, es necesario indicar que reposa en el expediente suficiente material documental y testimonial que demuestra la responsabilidad por falla en el servicio por parte de las entidades demandadas, conforme a los hechos expuestos en el escrito de demanda.

ELEMENTOS DE PRUEBA

1. Historia Clínica.

Esta prueba documental es una de las más importantes, pues nos refleja en realidad como fue la atención de la paciente, los procedimientos realizados, el seguimiento del trabajo de parto, los exámenes practicados, el personal que atendió a la señora YOLANDA CRISTINA y el recién nacido EMILIANO GIRALDO GARCIA, lo cual, al contrastar con la declaración de los testimonios, nos permite concluir que existe responsabilidad médica imputable a las entidades demandadas.

Se evidencia en la historia clínica, que para la época de los hechos, la señora YOLANDA CRISTINA y el recién nacido EMILIANO GIRALDO fue atendida en el S.E.S Hospital de Caldas, sin el cumplimiento de los preceptos médicos y guías clínicas para la atención del trabajo de parto y posteriormente las valoraciones al menor, pues como quedó demostrado la clara falta de prudencia y diligencia del personal médico especializado desde el momento del ingreso a la institución, debido a que únicamente se centró la atención en realizar apreciaciones y evoluciones a un grupo de estudiantes, generando desconfianza y rompiendo la relación médico – paciente entre el personal médico y la paciente, lo que conllevó a la expulsión del recién nacido de manera traumática, permitiendo que posteriormente el menor EMILIANO GIRALDO sufriera de la lesión parálisis de Erb.

De acuerdo con la historia clínica que reposa en el expediente, no se evidencian en los controles prenatales complicaciones o indicaciones de riesgo, por lo que, en el momento del trabajo de parto, faltó a la diligencia el personal médico, teniendo en cuenta que no se efectuó el debido asesoramiento que tienen como rol los ginecobstetras de ser asesores de las mujeres a lo largo de su embarazo y por ende en el trabajo de parto. Pues dichos profesionales de la salud, tienen a su cargo la obligación de velar por la salud de la madre y del feto durante el periodo del embarazo.

Por último, según los reportes de historia clínica por la especialidad de Neuropediatría, se consigna que luego de las valoraciones realizadas, el menor EMILIANO GIRARLDO, fue remitido a la especialidad de Fisiatría, quien confirma que padece de parálisis de Erb, señalando: *"PACIENTE CON MUY BUENA EVOLUCION, PERO PERSISTE CON LIMITACION LEVE PARA MOVILIDAD PACIENTE CON POSIBLE LESION DE ORIGEN EN NACIMIENTO, NO HAY ANTECEDENTE DE EVENTOS TRAUMATICOS EN PRIMEROS DIAS DE VIDA"*

Lo anterior, quiere decir que a Emiliano se le produjo la lesión al momento de su nacimiento, situación que nunca fue informada a la señora Yolanda Cristina por el personal médico del S.E.S; pues remitiéndonos a la historia clínica del día del parto, es claro que omitieron esta situación; pues es claro que la lesión del plexo braquial no se produce sola.

2. Interrogatorios.

La señora YOLANDA CRISTINA GARCÍA hizo un recuento de las atenciones recibidas por los profesionales de la salud del S.E.S. La paciente indicó inicialmente que nunca le informaron sobre algún riesgo durante el embarazo y cumplió a cabalidad cada una de las citas y controles programados, con el fin de que tanto el tiempo de gestación como el parto fueran exitosos.

También, refirió la señora YOLANDA CRISTINA, que el médico que atendió el parto, fue el médico Javier Periuchini, quien, durante todo el trabajo de parto, desde el ingreso, tuvo una actitud tosca, grosera y brusca. Adicionalmente, manifestó que en las valoraciones que realizaba el médico tratante, siempre estuvieron acompañadas de practicantes, aún en el momento del expulsivo, fue una practicante quien estaba atendiendo el parto, siendo este traumático por la falta de experiencia de estos profesionales.

Así mismo, indicó al despacho que desde el momento del nacimiento evidenció que la mano de su bebé está diferente, por lo que inmediatamente le consultó al médico, quien le indica que es normal porque es un recién nacido y que con el tiempo se normalizaba. Pero sólo hasta que el menor fue valorado por la Neuro pediatra y fisiatra a los 7 meses de nacido, le informan sobre la anormalidad en el brazo y por ende, el diagnóstico de parálisis de Erb por lesión del plexo braquial, el cual se generó por un fuerte jalón al nacer.

La señora YOLANDA, afirmó que la movilidad del menor ha sido limitada, al igual que su estabilidad para correr o caminar, lo que ha conllevado a realizar un número significativo

de terapias con el fin de lograr la normalidad de la contextura del brazo. Por lo que ha debido asumir gastos particulares para que el menor tenga acceso oportuno a las terapias y valoraciones de especialistas, teniendo en cuenta que la EPS no autoriza a tiempo estos procesos.

Para finalizar, señala que el desarrollo de la vida de Emiliano no ha sido fácil, porque no puede movilizarse normalmente para hacer sus actividades deportivas, así como la afectación emocional pues el menor ve esta lesión como un defecto que no le permite desarrollarse de manera normal.

3. Testimonios.

- **Julián Giraldo e Isabel Cristina Monsalve.**

Inicialmente se recepciona el testimonio del señor JUALIAN GIRALDO, quien manifiesta al despacho que es tío del menor EMILIANO, por lo que tuvo conocimiento desde el nacimiento de la afectación en el brazo del menor. Señala que el brazo de Emiliano donde sufrió la lesión, le quedó inservible por descuido del Hospital donde fueron atendidos, Yolanda y el menor.

Señala que toda la familia se ha visto afectada por esta situación, lo cual ha sido traumatizante ver crecer a Emiliano con esta complicación y no poder desarrollarse en su vida de manera normal. Adicionalmente, manifiesta al despacho que es testigo de la angustia, tristeza y desesperación que han vivido los padres y toda la familia, así como el recurso económico que han generado para que Emiliano obtenga las terapias de manera oportuna.

Seguidamente, la señora Isabel Cristina, en su testimonio, igualmente es contundente y reiterativa al mencionar la afectación, angustia y tristeza que han vivido los padres y familiares con la situación de Emiliano. Adicionalmente, indicó que Yolanda le comentó lo doloroso y extenso que fue el parto.

Por último, manifiesta que estuvo presente cuando el niño fue llevado a casa luego del nacimiento, en donde se evidenció un llano constante y la posición del brazo no era normal.

ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS POR FALLA EN EL SERVICIO PRESTADO A YOLANDA CRISTINA GARCIA Y EMILIADO GIRALDO.

Según la jurisprudencia y doctrina sentadas por el honorable consejo de Estado, señala que la falla del servicio médico gravita en la falta de cuidado y diligencia, dos factores determinantes en el ámbito médico de imperativa observancia, por cuanto una persona desde el momento del ingreso a una entidad que preste servicios de salud, debe ser

examinada con detenimiento para un diagnóstico efectivo, suficientemente ilustrativo que permita un tratamiento coherente y rápido para evitar la evolución de la enfermedad y se generen secuelas irreversibles.

En el caso de Yolanda Cristina, se omitió gravemente en la historia clínica la lesión del plexo braquial producida al momento del nacimiento de Emiliano, pues esto generó que no se tomarán las medidas necesarias para que el recién nacido fuera inmediatamente valorado por el especialista en pediatría y así ser diagnosticado e iniciado el tratamiento rápido y adecuado.

Es por ello que se encuentra debidamente demostrado en el proceso los presupuestos de la responsabilidad médica, por cuanto, conforme a las pruebas documentales y testimoniales, el menor EMILIANO GARCIA perdió la oportunidad de acceder a un diagnóstico y por ende al tratamiento para su debida recuperación.

DAÑO ANTIJURÍDICO

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁴ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

Al respecto, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”¹.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado:

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y

¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”².

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”³.

Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵, anormal⁶ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁷.

La lesión causada a EMILIANO GIRALDO, se encuentra debidamente acreditada con la historia clínica aportada, igualmente las secuelas que estas le generan. Es importante resaltar que las convocadas omitieron información al momento del nacimiento, toda vez que tal como indica la literatura médica, existen unos factores de riesgo que pueden producir la parálisis de Erb, lo que quiere esto decir, que no hay una explicación por parte de las convocadas de la producción del daño y más aún que como consecuencia de lo anterior, EMILIANO perdió su oportunidad de tener un diagnóstico oportuno y un tratamiento adecuado con una rehabilitación rápida que haya evitado las secuelas irreversibles con las que hoy en día cuenta.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN EL DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO:

² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁴ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁵ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁶ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁷ 2 Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

el daño antijurídico imputable a la falla en la prestación del servicio médico no es necesariamente el deterioro de las condiciones de salud del paciente –que es aquel generalmente invocado de forma expresa en el petitum de las demandas de reparación directa por fallas médicas-, resulta de la pérdida de oportunidad de obtener un restablecimiento o mejoría, o de evitar un deterioro o, incluso, el que proviene de la vulneración al derecho a recibir atención médica oportuna y adecuada en que se traduce la ocurrencia de la falla –aspectos que, sin ser invocados expresamente como los daños a indemnizar, son usualmente desarrollados en la causa petendi de la demanda-. (...)

En relación con la pérdida de oportunidad, la Sección Tercera ha optado por considerarla como una modalidad de daño autónomo y no como una técnica para facilitar la prueba en casos de incertidumbre causal –posibilidad planteada por la doctrina-, aunque existan posiciones disidentes, de ahí que haya sido definida como el quebrantamiento del interés legítimo de obtener un beneficio cuya realización, aunque incierta, resulta probable, o de eludir un perjuicio cuya concreción no podría evitarse del todo. En ese sentido se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, aunque sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización⁸.

Es por lo anterior, que el despacho debe proceder con acceder a las pretensiones de la demanda, conforme a los siguientes perjuicios:

Perjuicios morales:

El perjuicio moral, de conformidad con las reglas de la experiencia señaladas por la jurisprudencia, se presume sufrido por la víctima directa y sus parientes cercanos. Al respecto, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 18.721, cuando se analizó los presupuestos para que se pueda condenar por concepto de perjuicios morales, así:

"la familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grado señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio".

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2009, exp. 35656

La subsección C, en sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicación 73001233100019990248901 (24779), plantea la metodología para la tasación de los perjuicios morales:

"el test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es, la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otro ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias del núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto".

Así las cosas, por razón de los perjuicios morales es imprescindible tener en cuenta la naturaleza, la intensidad, extensión y la gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo.

Daño a la salud:

La Sala Plena de la Sección Tercera, en punto al contenido del perjuicio solicitado y su

identificación con el daño a la salud como una tipología de perjuicio autónomo. Expuso la Sección:

*"En otros términos, **un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial** como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia - antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, **los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.***

*"(...) "En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, **cundo el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.***

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁰.

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"¹¹.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en

9 Sentencia de 14 de septiembre de 2011, expediente 38.222, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

¹⁰ "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

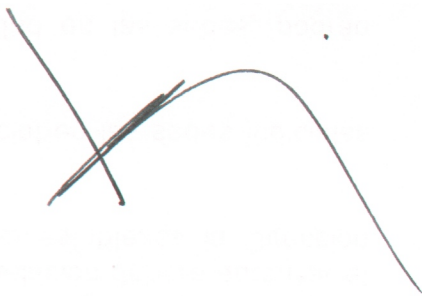
¹¹ "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico "debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado." ROZO Sordini, Paolo "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

"En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno."

Ciertamente, la incapacidad física que las entidades convocadas le produjeron a la víctima no solo pérdida de la estabilidad emocional o dolor físico, sino que por todo el momento en el que estará sometido a terapias, exámenes, como también podrá ver frustrada sus actividades, teniendo en cuenta que se encuentra con secuelas que le impiden una marcha normal, y desconocemos a futuro las afectaciones que tendrá.

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Giovanni Cardona González', with a stylized flourish at the end.

GIOVANNY CARDONA GONZÁLEZ

C.C. No. 75.090.191

T.P. No. 135.445 del C. S. de la J.