



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 54001-33-31-000-2002-00173-01 (50805)

Actor: CALIXTO EDUARDO ANGULO BURGOS Y OTRA

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F. Y
OTRO**

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN PROCESO DE ADOPCIÓN – los demandantes afirman haber adoptado a una menor que luego fue diagnosticada con una grave enfermedad / EL DAÑO – los daños morales y patrimoniales sufridos por los demandantes no son imputables al I.C.B.F., dado que esa entidad no oculto información ni tergiversó la suministrada a los padres sobre la salud de su hija.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: Declarar no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.

“SEGUNDO. Absolver de responsabilidad al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

“TERCERO: Declarar responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. administrativa y patrimonialmente de los perjuicios sufridos por Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar Sus, como consecuencia del daño especial sufrido con motivo de la adopción de la menor L.M.A.C. quien padece ezquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales lo que le generó un retraso psicomotor y de lenguaje severo, con cuadriparesia espástica y ceguera total, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

“CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, condenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. a pagar por concepto de perjuicios morales a los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar Sus el valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente providencia para cada uno de ellos. Asimismo, por concepto de daño a la vida en relación al señor Calixto Eduardo Angulo Burgos el valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la señora Sandra Cuellar Sus el valor de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en ambos casos para la fecha de ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

“QUINTO: Condenar en abstracto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. a pagar los gastos realizados entre la fecha en que fue entregada la menor L.M.A.C. a los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar Sus, en la suma que resulte liquidada en trámite incidental, teniendo en cuenta las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia, dicho período comprenderá hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

“SEXTO: Condenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. a partir de la ejecutoria de la presente providencia de manera permanente, esto es, mientras viva, a reconocer y pagar a la menor L.M.A.C., los tratamientos médicos, fisioterapéuticos, fisiatría, ortopedia, etc., necesarios para garantizar su calidad de vida. Para el efecto, a partir de la ejecutoria de la presente providencia y cada seis (6) meses deberá reunirse un comité integrado por el director regional del I.C.B.F., un médico fisiatra y un fisioterapeuta cuyo costo estará a cargo del I.C.B.F., un

representante de la Procuraduría Delegada ante la Jurisdicción de Familia y los padres de la menor, quienes de manera conjunta determinarán el tratamiento y acciones a seguir en relación con el cumplimiento de la presente providencia.

“SÉPTIMO: *Negar las demás súplicas de la demanda.*

“OCTAVO: *Devolver a la parte demandante el remanente de los dineros consignados para los gastos ordinarios del proceso.*

“NOVENO: *A la anterior condena la entidad demandada dará cumplimiento dentro de los términos y en la forma señalada en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y los valores liquidados deberán actualizarlos en la forma dispuesta en el artículo 178 ibídem. Expídase copia que preste mérito ejecutivo al apoderado de los demandantes que ha venido actuando en el presente proceso.*

“DÉCIMO: *Una vez en firme la presente archívese el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.*

“DÉCIMOPRIMERO: *En caso de no ser apelada la presente providencia será enviada en Consulta de manera conjunta con el auto de liquidación de la condena en abstracto”.*

I.- SÍNTESIS DEL CASO

El 24 de marzo de 1998, los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus presentaron una solicitud de adopción de una niña. El 25 de junio de 1999, su solicitud fue aprobada y el 16 de julio siguiente recibieron la custodia de la menor L.M.A.C. junto con un certificado médico según el cual su estado de salud era “*normal*”; sin embargo, el 2 de marzo de 2000, a la menor se le detectó un cuadro clínico de “*esquizencefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto*”, lo que le causa una insuficiencia muscular por daño cerebral y que limita su desarrollo sicomotor. Según los demandantes, de haber conocido el diagnóstico de la menor para el momento de la solicitud, no la habrían recibido en adopción.

II.- ANTECEDENTES

En escrito presentado el 19 de diciembre de 2001¹, los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus², por conducto de apoderado judicial³, presentaron demanda de reparación directa, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar IC.B.F. y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el fin de que se les declarara administrativamente responsables “*con ocasión del hallazgo de esquizencefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales y tabique interventricular incompleto en la menor adoptada L.M.A.C.*”⁴.

1.1.- Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, por concepto de perjuicios morales solicitaron el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes.

A título de “*daño a la vida de relación*” solicitaron la cantidad de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes.

Igualmente, solicitaron perjuicios materiales por concepto de daño emergente en la suma de \$450'000.000.

Señalaron que, en caso de no establecerse el valor de los perjuicios, se ordene el trámite incidental previsto en el artículo 172 del C.C.A.

1.2.- Los hechos

¹ Es la fecha del sello de radicación de la demanda en la oficina judicial de Cúcuta, folio 27 vuelto cuaderno 1.

² Se anotan los nombres como aparecen en la demanda, como los suscriben los actores en el poder y como se anotan en el registro civil de nacimiento de su hija y en el de su matrimonio (folios 3 a 29 cuaderno 1).

³ Los actores otorgaron poder para demandar, según consta a folio 3 cuaderno 1.

⁴ Fls. 4 a 27 cuaderno 1.

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

Los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus contrajeron matrimonio el 22 de marzo de 1997 y ante la imposibilidad de procrear, decidieron adoptar un hijo, con el fin de conformar una familia.

El 24 de marzo de 1998, los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus presentaron ante el I.C.B.F. una solicitud de adopción en la cual establecieron como condición recibir un menor que se encontrara en "*excelente estado de salud*".

El 25 de junio de 1999, el I.C.B.F. le comunicó a la pareja que su solicitud de adopción había sido aprobada y les advirtió lo siguiente (se transcribe de forma literal):

"Queda pendiente hacerles la asignación de rigor entrando entonces en lista de espera, dado que en los actuales momentos no tiene el Comité a disposición menores con las características por ustedes indicadas, novedad que se les dará a conocer tan pronto se produzca".

El 16 de julio de 1999, el I.C.B.F. de Ocaña transfirió a los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus la custodia de la menor Valentina L.S. hoy L.M.A.C., con la condición de que debían adelantar el respectivo proceso de adopción plena ante un juzgado de familia.

Al momento de recibir a la menor adoptada, el I.C.B.F. les entregó a los padres adoptivos un certificado médico, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, según el cual la menor tenía una edad de 8 días "*y un estado de salud bueno*".

La pareja promovió el proceso de adopción plena el cual fue tramitado por el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta; sin embargo, desde el momento en que la pareja recibió

a la menor adoptada notó que esta tenía una limitación sicomotora, pues le costaba mantener erguida su cabeza y no podía gatear, voltearse o balbucear.

El 2 de marzo de 2000, a la menor L.M.A.C. se le practicó un examen con el cual le detectaron un cuadro clínico compatible con “*ezquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto*”, que le ocasionaba insuficiencia muscular por daño cerebral y que afectaba severamente su desarrollo sicomotor.

El 14 de marzo de 2000, L.M.A.C. fue valorada por un fisiatra, quien le ordenó terapias de lenguaje, físicas y ocupacionales de forma permanente.

El 15 de marzo de 2000, L.M.A.C. fue valorada por un neuropediatra quien confirmó el diagnóstico de “*ezquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto*”.

El 11 de agosto de 2000, L.M.A.C. fue valorada por un ortopedista infantil quien le diagnosticó tendencia a alteración en la cadera, para lo cual le formuló una férula de milgram (aparato ortopédico) nocturna. Asimismo, el galeno determinó que el daño de L.M.A.C. era estructural y no podía corregirse mediante cirugía.

El 25 de octubre de 2001, a la menor L.M.A.C. también le diagnosticaron ceguera total.

Los errores que se presentaron en los exámenes médicos practicados a la menor L.M.A.C. por parte del I.C.B.F. y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses llevaron a que los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar Sus la adoptaran con el convencimiento de que se encontraba “*completamente sana*”, pues de lo contrario, “*hubiesen rechazado de plano recibir en adopción a la menor con tales antecedentes clínicos*”.

2.- El trámite de primera instancia

2.1. La admisión de la demanda y su notificación

Mediante auto del 25 de julio de 2002⁵, el Tribunal *a quo* admitió la demanda, la que fue notificada en debida forma al Ministerio Público⁶, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.⁷ y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁸.

Posteriormente, la parte actora presentó corrección y adición de la demanda frente a su cuantía y a la solicitud de pruebas⁹.

A través de auto del 18 de mayo de 2005¹⁰, el *a quo* admitió la adición y corrección de la demanda, la cual se notificó personalmente al Ministerio Público¹¹, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar IC.B.F.¹² y al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses¹³.

2.2.- Contestación de la demanda

2.2.1.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. contestó la demanda, su adición y corrección y se opuso a las pretensiones en ellas contenidas.

Aseguró que, pese a que los demandantes manifestaron que desde el momento en que recibieron a la menor observaron una limitación sicomotora que le impedía mantener erguida su cabeza, gatear y balbucear guardaron silencio al respecto y solo lo comunicaron al I.C.B.F. el 17 de agosto de 2000, cuando ya había transcurrido casi un año desde la adopción de la niña.

Sostuvo que no era responsable de los quebrantos de salud que padecía la menor L.M.A.C., por no contar con profesionales de la salud, pues su función era la de brindar

⁵ Fls. 50 y 51 cuaderno 1.

⁶ Fl. 51 vuelto cuaderno 1.

⁷ Fl. 57 cuaderno 1.

⁸ Fl. 61 cuaderno 1.

⁹ Fls. 63 a 78 cuaderno 1.

¹⁰ Fls. 145 y 146 cuaderno 1.

¹¹ Fl. 146 vuelto cuaderno 1.

¹² Fl. 148 cuaderno 1.

¹³ Fls. 173 y 174 cuaderno 1.

protección integral a los niños y niñas y por eso recibió a la menor, quien había sido abandonada, una vez los médicos pediatras del hospital Emiro Quintero Cañizares, en la ciudad de Ocaña, le dieron de alta.

Afirmó que el proceso de adopción de la menor L.M.A.C. se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la ley¹⁴.

2.2.2.- El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses también se opuso a las pretensiones de la demanda, su adición y corrección.

Señaló que los exámenes practicados a la menor en la Unidad Local de Medicina Legal de Ocaña eran los rutinarios y aceptados por la ciencia médica moderna para dictaminar el estado general de salud de una niña de escasos 8 días de nacida, de quien no se conocían datos de historia clínica, antecedentes familiares, ni personales, tampoco de la madre biológica, de su período de embarazo ni del parto.

Indicó que, según los padres de L.M.A.C., para la fecha en que la recibieron le notaron algunas deficiencias; sin embargo, estas no fueron tan marcadas o de la entidad suficiente como para que desistieran de la adopción.

Aseguró que los estudios especializados se realizaron cuando ya eran evidentes las dificultades en el desarrollo neurológico de la menor y para las fechas en que fue evaluada y diagnosticada contaba con más de un año de edad y se hizo más palpable que la niña no tenía las destrezas sensitivas, motoras, de lenguaje ni de comportamiento normales¹⁵.

2.3.- La etapa probatoria y de alegatos de conclusión

A través de auto del 17 de enero de 2008¹⁶, el *a quo* decretó como pruebas las aportadas y solicitadas por las partes.

¹⁴ Fls. 82 a 93 y 188 a 190 cuaderno 1.

¹⁵ Fls. 125 a 136 y 191 a 193 cuaderno 1.

¹⁶ Fls. 195 a 198 cuaderno 1.

Mediante auto del 28 de febrero de 2011¹⁷, el *a quo* corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su competencia.

La parte demandante presentó escrito en el que hizo un recuento de las pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso y reiteró lo expuesto en el escrito de demanda¹⁸.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que el perito forense aplicó el protocolo dispuesto para valoraciones como la practicada a la menor L.M.A.C.¹⁹.

El Ministerio Público solicitó que no se accediera a las pretensiones de la demanda, pues el Código del Menor no exigía al I.C.B.F. la práctica de exámenes especializados que demostraran la condición absoluta de sanidad de un menor para entregarlo en adopción. Consideró que el buen estado de salud no constituía un requisito para que se realizara la adopción²⁰.

El I.C.B.F. guardó silencio en esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 4 de septiembre de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El *a quo* consideró probado el daño en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“El análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser antijurídico, es decir, un daño que los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar, padres adoptivos de la menor no tenían la obligación de soportar, en cuanto les impuso una carga claramente desigual

¹⁷ Fl. 381 cuaderno 2.

¹⁸ Fls. 383 a 401 cuaderno 2.

¹⁹ Fls. 416 a 429 cuaderno 2.

²⁰ Fls. 431 a 434 cuaderno 2.

respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos que acuden a la adopción de un hijo.

(...).

“No desconoce esta Sala que si bien el hecho de procrear un hijo genera un riesgo de que al nacer pueda este padecer alguna enfermedad, malformación o discapacidad y que este riesgo obviamente debe ser asumido por sus padres.

“No obstante, para el presente caso que, resulta excepcional, se generó a los padres adoptantes una serie de perjuicios totalmente inesperados, pues estos acudieron no solo con el fin de satisfacer un interés propio de brindar un hogar y criar un hijo, que es algo distinto del interés con contenido obligatorio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la luz de la norma trascrita, ya que la entidad demandada además de estar obligada a ejercer la suprema vigilancia le asiste un interés de carácter general en representación del Estado y la sociedad, como es la de la protección a los menores en estado de abandono o peligro, así de esta manera un fin que conlleva un interés general generó para los aquí accionantes una serie de perjuicios que se entienden desproporcionados en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentren en idéntica situación, pues del material probatorio arrimado al proceso son claras y contundentes las circunstancias que han padecido los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuellar Sus.

“Se concluye de lo anterior, que si bien respecto de los padres adoptantes se establece una relación paterno filial de naturaleza irrevocable que genera las obligaciones de cuidado, manutención, protección, trato amoroso, etc., no es menos cierto, que la inesperada condición de discapacidad de la menor L.M.A.C., además de no cumplir con la expectativa de llenar el vacío del hijo anhelado en el cual realizar a plenitud su condición de padres, les ha generado unos costos desproporcionados en todas las esferas de las vidas de los demandantes”.

Sostuvo que no se probó una falla en el servicio de las demandadas pero que el I.C.B.F. era responsable a título de daño especial, por haber entregado en adopción a la menor L.M.A.C., dado que mediante una actividad lícita generó una carga excesiva para los demandantes.

Reconoció a los actores la indemnización por concepto de perjuicios morales y “*daño a la vida de relación*”; así como los perjuicios materiales mediante una condena en abstracto, para lo cual los demandantes podrán iniciar el respectivo incidente de liquidación²¹.

²¹ Fls. 436 a 451 cuaderno de segunda instancia.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

3.1.- La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, en relación con la tasación del perjuicio reconocido por concepto de “*daño a la vida de relación*” y solicitó que este fuera concedido en el monto indicado en la demanda, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes²².

3.2.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. también apeló la decisión de primera instancia y solicitó que se revocara dicho proveído.

En primer lugar, cuestionó cuál era el daño en este caso y señaló que, de acuerdo con el *a quo*, al parecer el daño correspondía a la discapacidad de la menor, pues, según la decisión impugnada, a los padres se les consideraba víctimas porque se les impuso una carga desigual respecto de la que asumían otros ciudadanos en la adopción de un hijo.

En ese sentido aseveró lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Si el argumento del Tribunal es coherente, ¿puede del mismo concluirse que el daño consiste en tener que tolerar a una niña con tan grave estado de salud? Respecto del contenido de las razones se debe precisar que: i) no cabe duda que de haberse entregado una niña en buen estado de salud, según el Tribunal no habría daño antijurídico; ii) que si no fuera irrevocable la adopción tendrían los padres una alternativa ante las obligaciones legales que tienen para con su hija; iii) una hija en estado de discapacidad es una carga emocional incapaz de suplir el anhelo de tener una familia”.

Sostuvo que el daño no podía constituirse en la vida misma de la niña, pues la vida humana como concepto resultaba inconmensurable y no podía comprenderse la vida como una incorrección.

²² Fls. 454 y 455 cuaderno de segunda instancia.

Consideró que la indemnización a favor de los demandantes por la discapacidad de la menor era insostenible bajo los axiomas y postulados de la Constitución Política basados en la dignidad humana, la vida y el derecho a no ser discriminado por condiciones de salud.

Enfatizó en que nadie podía ser discriminado por razones de salud y la sentencia impugnada abordó los derechos de la niña para concluir que el daño sufrido por los padres era la “*carga*” de tener a una hija con una grave enfermedad.

Siendo así, señaló que el daño correspondería a una ausencia de información a los padres adoptivos sobre el estado de salud de la niña y de las complejidades que esta presentaría, para que ellos libremente decidieran si deseaban o no continuar con el proceso de adopción.

En segundo lugar, en cuanto al deber de la información médica, indicó que el *a quo* no distinguió los roles y funciones que le correspondían a cada una de las entidades demandadas y que la capacidad científica era del centro médico y no del I.C.B.F. que confió en el diagnóstico y por ello continuó con el proceso de adopción.

Advirtió que para la entrega de la menor se adelantaron los exámenes médicos de rigor practicados tanto por el hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña como por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, los cuales fueron coincidentes en señalar que la menor presentaba condiciones normales de salud.

Insistió en que para la entrega de la niña se tuvieron en cuenta los exámenes practicados, puesto que el procedimiento de adopción no exigía la realización de exámenes especializados, a menos que un médico lo ordenara o las circunstancias de salud lo requirieran, situación que no se presentó en el *sub judice* según lo certificado por las instituciones de salud.

En tercer lugar, cuestionó qué tan previsible era el daño y qué tan razonables eran las exigencias para el “*agente dañador*”.

Al respecto sostuvo que, en el *sub judice*, la anormalidad del daño “*jugaba*” a favor del I.C.B.F. toda vez que la enfermedad diagnosticada a la menor adoptada era compleja y poco común y lo explicó en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“De acuerdo con el Manual Merck, la ‘ezquizecefalia es un trastorno encefálico poco común caracterizado por surcos o hendiduras anormales en los hemisferios cerebrales. La ezquizecefalia es un tipo de porencefalia. Los individuos con hendiduras bilaterales a menudo presentan retrasos en el desarrollo y en las capacidades del habla y del idioma y disfunciones corticoespinales’.

“Aunque no hay datos sobre la prevalencia de esta enfermedad en Colombia, en la literatura mundial existe un estudio realizado por Curry y sus colaboradores en una población de California, con más de 4 millones de nacimientos entre los años 1985 y 2001 en que se reporta una tasa de prevalencia de 1,54/100.000 recién nacidos vivos, lo cual nos permite concluir que efectivamente esta enfermedad es muy poco común o de mínima ocurrencia.

“Por otra parte esta enfermedad es asintomática durante el primer trimestre de vida y su diagnóstico permite ser detectado solo con exámenes especiales como el TAC de cráneo y la RMN (Resonancia Magnética Nuclear), la cual permite identificar con mayor precisión las características específicas de la ezquizecefalia, incluyendo malformaciones pequeñas o asociadas que no se observan con otras técnicas”.

Señaló que las instituciones de salud que examinaron a la menor L.M.A.C. no detectaron ningún signo que les hubiera despertado sospecha de alguna anormalidad o malformación cerebral, a fin de ordenar exámenes especializados que evidenciaran la condición de salud de la niña.

Aseguró que los certificados médicos emitidos por el hospital Emiro Quintero Cañizares y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, fueron determinantes para que el I.C.B.F. entregara a la menor a sus padres adoptivos.

Consideró que si el I.C.B.F. se hubiera percatado del problema de salud de la menor o al menos lo hubiera sospechado, lo habría comunicado a los posibles padres adoptantes y, tal vez, otro sería el desenlace.

Agregó que este no era un caso que debía atender el derecho de daños, como si este pudiera dar la respuesta a todas las fatalidades de la vida, pues la adopción era equivalente al nacimiento, con la que surgía una relación irrevocable entre el niño y los padres adoptantes “*como cuando nace el niño por parto natural*”.

De ahí que si un niño nace o es adoptado y sufre una discapacidad, existían otros mecanismos e instituciones legales que podían dar solución al problema planteado, como los previstos en los artículos 44 y 47 de la Constitución Política en concordancia con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, según los cuales el Estado garantiza a las familias de menores en condición de discapacidad la atención que requieran, a través del sistema de seguridad social.

Finalmente, cuestionó el reconocimiento de una indemnización a los demandantes por concepto de “*daño a la vida de relación*”, dado que esta categoría ya no era indemnizable²³.

1.- El trámite de segunda instancia

Mediante providencias del 24 de octubre de 2013²⁴ y del 15 de enero de 2014²⁵, el *a quo* señaló fecha para la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, la cual se celebró el 4 de marzo de 2014²⁶ y se declaró fallida. En la misma diligencia el *a quo* concedió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.

Por auto del 23 de mayo de 2014²⁷, esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. contra la sentencia de primera instancia.

²³ Fls. 456 a 469 cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Fl. 471 cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Fl. 501 cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Fl. 505 cuaderno de segunda instancia.

²⁷ Fl. 527 cuaderno de segunda instancia.

2.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

A través de auto del 20 de junio de 2014²⁸, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si así lo consideraba pertinente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación²⁹.

La parte demandante también insistió en lo expuesto en su recurso de apelación³⁰.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

III.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 que modificó, entre otros, los artículos 129 numeral 2 y 132 numeral 10 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, dado que la pretensión mayor (\$450'000.000 por concepto de daño emergente) excede la suma indicada en la norma a la fecha de presentación de la demanda³¹.

²⁸ Fl. 529 cuaderno de segunda instancia.

²⁹ Fls. 536 a 541 cuaderno de segunda instancia.

³⁰ Fls. 548 a 550 cuaderno de segunda instancia.

³¹ "Decreto 597 de 1988. Artículo 2. Para los efectos del artículo 1, letra i) de la Ley 30 de 1987, modifícanse los artículos 128, 129, 130, 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, así:

"(...).

"Artículo 129. En segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de los siguientes asuntos:

2.- Oportunidad de la acción

El asunto bajo examen se funda en que los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus adoptaron una niña que les fue entregada el 16 de julio de 1999; sin embargo, el 2 de marzo de 2000, la menor fue diagnosticada con “*esquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto*”, una enfermedad rara y degenerativa.

Lo anterior implica que, a partir de ese momento, los actores tuvieron conocimiento del hecho que consideraron generador del daño alegado y, por tanto, tenían hasta el 3 de marzo de 2002 para instaurar la demanda de reparación directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136, numeral 8, del C.C.A. y, en tanto esta fue presentada el 19 de diciembre de 2001, se hizo de forma oportuna.

3.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

“2. De las apelaciones de autos inadmisorios de la demanda, o de los que resuelvan sobre suspensión provisional, o de las providencias que pongan fin a la actuación, proferidos en procesos de que conocen los tribunales administrativos en primera instancia”.

“Artículo 132. EN PRIMERA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:

“(…).

“10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía exceda de tres millones quinientos mil pesos (\$ 3.500.000.00)”. Esta suma fija reajustada en 40% cada dos años desde que el Decreto 597 de 1988 entró en vigencia (1 de enero de 1990) hasta la fecha de presentación de la demanda (19 de diciembre de 2001) arroja el valor de \$26'390.000 y la cuantía de la demanda es de \$450'000.000.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

3.1.- Legitimación en la causa de los demandantes

Los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus son los demandantes en este asunto, en cuanto promovieron el proceso de la referencia, de ahí que se encuentre probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto a la legitimación material, los actores demandan los perjuicios sufridos en su calidad de padres adoptivos de la menor que sufre una grave enfermedad, calidad que se encuentra acreditada con el registro civil de nacimiento de su hija que fue allegado en copia auténtica al proceso³², razón por la cual les asiste legitimación material en la causa.

3.2.- Legitimación en la causa de las demandadas

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se encuentran legitimados en la causa por pasiva de hecho, pues de lo narrado en la demanda se concluye que es a dichas entidades a la que se les imputa el daño objeto de la controversia.

En relación con la legitimación material de las demandadas, se aclara que esta, por determinar el sentido de la sentencia -denegatoria o condenatoria-, no se analizará *ab*

³² Fl. 29 cuaderno 1.

initio, sino al adelantar el estudio que permita determinar si existió o no una participación efectiva de la accionada en la producción del daño antijurídico alegado por la parte actora.

4.- El alcance de la apelación

En el caso *sub exámine* se tiene que el I.C.B.F. apeló la sentencia de primera instancia sobre los siguientes aspectos: *i)* ¿el daño consiste en tener que tolerar a una niña con tan grave estado de salud o en la ausencia de información a los padres adoptivos sobre el estado de salud de la niña?; *ii)* este no era un caso que debiera atender el derecho de daños; *iii)* para la entrega de la menor a los padres adoptivos se adelantaron los exámenes médicos de rigor; *iv)* el daño no era previsible, pues la enfermedad de la menor adoptada era compleja y poco común; *v)* el “daño a la vida de relación” ya no es una categoría indemnizable.

Por su parte, los accionantes apelaron la decisión del *a quo* en relación con la tasación del perjuicio reconocido por concepto de “daño a la vida de relación” y solicitaron que éste fuera concedido en cantidad de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

5.- Hechos probados

5.1.- Los demandantes adoptaron a la menor L.M.A.C., quien había sido encontrada abandonada en una calle de Ocaña

El 24 de marzo de 1998, los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus presentaron solicitud de adopción ante el I.C.B.F., documento en el cual constaba la información general de los peticionarios y respecto del menor a adoptar aparece que solicitaron uno con edad de 1 a 3 meses y que su motivación era “*compartir nuestro amor y el calor de nuestro hogar con un ser que nos va a llenar de inmensa felicidad y brindarle un hogar basado en los principios de amor, respeto y comprensión*”, sin más condiciones u observaciones³³.

El 9 de abril de 1999, una trabajadora social del hospital Emiro Quintero Cañizares certificó que el día anterior (8 de abril) una recién nacida de sexo femenino había sido encontrada por un ciudadano abandonada en un calle de Ocaña y la llevó a ese centro

³³ Fl. 30 cuaderno 1.

asistencial donde fue atendida por el servicio de pediatría, a la espera de recibir protección del I.C.B.F.³⁴.

En la misma fecha, la menor L.M.A.C. - para entonces llamada Valentina L. S. - fue puesta a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F.³⁵ y permaneció en un centro zonal del I.C.B.F. en Ocaña bajo el cuidado de una madre sustituta, según lo certificó esa entidad el 31 de mayo de 1999³⁶.

El 25 de junio de 1999, el I.C.B.F. le informó a los hoy demandantes que según acta del 17 del mismo mes y año, el Comité de Adopciones de esa entidad había aprobado su solicitud por reunir los requisitos legales para la adopción. En la misma comunicación les advirtió que quedaba pendiente la *“asignación de rigor (...) dado que en los actuales momentos no tiene el Comité a disposición menores con las características por ustedes indicadas”*³⁷.

El 16 de julio de 1999, a través del defensor de familia de Ocaña, el I.C.B.F. entregó la menor L.M.A.C. a los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus y les transfirió su custodia y cuidado personal, con la advertencia de que debían interponer la respectiva demanda de adopción para convertirse en padres adoptantes³⁸.

El 9 de septiembre de 1999, el Juzgado Primero de Familia de Cúcuta decretó la adopción de la menor L.M.A.C., nacida el 8 de abril de 1999 en Ocaña, en favor de los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus³⁹.

5.2.- La menor L.M.A.C. adoptada por los demandantes fue diagnosticada con una grave enfermedad

El 8 de abril de 1999, la menor fue llevada por una persona – quien dijo haberla encontrado abandonada en la calle - al servicio de pediatría del hospital Emiro Quintero Cañizares y allí el médico de turno certificó que la menor no presentaba enfermedad infecto contagiosa al momento del examen físico y que tenía un desarrollo sicomotor y neurológico adecuado para la edad⁴⁰.

³⁴ Fl. 101 cuaderno 1.

³⁵ Fl. 102 cuaderno 1.

³⁶ Fls. 104 y 105 cuaderno 1.

³⁷ Fl. 31 cuaderno 1.

³⁸ Fl. 40 cuaderno 1.

³⁹ Fls. 349 a 352 cuaderno 2.

⁴⁰ Fls. 101 y 103 cuaderno 1.

En el reconocimiento médico - documento sin fecha - realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, se determinó el peso y estatura de la menor, que su función cardiopulmonar era normal, al igual que su abdomen, reflejos y sistema nervioso central⁴¹.

En el mismo documento la médica forense concluyó: “por los datos anteriores podemos concluir que tiene una edad de ocho (8) días y un estado de salud bueno”⁴².

De hecho, la señora Felisa Beatriz Carvajalino Calle, médica asignada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, para examinar a la menor declaró ante el *a quo* que realizó la evaluación a principios de 1999 y agregó que (se transcribe de forma literal):

“Formalmente, lo que se realiza es una valoración médica externa con un examen físico en el cual se establece peso, talla, perímetros cefálicos y abdominal y su revisión es externa. P.- Díganos ¿qué fundamentos científicos hubo para dar el diagnóstico de que la menor tenía un estado de salud bueno y más concretamente que el sistema nervioso central era normal? C.- Externamente no había ninguna alteración, tenía un peso y una talla adecuada para la edad y unos reflejos normales. Por tanto, no sospeché que pudiera tener alguna anormalidad, todos esos parámetros estaban dentro de los límites que la ciencia considera normales para la edad. P.- A la edad tenida por la menor en el momento en que es llevada a Medicina Legal para valorar su condición de salud, ¿era posible, contando con los medios técnicos y científicos a su disposición, para establecer que padecía ezquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales, tabique interventricular incompleto? C.- No era posible establecer eso con los medios que se contaban en el Instituto Nacional de Medicina Legal. P.- A esa misma edad ¿si ella hubiera sido vista por un neurólogo provisto de los medios técnicos científicos adecuados habría podido determinar que padecía la enfermedad a que se hizo referencia en pregunta anterior? C.- No sé si podía haber determinado con los hallazgos físicos externos. P.- ¿A qué cree usted que obedeció el diagnóstico equivocado, por llamarlo de alguna forma, dado por Medicina Legal en el momento en que la menor fue valorada? C.- Los hallazgos que yo encontré al momento del examen estaban dentro de los parámetros físicos externos normales, tenía unos perímetros, especialmente el cefálico dentro de los límites normales para la edad, en los cuales me basé para determinar la normalidad, si hubiera existido alguna alteración en este perímetro, especialmente en el cefálico que hubiera hecho sospechar alguna anormalidad para sugerir algunos exámenes especializados para determinar si había alguna alteración, pero en ese momento los parámetros externos eran de normalidad. P.- ¿Qué alteración que se hubiera visto en la menor en ese momento le habría podido sugerir a usted de la anormalidad de su estado de salud? C.- hubiera podido ser el tamaño del cráneo, el perímetro cefálico disminuido nos hubiera indicado que fuera una microcefalia que corresponde a una alteración del encéfalo. (...) P.- Informe al despacho (...) si había alguna orden por parte del I.C.B.F. que dispusiera u ordenara algún tipo de auscultación especial en la menor. C.- (...) no había ninguna solicitud de un examen más profundo ni diferente, normalmente estas solicitudes de exámenes se hacen de igual forma solicitados por

⁴¹ Fl. 39 cuaderno 1.

⁴² *Ibidem*.

*Bienestar Familiar, se hace es una valoración de estado físico y se hace una valoración externa. (...)*⁴³.

Para la Sala, si bien la médico forense puede considerarse como testigo sospechoso, en los términos del artículo 217 del C.P.C., por su condición de funcionaria de la entidad demandada Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y haber examinado a la menor L.M.A.C., en este caso su credibilidad no se ve afectada, dado que, de forma espontánea declaró sobre lo mismo que consta en el reconocimiento médico al que ya se hizo referencia y no niega el hecho de que no realizó exámenes especializados que es en lo que insisten los demandantes y que corroboró la perito fisiatra, cuyo dictamen será referido más adelante, es decir, la testigo no mostró en su relato ninguna tendencia a evadir u ocultar información o modificar los hechos narrados.

No obstante, el buen estado de salud que se determinó en el reconocimiento médico forense, el 2 de marzo de 2000, a la menor le practicaron un TC de cráneo simple en la clínica del norte de Cúcuta con el cual el radiólogo diagnosticó: *“ezquizecefalia cerrada bilateral. Este hallazgo se precisa con RM”*⁴⁴.

El 15 de marzo de 2000, a L.M.A.C. le realizaron una resonancia magnética cerebral simple en el hospital universitario San Ignacio de Bogotá y la conclusión de la médica radióloga fue la siguiente: *“hallazgos compatibles con ezquizecefalia de labio abierto bilateral en las regiones parietales. Tabique interventricular incompleto”*.

El 16 de marzo de 2000, la menor fue valorada en el centro de servicios médicos de genética clínica Yunis Turbay en Bogotá y el estudio genético concluyó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Informe del estudio genético practicado a la niña (...) de 11 meses de edad en el momento de la consulta.

“Niña adoptada. Fue abandonada en la calle por lo que no se conoce ningún tipo de antecedente. No sostiene bien la cabeza. No se sienta. No se voltea. Manipulación deficiente. No hay compromiso auditivo ni visual. No convulsiones. Moderada hipotonía axial y moderada hipotonía distal según el neurólogo. Pendiente resonancia nuclear.

“En el examen físico se encontró talla 74 cms; cráneo normal PC 44.5 cms; puente nasal muy bajo y amplio; ojos cierre cántico, ángulo palpebral oblicuo. Hipertelorismo franco; orejas un poco bajas, rasgos marcados; filtro nasolabial corto y marcado; paladar estrecho en cúpula. Tendencia a protrusión de la lengua; cuello normal; tórax

⁴³ Fls. 310 y 311 cuaderno 2.

⁴⁴ Fl. 41 cuaderno 1.

45 cms; DIM 12 cms; ruidos cardíacos normales; abdomen normal, genitales externos femeninos, pliegues y grandes labios simétricos, pliegues glúteos simétricos; en miembros inferiores en sus diámetros no hay diferencias.

(...).

“La resonancia magnética cerebral revela la existencia de un defecto estructural caracterizado como ‘esquizencefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto’. No se sugiere origen de dicha patología”⁴⁵.

El 11 de agosto de 2000, la menor fue llevada a consulta oftalmológica por los siguientes síntomas: *“problema cerebral insuficiencia muscular causada por daño cerebral. Desde hace 3 semanas desvía ojo derecho hacia la nariz. Tiende a girar la cabeza hacia la derecha”*; sin embargo, en la copia de la historia clínica de esa consulta no aparece diagnóstico⁴⁶.

El 15 de agosto de 2000, la menor fue valorada por un neurocirujano quien determinó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Pte. viene a consulta con la mamá para un concepto, por sugerencia del ortopedista Dr. F. Helo. Se trata de una niña adoptada a la edad de 3 meses, la cual nota su madre que la niña presenta dificultad para sostener la cabeza. Hecho que no le parece normal. Ha sido valorada desde el comienzo por pediatría, quien le dice que probablemente la niña no tiene ninguna patología. En vista de que la pte. tiene un retraso sicomotor e hipotonía, le solicitan una escanografía y una RMN donde aparece una esquizencefalia. Es remitida al neuropediatría Dr. O. Hincapié, quien le solicita un EEG que muestra algo de lentitud, sin descargas anormales. Fue valorada por el Dr. Yunis Turbay, quien le hace un estudio genético y no encuentra alteración genética. Posteriormente es valorada por el Dr. Helo por probable alteración a nivel de las caderas, quien sugiere que sea valorada por nosotros. Actualmente la niña sostiene la cabeza, se arrastra, no gatea y dice una palabra (mamá).

“TAC y RMN donde se aprecia una esquizencefalia del labio abierto bilateral. No se aprecia tabique interventricular. No aprecio alteración en la migración neuronal. No hay hidrocefalia ni signos de aumento de la PIC.

(...).

“Esquizencefalia del labio abierto bilateral. Ausencia del tabique interventricular. No hay patología qx. Se le explica a la mamá que es un daño estructural y no hay ninguna patología que se pueda corregir con cirugía.

“Se le recomienda seguir en control con neuropediatría y continuar programa de terapia física y estimulación”⁴⁷.

⁴⁵ Fl. 45 cuaderno 1.

⁴⁶ Fls. 286 a 295 cuaderno 1.

⁴⁷ Fls. 47 y 283 a 285 cuaderno 1.

El 25 de octubre de 2001, la menor L.M.A.C. fue valorada por un médico fisiatra, quien concluyó lo siguiente: *“se encontraron respuestas corticales reproducibles de muy baja amplitud, bilaterales. Hallazgo que sugiere compromiso de la vía retinocortical bilateral”*⁴⁸.

El 11 de mayo de 2004, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander y Arauca dictaminó a L.M.A.C. una pérdida de la capacidad laboral de 97.4% por invalidez⁴⁹.

El 21 de abril de 2008, el Ministerio de la Protección Social informó lo siguiente sobre las estadísticas de casos de Esquizencefalia en el país (se transcribe de forma literal):

*“(…) me permito informarle que mediante consulta realizada en la base de datos RIPS-Registro de intervenciones y procedimientos en salud se procedió a identificar la patología Esquizencefalia con el código Q 04. 6 C.I.E. obteniendo que las estadísticas registradas en el país para este código son veinte (20) casos discriminados así: 7 casos en niñas y 13 casos en niños. Es necesario aclarar que esta información es la que se encuentra disponible para este momento en el Ministerio puesto que los RIPS no tienen una cobertura del ciento por ciento de los registros”*⁵⁰.

A solicitud de la parte demandante se decretó y practicó una prueba pericial a cargo de un médico fisiatra para que respondiera un cuestionario, quien luego de examinar a la menor L.M.A.C. el 3 de julio de 2009 en su consultorio, señaló lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“1. Exámenes practicados a la menor por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses:

“No hay reportes de exámenes especializados practicados por el Instituto. Solo existe el reporte de un reconocimiento médico realizado a la paciente Valentina N.N., para determinar estado de salud y edad, el día 15 sin mencionar mes ni año en la seccional de Bucaramanga y formado por el perito código 2000-35.

“2. Cuál es el tratamiento de rehabilitación que debe seguirse durante la vida probable:

“La menor presenta un retraso sicomotor y de lenguaje severo, con cuadriparesia espástica lo que conlleva a un tratamiento de terapia física, ocupacional y de lenguaje, por un tiempo indeterminado según la evolución en el neurodesarrollo de la paciente; además del manejo de la espasticidad para evitar deformidades mayores a las presentes actualmente.

“3. Si la menor requiere enfermera permanente y fisioterapia durante su vida probable:

“La menor por su discapacidad requiere de un cuidador permanente no necesariamente de una enfermera. En cuanto a la fisioterapia, como lo mencioné en

⁴⁸ Fl. 42 cuaderno 1.

⁴⁹ Fls. 79 a 81 cuaderno 1.

⁵⁰ Fl. 303 cuaderno 1.

el punto anterior por ahora la requiere permanente y la necesitará de acuerdo con la evolución del neurodesarrollo y al control que se tenga de la espasticidad.

“4. Tipo de prótesis que requiere la menor y su reemplazo a medida que vaya creciendo:

“La menor no requiere adaptación de ningún tipo de prótesis, ya que no presenta ninguna amputación en sus extremidades.

“5. Si la menor requiere adaptación de la prótesis y su entrenamiento:

“Como mencioné anteriormente en este caso no se requiere el uso de prótesis. Requiere la adaptación de ortesis. Elementos que ayudan al manejo de las deformidades en miembros inferiores y miembro superior derecho causadas por la espasticidad o aumento del tono muscular. Además requeriría de otros aditamentos para ayudarla con el control del tronco el cual no ha logrado y el control de cabeza muy regular actualmente. Dichos aditamentos no requieren de entrenamiento por parte del paciente para su uso.

“6. Valor de honorarios médicos para adaptación de dichos elementos:

“No podría dar un monto al respecto pues dependen del tipo y cantidad de ortesis requeridas. Además dichos elementos los elabora un técnico ortesista.

“7. Requerimiento de adaptación especial de su habitación según las lesiones físicas:

“Sí requiere adaptaciones en su lugar de habitación ya que la paciente para sus desplazamientos necesita el uso de una silla de ruedas, espacios amplios en dormitorio y baño para facilitar sus actividades básico – cotidianas con ayuda de varios aditamentos como sillas de sedestación, ortesis, etc.

“8. Valor de tratamiento teniendo en cuenta la vida probable de la menor:

“No puedo realizar el cálculo de dicho valor ya que en él influyen muchos factores como son respuesta al programa de rehabilitación, complicaciones por otras patologías que presente la paciente, entre otros”⁵¹.

Frente al dictamen de la perito fisiatra el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no formuló objeciones, pero sí presentó escrito en el que señaló que a la menor no se le practicaron exámenes especializados, pues la médico forense se ciñó a la auscultación clínica para establecer su edad y condición de salud al momento de su valoración (15 de abril de 1999) cuando esta solo tenía ocho días de nacida aproximadamente, sin que a ese momento la niña presentara signos que permitieran inferir la necesidad de practicarle algún examen especializado⁵².

Se concluye que antes de que la menor fuera entregada a los hoy demandantes fue examinada en el hospital Emiro Quintero Cañizares y luego una médica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, le hizo un

⁵¹ Fls. 319 y 320 cuaderno 2.

⁵² Fls. 362 a 367, 372 y 373 cuaderno 2.

reconocimiento médico, sin que en ninguna de esas valoraciones se observara alguna anomalía en su estado de salud.

No obstante, el 2 de marzo de 2000, cuando la menor tenía aproximadamente un año de edad, le practicaron un TC de cráneo simple en la clínica del norte de Cúcuta con el cual el radiólogo diagnóstico: *“esquizencefalia cerrada bilateral. Este hallazgo se precisa con RM”*.

Días después, el 16 de marzo de 2000, un médico neurólogo confirmó el diagnóstico de *“esquizencefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales. Tabique interventricular incompleto”*, el cual consideró un defecto estructural que no podía corregirse con cirugía.

Finalmente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander y Arauca dictaminó a L.M.A.C. una pérdida de la capacidad laboral de 97.4% por invalidez.

Según el Ministerio de la Protección Social, hasta abril de 2008, se habían registrado veinte (20) casos de Esquizencefalia: 7 en niñas y 13 en niños.

La perito fisiatra que examinó a L.M.A.C. el 3 de julio de 2009 señaló que la menor presentaba un retraso sicomotor y de lenguaje severo, con cuadriparesia espástica lo que conllevaba a un tratamiento de terapia física, ocupacional y de lenguaje, por un tiempo indeterminado, que requería de un cuidador permanente y que no necesitaba prótesis pero sí adaptación de ortesis (aparatos de apoyo) para el manejo de miembros inferiores y miembro superior derecho.

5.3.- Los demandantes informaron al I.C.B.F. sobre la enfermedad de la menor

El 17 de agosto de 2000, los señores Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus le informaron al I.C.B.F. sobre la enfermedad de su hija en comunicación de la cual se destaca lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“3. Al momento de recibir a (...) se nos entregó de parte de esa entidad un certificado expedido por la regional Nororiental de medicina Legal y Ciencias Forenses, según reconocimiento No. 194 debidamente suscrito por un médico legista mediante el cual expresó que el SNC (sistema nervioso central) de nuestra pequeña hija era normal.

4. Desde que recibimos a nuestra pequeña observamos en ella una incapacidad motora, su dificultad para mantener erguida su pequeña cabeza y su imposibilidad de gatear, manipular, voltearse y balbucear.

“5. Por estar afiliados al Instituto de Seguro Social y ante la situación expresada en el numeral anterior procedimos a desplazarnos a la ciudad de Santa Fe de Bogotá donde conseguimos que se le practicaran a (...) una serie de exámenes médicos los que determinaron, en concepto de los profesionales que la atendieron, que nuestra hija padece de una ezquizecefalia del labio abierto bilateral en regiones parietales y tabique interventricular incompleto.

“Dada la falla registrada por parte de esa entidad en la determinación del verdadero estado de salud de (...) solicitamos que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cubra los costos de los servicios médicos, hospitalarios y medicamentos, rehabilitación, elementos ortopédicos y gastos de desplazamiento que no se encuentran amparados por el plan obligatorio de salud del Instituto de Seguro Social, toda vez que los altos costos que ello demande no nos permite cubrirlos por cuanto excede de nuestros ingresos familiares.

“De igual forma, el reconocimiento de gastos de desplazamiento que ocasiona los tratamientos de fisioterapia y tratamientos de programas especiales tales como los ofrecidos por la Dra. Maria Estella Parra Sánchez en la ciudad de Bogotá, quien aplica una técnica alemana de vojta complementaria con neurodesarrollo de bogath, la cual se le ha practicado a nuestra hija en forma particular, mostrando una admirable recuperación.

“Asimismo hemos hecho conexiones con la República de Cuba en donde existen tratamientos altamente especializados en sus instituciones de alto reconocimiento internacional (...)”⁵³.

El 25 de agosto de 2000, el I.C.B.F. le contestó a los hoy demandantes que, como parte del proceso de adopción, a la menor se le realizó una valoración médica en la cual no se observó lesión o anomalía, sin que el I.C.B.F. “tuviera la menor sospecha sobre una posible enfermedad de la niña”. Aseguro que no tenía responsabilidad alguna sobre el estado de salud de la menor⁵⁴.

Se colige de lo anterior que los hoy demandantes, luego de conocer el diagnóstico de la enfermedad padecida por su hija lo informaron al I.C.B.F. y le manifestaron que, dada la falla en que este habría incurrido al no determinar el verdadero estado de salud de la menor, le solicitaban que cubriera los costos de los servicios médicos y de rehabilitación que la menor requiriera.

⁵³ Fls. 32 a 37 cuaderno 1.

⁵⁴ Fl. 38 cuaderno 1.

Ante dicha solicitud, el I.C.B.F. les manifestó a los padres adoptantes que no le cabía responsabilidad alguna acerca del estado de salud de la menor, pues en su valoración médica no se observó ninguna anomalía.

5.4.- La vida de los demandantes se vio afectada por la enfermedad de su hija L.M.A.C. y debieron acudir a la acción de tutela para que esta recibiera la atención médica requerida

Al respecto, ante el *a quo* declararon las siguientes personas:

La señora Patricia Elena García⁵⁵, fisioterapeuta y ex compañera de trabajo de la demandante Sandra Cuéllar Sus en el Instituto de Seguro Social declaró que, aproximadamente a los tres meses de edad, la niña sufrió una gripa y la atendió para darle terapia respiratoria cuando le notó algunas anomalías, pues la niña no tenía el control de su cabeza y mostraba unos reflejos patológicos muy marcados, por lo que le sugirió a la madre de la menor que la llevara a consulta con un neurólogo, quien le diagnosticó una parálisis cerebral clasificada como cuadriplejia espástica.

Agregó que la madre de la niña era quien la cuidaba y estaba todo el tiempo con ella y la llevaba a sus terapias y citas médicas, que el padre “*tenía una actitud muy fría*” respecto de la niña y no le ayudaba a la madre con sus terapias y que el hogar de ambos se deterioró emocional y económicamente debido a la enfermedad de la hija.

La señora Martha Teresa Calderón Mancilla⁵⁶, otra fisioterapeuta y ex compañera de trabajo de la demandante Sandra Cuéllar Sus en el Instituto de Seguro Social declaró que conoció a la niña en la misma consulta que su compañera Patricia Elena García, que notó las mismas anomalías en el sistema nervioso central de la menor y ambas recomendaron a la madre la consulta con un especialista.

Señaló que desde el momento en que la madre supo de la enfermedad de su hija fue traumático para ella, “*lloraba muchísimo*” y le trajo problemas con su pareja. Añadió que “*en el momento la niña vive con Sandra porque la relación se dañó, ha tenido problemas con el esposo a raíz del problema de la niña (...) la niña adora a su papá y él también la adora pero esta separación afecta a todo el grupo familiar*”.

⁵⁵ Fls. 204 a 206 cuaderno 1.

⁵⁶ Fls. 207 a 209 cuaderno 1.

Por su parte, la señora Dalgie Esperanza Torrado de Jiménez⁵⁷, sicóloga y, ex compañera de trabajo de los demandantes en el Instituto de Seguro Social, manifestó que al principio la madre de L.M.A.C. no podía aceptar la enfermedad de la niña y buscó consulta con varios médicos, *“ahí fue donde empezó a perder la casa, el carro (...) perdió todo eso a raíz de lo que necesitaba para la niña (...) cuando eso me enteré que el esposo estaba con problemas de drogadicción y ahí empezaron muchos conflictos con esa familia”*.

Expresó que a la niña no le ha faltado cuidado y que le brindó tratamiento psicológico a la madre, pero el padre no la ha recibido y *“desde que tienen la niña ellos han tenido problemas de pareja”*. Agregó que la madre de la menor cuando estuvo trabajando sufrió mucho por tener que dejar sola a su hija, pero que luego logró que el Instituto de Seguro Social le permitiera trabajar medio tiempo.

A su turno, la señora Claudia Fernanda Villamizar Vargas⁵⁸, vecina de los demandantes y quien dijo conocerlos hacía aproximadamente 17 años, declaró que los esposos Calixto Eduardo Angulo Burgos y Sandra Cuéllar Sus cuando recibieron a la niña esta se veía en perfecto estado, pero que, a medida que fue creciendo se pudo advertir su limitación sicomotora, la cual fue corroborada a través de los exámenes correspondientes.

En cuanto a la relación de los demandantes con la menor L.M.A.C., la testigo declaró que el de la madre *“es un profundo amor (...) es el vínculo afectivo más sano y seguro que tiene esa bebé”*. En cuanto al padre, señaló que *“a la fecha él no convive con ella y no sé qué prioridad pueda tener la nena en este momento en la vida de él”*.

Todos los testigos coincidieron en que cuando los demandantes descubrieron la enfermedad de su hija fue muy traumático para ellos, que sufrieron mucho y que su relación de pareja se deterioró, así como su situación económica, debido a los gastos en que incurrieron por las consultas médicas, los exámenes, las terapias y desplazamientos para el tratamiento de su hija.

Igualmente, por solicitud de la parte demandante, el *a quo* ordenó que se allegara copia del proceso de tutela que promovió la señora Sandra Cuéllar Sus en contra del Instituto de Seguro Social para que su hija L.M.A.C. recibiera de esa E.P.S. todos los servicios médicos que requería.

⁵⁷ Fls. 212 a 214 cuaderno 1.

⁵⁸ Fls. 215 a 217 cuaderno 1.

En efecto, se allegó copia de dicha actuación, incluida la sentencia proferida el 29 de junio de 2001, por el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta, por la cual se ordenó al Instituto de Seguro Social que prestara la atención médica que la menor L.M.A.C. necesitara⁵⁹.

Dicha providencia fue impugnada por el Instituto de Seguro Social y mediante decisión proferida el 17 de agosto de 2001, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil Familia, confirmó la decisión⁶⁰.

Se observa que la impugnación del Instituto de Seguro Social no fue contra el sentido de la decisión, sino para que se le autorizara para cobrarle al FOSYGA los gastos en que incurriera por la prestación del servicio médico integral a la paciente. Por tal razón, el Tribunal adicionó la sentencia de tutela de primera instancia autorizando el recobro de dichos emolumentos.

Se concluye entonces que, tras la enfermedad de la menor, la madre de esta se vio muy afligida, la situación de la niña afectó la relación de pareja y el hogar conformado por los demandantes, al punto de que estos se separaron y es la madre quien vive con la hija y se encarga de su cuidado.

Igualmente, en junio de 2001, la madre presentó demanda en ejercicio de la acción de tutela, a fin de que la E.P.S. del Instituto de Seguro Social le brindara a su hija la atención médica que requería, demanda que prosperó en ambas instancias.

7.- El daño

La Sala encuentra necesario determinar si, de acuerdo con las particularidades del asunto bajo examen, es posible advertir la existencia de un daño antijurídico padecido por los demandantes.

Observa la Sala que los actores alegan varios daños: un daño moral por el dolor y trauma que sienten por la enfermedad irreversible de su hija adoptiva, un “*daño a su vida de relación*”, fundado en que los lazos de su unión como pareja se deterioraron y un daño patrimonial por los costos que para ellos implica la atención integral de la condición de salud de su hija.

El daño moral se encuentra acreditado con las declaraciones de los testigos, según las cuales para los demandantes fue muy traumático y doloroso saber que su hija sufría de

⁵⁹ Fls. 1 a 136 cuaderno 2 de pruebas.

⁶⁰ Fls. 8 a 16 cuaderno 1 de pruebas.

tan grave enfermedad. En particular, la señora Dalgie Esperanza Torrado de Jiménez⁶¹, sicóloga que atendió en consulta profesional a la madre de L.M.A.C., señaló que para la actora fue muy difícil aceptar la enfermedad de la niña y que fue muy triste para ella porque siempre anheló tener una hija sana.

En cuanto a lo que los accionantes llaman un “*daño a su vida de relación*”, los testigos también dieron cuenta de que la relación de pareja de los demandantes se deterioró, al punto de que ya no conviven juntos, debido al desgaste y al cambio traumático de su relación matrimonial que fue desplazada por entregar toda su atención al cuidado de su hija.

Para la Sala, también se encuentra probado el daño patrimonial sufrido por los accionantes, pues, como lo señalaron las testigos Patricia Elena García y Dalgie Esperanza Torrado de Jiménez⁶², los demandantes han incurrido en muchos gastos para atender las necesidades especiales de la niña, debido a su enfermedad.

Además, la perito fisiatra señaló que la menor L.M.A.C. requerirá de tratamiento de terapia física, ocupacional y de lenguaje, por un tiempo indeterminado, de un cuidador permanente y de adaptación a ortesis.

La cuantía de los emolumentos en los que han incurrido los demandantes por la atención integral requerida por su hija no se encuentra verificada y al respecto la perito fisiatra señaló que no podía realizar su cálculo, puesto que en él influían muchos factores, tales como la respuesta al programa de rehabilitación, complicaciones por otras patologías que presentara la paciente, entre otros.

Sin embargo, la existencia del daño patrimonial sí se encuentra acreditada y su cuantificación sería un asunto susceptible de verificar a través de un incidente de liquidación.

Así las cosas, la Sala encuentra probados los mencionados daños y que se desprenden de los hechos narrados en la demanda, mas no la enfermedad de la niña como un evento lesivo para los padres o “*la carga*” que implica su cuidado, como lo señaló el *a quo* y como lo cuestiona el apelante I.C.B.F.

Por el contrario, la Sala considera que procede el estudio de la imputación de dichos daños y para ello analizará uno de los argumentos de la apelación del I.C.B.F., referido

⁶¹ Fls. 212 a 214 cuaderno 1.

⁶² Fls. 204 a 206 y 212 a 214 cuaderno 1.

a si existió una omisión o tergiversación de la información médica suministrada por dicha entidad a los padres adoptantes respecto de su hija, antes de adoptarla.

Si bien en el recurso de apelación no se cuestiona la absolución del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se analizarán los exámenes realizados por esa institución, dado que los deberes de información del IC.B.F. se fundaron en la valoración realizada por la mencionada entidad.

8.- Imputación

En su recurso de apelación el I.C.B.F. señaló que la información suministrada a los padres adoptantes sobre el estado de salud de su hija se basó en la entregada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Igualmente agregó que debía considerarse que la enfermedad sufrida por la niña era poco frecuente, compleja e imprevisible.

Lo que observa la Sala es que, al parecer, se propone un daño, proveniente de lo que en la jurisprudencia internacional se conoce como “*wrongful adoption*” o adopción fallida.

Al respecto existen algunos antecedentes en el derecho estadounidense referidos por la doctrina así (se transcribe de forma literal):

*“En el derecho comparado encontramos que el primero en reconocer este supuesto de ilícito fue Estados Unidos, en donde se advierte que seis de sus estados han reconocido responsabilidad por wrongful adoption ante la presencia de fraude y omisión negligente de información; el primero de dichos casos se remonta a 1986 (Burr v. Stark County Board of Commissioners, de Ohio), desde cuándo **se ha avanzado hacia el establecimiento de las hipótesis que dan lugar a este tipo de acciones, que son, a saber, las que siguen: a) en caso de tergiversación intencional de información** (en forma deliberada se proporciona información sustancial imprecisa); **b) en caso de ocultamiento deliberado de información** (se retiene información sustancial), y **c) en caso de divulgación negligente de información** (no se oculta información sino que esta se revela de manera negligente a los interesados).*”

“En presencia de tales supuestos, los padres adoptivos -quienes normalmente no buscan “poner fin a la adopción, sino ser compensados económicamente por el daño que han experimentado”- son indemnizados por: los gastos médicos extraordinarios, los costos relacionados con la atención médica, los gastos por tutor y otros gastos de educación especial, los salarios no percibidos por los padres adoptivos que se

encuentran al cuidado del niño, el daño por la angustia emocional, y los daños punitivos (estos dos últimos disponibles solo en algunas jurisdicciones)⁶³ (negritas de la Sala).

Sin embargo, como pasa a explicarse, no se probó que antes de iniciar el proceso de adopción, el I.C.B.F. les ocultara información a los demandantes o se las hubiera entregado incompleta o tergiversada, lo que ocurrió es que con posterioridad a la adopción su hija fue diagnosticada con una rara enfermedad.

El proceso de adopción tiene dos etapas: una administrativa, que se surte ante el ICBF, en la cual se declara adoptable al niño como una de las medidas de protección que podía ejecutar el defensor de familia, de acuerdo con la normativa⁶⁴ de la época en que L.M.A.C. fue adoptada.

La otra etapa es la judicial, cuando la adopción es decretada a través de sentencia proferida por los Juzgados de Familia, la que, debidamente ejecutoriada, establece la relación paterno filial.

Al igual que en la actualidad⁶⁵, la normativa vigente para la época en que L.M.A.C. fue adoptada (Decreto 2737 de 1989) establecía que la adopción se legalizaba mediante sentencia judicial proferida por un juez de familia⁶⁶ y la demanda debía acompañarse con una serie de documentos, entre ellos, la certificación expedida por el I.C.B.F. o una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, entre otros⁶⁷.

⁶³ Tomado de "Wrongful adoption": ¿hipótesis emergente de responsabilidad patrimonial en Colombia? publicado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4136/4745>

⁶⁴ "Decreto 2737 de 1989. Artículo 57. En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

"(...).

"5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono. (...)"

⁶⁵ Ley 1098 de 2006, artículos 124 y 126.

⁶⁶ "Decreto 2737 de 1989, artículo 104. La adopción únicamente podrá ser solicitada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante demanda presentada por medio de apoderado ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre el menor".

⁶⁷ "Decreto 2737 de 1989, artículo 105. A la demanda, con los requisitos y anexos legales, se acompañarán los siguientes documentos:

"a) El consentimiento para la adopción, si fuere el caso.

"b) El registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del menor.

"c) El registro civil de matrimonio o la prueba idónea de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, sin perjuicio de las que correspondan a los demás requisitos exigidos por este Código.

"d) La copia de la declaración de abandono o autorización para la adopción, según el caso.

El Juzgado Primero de Familia de Cúcuta encontró cumplidos los requisitos y, por ello, declaró la adopción en favor de los hoy demandantes, mediante sentencia proferida el 9 de septiembre de 1999.

Entre los requisitos para que se declarara la adopción no se encontraba alguno consistente en que a la menor se le debieran practicar exámenes especializados antes de declararla en estado de adoptabilidad, solo se exigía la certificación médica de los adoptantes para establecer su idoneidad física y mental.

No se acreditó que para la época de la adopción de L.M.A.C. el I.C.B.F. o el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses debieran practicar determinados exámenes especializados a la menor; no obstante, en cuanto a la información suministrada a los adoptantes sobre el estado de salud de la niña, se probó que esta fue valorada por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, cuando tan solo tenía 8 días de nacida, aproximadamente, y que había sido encontrada abandonada en una calle del municipio de Ocaña, sin que se conocieran sus antecedentes familiares, información del parto o algún otro dato relevante que permitiera advertir alguna enfermedad.

Igualmente, se demostró que en el reconocimiento médico forense no se observó anomalía alguna sobre el estado de salud de la menor y que este se comunicó a los hoy demandantes cuando se les transfirió su custodia, es decir, antes de adoptarla, luego de ello, los demandantes iniciaron el proceso legal para obtener la sentencia judicial que declaró la adopción⁶⁸.

La Sala considera que no basta la sola manifestación de los demandantes de que, de haber sabido que L.M.A.C. no era “*completamente sana*” habrían “*rechazado de plano*”

“e) La certificación, con vigencia no mayor de seis (6) meses, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, y constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del menor con el adoptante o adoptantes.

“f) La solicitud de adopción suscrita por el adoptante o adoptantes, presentada personalmente por ellos.

“g) El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes, expedido por autoridad competente.

“h) La certificación actualizada sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la Institución donde se encuentre albergado el menor, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (...).”

⁶⁸ Fl. 12 cuaderno 1.

*recibir en adopción a la menor con tales antecedentes clínicos*⁶⁹, pues no se comprobó que el I.C.B.F. los conociera, dado que, se itera, la menor fue abandonada en la calle, sin que se supiera quién era la madre biológica, cómo fue su parto, cuál era su estado de salud, sus antecedentes familiares u otra información útil que permitiera, de algún modo, prever su condición médica.

No se probó que a los padres adoptantes, hoy accionantes, se les hubiera ocultado información o que la valoración practicada por la médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, no hubiera sido la adecuada para la edad de la menor y para determinar su estado de salud, con lo cual les hubiera negado a los adoptantes la posibilidad de decidir de manera informada si aceptar o no a la niña, pues, se itera, tal valoración ocurrió a los 8 días de nacida y el diagnóstico de Esquizencefalia se confirmó después de la adopción, cuando L.M.A.C. tenía aproximadamente un año de vida.

De hecho, la perito fisiatra se limitó a señalar que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, en el reconocimiento médico que practicó a la menor recién nacida no realizó exámenes especializados, pero tampoco cuestionó que dicha valoración se apartara de los protocolos indicados para el caso ni indicó qué otros exámenes debió practicar la médico forense o si era posible para ese momento, de acuerdo con la edad de la menor y los recursos científicos disponibles para la época, practicarle unos exámenes específicos que hubieran podido revelar la existencia de la anomalía (Esquizencefalia), que fue descubierta casi un año después a la infante.

El dictamen pericial no ilustró acerca de cómo debió ser el reconocimiento médico practicado por la profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiente, para una paciente de escasos 8 días de vida y si existía la posibilidad de que la médico forense hubiera advertido los signos de la Esquizencefalia o de cualquier otra anomalía que la hubiera hecho diagnosticar o solicitar exámenes especializados para establecer o confirmar un diagnóstico.

De modo que no se probó que la evaluación médica no haya sido la idónea para el momento en que la menor fue examinada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y

⁶⁹ Así lo señalan los demandantes en el hecho número 17 de la demanda visible a folio 13 cuaderno 1.

Ciencias Forenses, Regional Nororiente, o que el IC.B.F. conociera otra información sobre la salud de la menor y la hubiera ocultado total o parcialmente a los padres adoptantes.

Incluso, la Esquizencefalia es una enfermedad poco común, como lo ha señalado la doctrina médica (se transcribe de forma literal):

“La esquizencefalia es una malformación congénita del desarrollo del sistema nervioso central con alteraciones de la migración celular, caracterizada por una hendidura que compromete todo el espesor del hemisferio cerebral comunicando el lumen ventricular con el espacio subaracnoideo y cuyos bordes se encuentran cubiertos por sustancia gris.

“La prevalencia de esquizencefalia entre el grupo de malformaciones de la migración neuronal esta entre el 3-7%. Se considera como una enfermedad poco común en todo el mundo. Presentándose 1.54 en 100,000 nacidos vivos en un estudio basado en la población de EE.UU. No hay evidencia que demuestra la existencia de predisposición racial o por sexo.

“La etiopatogenia exacta de la esquizencefalia es aún desconocida. Se han planteado como causas la falla local en la inducción de la migración neuronal o necrosis por isquemia focal con destrucción de la glía radial durante fases tempranas de la gestación entre el segundo y quinto mes. Relacionándose con diversas causas ambientales, metabólicas, infecciosas y genéticas, entre ellas se encuentran la infección in utero por citomegalovirus, herpes virus, infecciones del tracto urinario, infecciones del tracto respiratorio, traumas materno, exposición a toxinas, exposición a rayos x, o complicaciones de una amniocentesis. En algunos casos se han descubierto mutaciones en los genes EMX2 localizado en el cromosoma 10q26.1, un gen expresado en la matriz germinal del desarrollo cerebral de la neocorteza y el gen Lhx2.

“(…).

“El establecimiento del diagnóstico es a través de la neuroimagen: La tomografía computarizada (TAC) y la resonancia magnética (…)”

“(…).

*“El pronóstico varía dependiendo del tamaño de las hendiduras y del grado del déficit neurológico, **la esquizencefalia unilateral tiene mejor pronóstico que la bilateral y de labios cerrados tiene mejor pronóstico que de labios abiertos**”⁷⁰(Negrillas de la Sala).*

Además, el pronóstico de la enfermedad tampoco es común, pues han existido casos de embarazos normales y sin antecedentes de enfermedades neurológicas, en los que el hijo nace y durante el primer año de vida se manifiestan los síntomas o incluso hasta en la etapa adulta (se transcribe de forma literal):

⁷⁰ Consultado en “Archivos de Medicina” en <http://www.archivosdemedicina.com/medicina-de-familia/esquizencefalia-complicada-con-hidrocefalia.php?aid=17167>

“Niña de 11 años de edad sin antecedentes familiares de enfermedades neurológicas. No existen problemas médicos o ingesta de tóxicos o fármacos en el embarazo, controlado con estudios serológicos normales. Parto a término sin incidencias significativas. Presenta una discapacidad intelectual con gran dificultad en la adquisición de los hitos madurativos, sedestación a los 9 meses y deambulación a los 2 años. Lenguaje tardío, con primeras palabras a los 3 años de edad. En la exploración se constatan signos de piramidalismo, destacando una tetraparesia espástica con componente distónico, reflejos osteotendinosos exaltados y reflejo cutáneo-plantar extensor bilateral. Los estudios serológicos, el hemograma, el estudio de coagulación completo y el cariotipo no mostraron hallazgos significativos.

“Desde la época neonatal la paciente presentaba crisis convulsivas parciales que ceden poco a poco a lo largo del primer año de vida, al ser tratadas con ácido valproico. Posteriormente comienza con crisis tónicas nocturnas, ausencias atípicas y crisis atónicas con caídas de la cabeza, cuadro compatible clínica y electroencefalográficamente (punta-onda lenta a menos de 2,5 Hz/s) con un síndrome de Lennox-Gastaut, que hasta la fecha ha sido resistente a todos los fármacos empleados de forma combinada.

“(…).

“**La etiología de la ESQ es heterogénea (adquirida o genética) e incierta en la actualidad**, pero en gran parte debida a causas que pueden producir una disrupción vascular e hipoxia/hipoxemia en periodos críticos durante el desarrollo neuronal. (...). Algunas de las posibles etiologías son: teratógenos, como el consumo de cocaína, alcohol o warfarina durante el embarazo; infecciones intraútero, como el virus del herpes simple, el virus de la parotiditis o el citomegalovirus; interacciones entre gemelos en embarazos múltiples, trombocitopenias (aloimmune u otras) o trombofilias (alteraciones del factor V Leiden o de la proteína C o S y otras), maternas o neonatales, traumatismos (amniocentesis, biopsia de las vellosidades coriónicas, amenaza de aborto), etc.,. **En la mayor parte de las ESQ no se establece una causa concreta.**

“(…).

“**Clínicamente, la ESQ se caracteriza por la tríada típica de la mayoría de las alteraciones de la migración neuronal: trastorno motor (hipotonía, hemiparesia, tetraparesia), discapacidad intelectual (retraso variable del desarrollo, incluidos los problemas en el lenguaje) y crisis convulsivas (crisis focales, convulsiones neonatales, estado epiléptico, espasmos infantiles, síndrome de Lennox-Gastaut).** (...) **Ninguno de los síntomas de la tríada es obligatorio ni constante; de hecho, algunos pacientes asintomáticos con ESQ tipo I son diagnosticados en la etapa del adulto**”⁷¹ (Negrillas de la Sala).

⁷¹ Consultado en acta pediátrica “La esquisencefalia: malformación cerebral infrecuente” en http://www.actapediatrica.com/index.php/secciones/imagen-del-mes/download/554_5c2bac1727d6d85ead9cb38c75308d9e

Adicionalmente, para 2008, el Ministerio de la Protección Social había reportado 20 casos de Esquizencefalia en el país y se desconoce para el año 2000, cuando se le diagnosticó a L.M.A.C., cuáles eran las estadísticas de casos similares o qué tan conocida o pronosticable era dicha enfermedad para la época en que la menor fue valorada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Nororiental.

De manera que no era posible para la época en que la menor fue adoptada que el I.C.B.F. o el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses supieran que la niña, de entonces 8 días de nacida, sufría de Esquizencefalia, enfermedad que en algunos casos se diagnostica luego del primer año de vida, como precisamente le ocurrió a L.M.A.C.

A ello deben sumarse los riesgos asociados a tener un hijo adoptado, cuyos antecedentes familiares y del parto se desconocen, como fue el caso de L.M.A.C., quien fue encontrada abandonada en la calle, sin que pudiera conocerse por parte de las demandadas ningún dato médico o antecedente familiar que hubiera determinado la necesidad de otro tipo de evaluación médica diferente a la que recibió la menor y que, en su momento, superó sin ninguna anomalía.

Se concluye que no se comprobó negligencia en la práctica de la evaluación médica a L.M.A.C. previa a la adopción, por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como tampoco ocultación o tergiversación de información a los demandantes por parte del I.C.B.F.

Corolario de lo anterior, se comprobó que la niña fue diagnosticada con una rara enfermedad, cuyos casos no son frecuentes, varios meses después de su adopción.

Lo que se observa en este caso es que los padres, ante la noticia de la grave enfermedad de su hija y después de enterarse de los tratamientos y cuidados que ella requerirá de forma permanente, hicieron una afirmación *a posteriori* de sentirse lesionados por esa circunstancia sobreviniente a la adopción.

La Sala reitera que los demandantes no pretenden revocar la adopción sino recibir ayuda para el tratamiento de su hija, para lo cual cuentan con el amparo de otros mecanismos legales como los que ofrece el sistema de seguridad social en salud.

Al respecto, se sabe que L.M.A.C. fue afiliada a la E.P.S. del Instituto de Seguro Social a la cual pertenecen sus padres y que, en 2001, la madre debió interponer demanda de tutela para que la menor recibiera una atención integral para su enfermedad, la cual fue resuelta favorablemente, sin que tampoco se probara que, con posterioridad, a la menor se le hubiere negado el servicio de salud.

Por tales motivos, la Sala no encuentra acreditada la ocurrencia de una falla en el servicio que permita imputarle responsabilidad al I.C.B.F.

Siendo así, la Sala se releva del estudio de los demás argumentos de la apelación presentada por el I.C.B.F., incluyendo el relativo a cuestionar si la enfermedad de la niña o su cuidado permanente podría considerarse un daño, una “*carga*” desigual para los accionantes, fundamento con el cual el Tribunal *a quo* declaró la responsabilidad del I.C.B.F. a título de daño especial.

Al respecto, la Sala advierte que no existe un desequilibrio del principio de igualdad frente a las cargas públicas, como lo señaló el *a quo*, pues en todas las relaciones paterno filiales existen deberes correlativos sin distinción de las condiciones de vida o de salud de los integrantes de la familia.

Además, los demandantes no promovieron la reparación directa con la pretensión de que se revocara la adopción ni con el fin de desconocer los deberes legales respecto de su hija, sino por los perjuicios morales y materiales causados, según se afirmó, por la desinformación acerca de la condición de salud de la menor al momento de adoptarla.

Igualmente, se reitera, la actividad lícita de la administración al llevar a cabo el proceso de adopción de la menor L.M.A.C. no causó los daños alegados en la demanda, los que tampoco le son imputables por daño especial, en la medida en que esta es una

condición que cualquier padre en un momento dado debe asumir, bien sea biológico o adoptante.

Como consecuencia, se revocará la sentencia impugnada.

9.- Decisión sobre costas

Habida cuenta de que, para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 4 de septiembre de 2013, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin lugar a costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA