

ACTO EXTRAMEDICO - Evento adverso / EVENTO ADVERSO - Noción. Definición. Concepto. Reiteración jurisprudencial

El evento adverso se ha entendido como aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud –entendidos en sentido genérico–, desde diversas esferas u órbitas legales (...) los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario. Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la lex artis y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la tesis del evento adverso, consultar sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 17733. En cuanto al riesgo estadístico, ver sentencia del 26 d marzo de 2008, exp. 16530. En relación con el título de imputación objetivo de riesgo creado o riesgo álea en responsabilidad de la administración sanitaria, consultar sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 18069

EVENTO ADVERSO - Noción. Concepto. Definición legal. Anexo técnico de la Resolución 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social

El anexo técnico de la Resolución No. 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social lo define como: "(...) las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son mas atribuibles a esta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no-calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales que potencialmente pueden incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas."

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 1446 DE 2006

SERVICIO DE SALUD - Público esencial. Fundamento / SERVICIO PUBLICO SANITARIO Y HOSPITALARIO - Obligaciones / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION SANITARIA - Fundamentada en los

principios de la buena fe y el interés general, derechos de los consumidores y usuarios y la prestación del servicio

Desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, vale la pena destacar que el servicio de salud ha sido definido como público esencial, cuyo cumplimiento en cabeza de entidades públicas o estatales se adelanta mediante el ejercicio de función administrativa, y atiende a la satisfacción del interés general, en la medida que sirve de presupuesto para el ejercicio pleno de otros derechos, especialmente, aquellos definidos como fundamentales, dada la condición de conexidad que se genera entre el primero y estos últimos. Como se aprecia, el servicio público sanitario y hospitalario no sólo está circunscrito a la prestación o suministro de los denominados “acto médico y/o paramédico”, es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la salud del paciente, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios. En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y hospitalaria encuentra su fundamento en: el principio de la buena fe (art. 86 de la Constitución Política y 1603 del Código Civil), el principio del interés general que lleva implícito la prestación del servicio referido (arts. 1º y 49 C.P.), así como en los derechos de los consumidores y usuarios (Decreto 3466 de 1982).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603 / DECRETO 3466 DE 1982

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Ocurrencia de eventos adversos / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Transgresión del principio de seguridad en el sentido amplio o lato. Referente falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Violación del deber objetivo de cuidado / OBLIGACION DE SEGURIDAD DEL PACIENTE - Debe contener los deberes de vigilancia y protección. Tesis diferente a la sostenida por la Corte Suprema de Justicia

La responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de eventos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo. (...) en cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades del contenido prestacional, toda vez que se imbrican de forma inescindible. (...) el Tribunal de Casación dividió o seccionó la “obligación de seguridad” de la de “vigilancia y cuidado”, para enfatizar que la primera debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la segunda requiere de convención expresa tratándose de los centros hospitalarios generales, y sólo se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre delimitación de la obligación de seguridad, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 1 de febrero de 1993. En lo que respecta al alcance de obligación de seguridad del paciente, ver de la misma Corporación, sentencia del 12 de septiembre de 1985

ACTIVIDAD MEDICA - Obligación de seguridad / OBLIGACION DE SEGURIDAD - No se muta o transforma Independientemente de si el servicio de salud es prestado por una clínica psiquiátrica o no / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD - No se altera dependiendo de la clase de servicio de salud prestado. Psiquiátrico o general / OBLIGACION - No será de resultado. Título de imputación falla del servicio

La obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprehensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes. En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 741 DE 1997 - ARTICULO 3 / RESOLUCION 741 DE 1997 - ARTICULO 4

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 29 de septiembre de 2000, exp. 11405

EVENTOS ADVERSOS PRODUCIDOS POR EL SERVICIO DE SALUD - Valoración de la imputación fáctica del daño. Aplicación de los criterios normativos y jurídicos de la teoría de la imputación objetiva

Los eventos adversos producidos en la prestación del servicio de salud constituyen una problemática de la responsabilidad que encuentra su sede de estudio en la imputación fáctica del daño, motivo por el que resulta de suma importancia la aplicación de los criterios normativos y jurídicos trazados por la teoría de la imputación objetiva que sirven para establecer cuándo, desde el plano

fáctico o material, una lesión antijurídica es atribuible a determinada persona o sujeto de derecho. Así las cosas, la valoración de la imputación fáctica del daño, con su correlativo negativo, esto es, la acreditación de una causa extraña será un elemento decisivo para establecer, en cada caso concreto, si es posible abordar la imputación de segundo nivel, es decir, si se transgredió la obligación de seguridad (imputatio iure).

NOTA DE RELATORIA: Sobre posición de garante del Estado frente al paciente, consultar sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 16483 y sentencia del 1 de octubre de 2008, exp. 27268

EVENTOS ADVERSOS - Configuran daños antijurídicos / PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO SANITARIO Y HOSPITALARIO - Prestación de carácter principal y autónomo / ACTOS EXTRAMEDICOS - Prestaciones que no tienen que ver con el tratamiento de patología de base / ACTOS EXTRAMEDICOS - Comprende las actividades de vigilancia, custodia y protección de los pacientes / OBLIGACION DE SEGURIDAD - Obligación legal y reglamentaria de todas las instituciones prestadoras de salud / OMISION EN LA OBLIGACION DE SEGURIDAD POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD - Consecuencia. Declaratoria de responsabilidad patrimonial

Los eventos adversos configuran daños antijurídicos que pueden ser imputados a las entidades de salud por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que son inherentes a la prestación del servicio público sanitario y hospitalario; esta prestación es de carácter principal y autónomo; se relaciona con la ejecución de los denominados actos extramédicos, esto es, con aquellas prestaciones que no tienen que ver con el tratamiento de patología de base, ni con la preparación o manejo posterior a la ejecución del acto médico, y comprende las actividades de vigilancia, custodia, cuidado y protección de los pacientes. La Sala reitera su tesis en relación con la forma de resolver controversias originadas en la producción de situaciones que presupongan el incumplimiento o desconocimiento a la obligación de seguridad, denominadas por la doctrina y ciencia médica como “eventos adversos”, toda vez que el matiz de la mencionada obligación dependiendo de si el establecimiento hospitalario es o no una institución especializada para enfermos mentales, deviene inapropiada, máxime si todos los centros hospitalarios están compelidos al cumplimiento de unos parámetros mínimos de seguridad del paciente, cuyo incumplimiento desencadena la responsabilidad patrimonial, al margen de si la prestación se relacionaba con el cuidado y vigilancia del enfermo. En efecto, la distinción jurisprudencial que se recoge en esta ocasión ha servido de base para que se entienda que la obligación de seguridad es disímil a la de cuidado y vigilancia, estando esta última sólo a cargo de los hospitales psiquiátricos, lo que, se itera, no resulta acorde con un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Así pues, un análisis apropiado de la obligación de seguridad permite entenderla como un concepto unívoco al que están obligados legal y reglamentariamente todas las instituciones de salud sin distinción alguna, y cuya inobservancia genera la imposición de sanciones y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los prestadores del servicio, lo que presupone un juicioso y estricto análisis de imputación fáctica, especialmente la ocurrencia o no de una causa extraña como quiera que la mayoría de esos daños tienen su génesis en circunstancias que, por lo general, resultaban previsibles y resistibles para las instituciones de salud (v.gr. el hecho de un tercero o el hecho exclusivo y determinante de la víctima), en cuyo caso se impondrá la declaratoria de responsabilidad de la administración sanitaria y hospitalaria.

EVENTO ADVERSO AL TRATAMIENTO MEDICO - Secuestro y muerte de recién nacido / ACTOS MEDICOS - Prestación adecuada de la atención hospitalaria / EVENTO ADVERSO AL TRATAMIENTO MEDICO - Omisión en la obligación de seguridad del paciente / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL HOSPITAL REGIONAL DE APARTADO - Negligencia en la vigilancia y cuidado de los pacientes de pediatría

En el caso sub examine, estamos en presencia de un evento adverso al tratamiento médico recibido por el recién nacido, quien fue atendido de manera adecuada, en lo referente a la ejecución de los actos médicos, esto es, los que buscaron la recuperación del paciente con respecto a su estado.(...) del material probatorio recaudado es posible corroborar el hecho alegado, esto es, la adecuada atención hospitalaria en lo que tiene que ver con los actos médicos, sin embargo, también se puede corroborar una completa falta a la obligación de seguridad del paciente, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de un recién nacido, situación que obliga a que la vigilancia y cuidado sea mayor. La flexibilidad de las medidas de seguridad adoptadas por el Hospital permitió que la supuesta abuela llegara a tener un contacto pleno con el bebé, y que posteriormente, pudiera sustraerlo sin que fuera advertido por el personal de enfermería, y aún más reprochable, ni por el personal de vigilancia. En ese orden de ideas, el Hospital Regional de Apartadó no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los pacientes de pediatría, que por ser un área donde las visitas familiares estaban extendidas, debieron ser aún mayores. En consecuencia, la negligencia del nosocomio en la vigilancia y cuidado de los pacientes de pediatría permitió que un tercero pudiera secuestrar a uno de ellos sin dificultad alguna, lo que llevó a su posterior muerte, por tal razón se confirmará la declaratoria de responsabilidad de primera instancia, contra el Hospital Regional Antonio Róldan Betancur, entidad que tiene capacidad para ser parte en el proceso, de conformidad con la Resolución No. 103 del 31 de julio de 1967, proferida por el Departamento de Antioquia, y convertida en Empresa Social del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa, mediante Acuerdo 035 del 31 de agosto de 1995.

ACREDITACION DEL PERJUICIO MORAL - Prueba. Registro civil de nacimiento. Inexistencia / INEXISTENCIA DEL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO – Imposibilidad de los padres de registrar al menor por su secuestro y posterior muerte / ACREDITACION DEL PARENTESCO - Medios probatorios diferentes al registro civil de nacimiento. Aplicación de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades / REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DE RECIEN NACIDO SECUESTRADO Y FALLECIDO - Carga imposible de cumplir. Circunstancias excepcionales. Solicitarlo sería violatorio del acceso a la administración de justicia

Es de advertir que en el proceso no obra el registro civil de nacimiento del menor Juan Carlos López, como quiera que la diligencia no pudo llevarse a cabo debido al poco tiempo que tuvo de vida, y teniendo en cuenta que la mayor parte de éste, estuvo hospitalizado y luego secuestrado. Sin embargo, no hay duda de la calidad de madre de la demandante, lo cual se demuestra con los registros clínicos reseñados en el acápite de pruebas. Asimismo, de los medios probatorios recaudados también se acredita la calidad de padre de Luís Felipe López, condición que es admitida por la madre del menor Juan Carlos, y que además fue quien presentó la denuncia ante la Fiscalía, una vez fue secuestrado su hijo, aunado a que aparece con su apellido en los registros médicos; circunstancia que también se evidencia a folio 59 del cuaderno de pruebas, en la que el señor Luís

Felipe López figura como el esposo y persona responsable de la paciente Arinda Isabel Basilio. En ese orden, para la Sala es claro que los actores eran los padres del menor, y por tanto, en aplicación de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, se tendrá por acreditado el parentesco entre los demandantes y el occiso, en atención a los medios probatorios mencionados, toda vez que exigir la prueba formal, esto es, el registro civil de nacimiento, constituye una carga imposible de cumplir, y sería violatorio del acceso a la administración de justicia, dadas las excepcionales circunstancias que presenta el caso.

PERJUICIO MORAL - Secuestro y muerte de recién nacido / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL - Omisión de aportar el registro civil de nacimiento. Acreditación del perjuicio directo. Padre y madre en posición de garantes / PRUEBA DEL PERJUICIO MORAL - Existencia de pluralidad de documentos públicos y privados para acreditación del parentesco. Presunción de dolor y sufrimiento por secuestro y deceso de menor / TASACION DEL PERJUICIO MORAL - Inaplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980. Pauta jurisprudencial. Se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes

Se encuentra probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo del secuestro y muerte del menor Juan Carlos López, pues, en primer lugar, el señor Luís Felipe López acompañó a su esposa en el proceso de parto, y luego, ambos padres estuvieron pendientes de la salud de su hijo, y lo visitaban regularmente, conforme lo permitían las circunstancias geográficas y monetarias. De igual manera, en segundo lugar, se refuerza la prueba del perjuicio moral, en tanto que una vez fue secuestrado, los padres del menor iniciaron todas las diligencias tendientes a su recuperación, tales como la denuncia penal interpuesta por el señor López. Como se aprecia, si bien no existe prueba del registro civil del menor Juan Carlos López, lo cierto es que está acreditado el perjuicio directo que sufrieron los señores Arinda Isabel Basilio y Luís Felipe López, puesto que, se insiste, del acta de necropsia y de la historia clínica, así como de los demás documentos públicos allegados al proceso es posible establecer que ellos eran los padres del neonato, circunstancia que representa un profundo dolor, máxime si el niño y su madre estaban en posición de garante al momento de ocurrencia de los hechos. Por tal motivo, constituye una carga inadmisibles exigir a los padres del bebé que allegaran el registro civil de nacimiento para la acreditación de los perjuicios morales, como quiera que existe una pluralidad de documentos públicos y privados que permiten colegir no sólo la condición natural o biológica –no jurídica debido a la ausencia de registros civiles– de padres del menor, así como el dolor, la aflicción y sufrimiento que padecieron con el secuestro y posterior deceso del menor.

FUENTE FORMAL: CODIGO PENAL DE 1980 - ARTICULO 106

NOTA DE RELATORIA: Para establecer el monto de la indemnización se tendrá en cuenta la pauta jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corporación desde la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes números 13232 y 15646, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304)

Actor: LUIS FELIPE LOPEZ Y OTROS

Demandado: HOSPITAL REGIONAL ANTONIO ROLDAN BETANCUR E.S.E. Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, contra la sentencia del 15 de mayo del 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó, en la que se resolvió lo siguiente:

“1. Declárase probada la excepción de falta de legitimación de la causa por pasiva, respecto al Departamento de Antioquia-Dirección Seccional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

“2. Se exime de responsabilidad al Ministerio de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva.

“3. DECLÁRASE al HOSPITAL REGIONAL ANTONIO ROLDÁN BETANCUR de Apartadó (Antioquia), administrativamente responsable de los perjuicios causados a ARINDA ISABEL BASILIO BABILONIA Y LUÍS FELIPE LÓPEZ SEÑA, con motivo de la pérdida y posterior muerte de su hijo JUAN CARLOS LÓPEZ BASILIO.

“4. Como consecuencia de la anterior declaración, deberán reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales a ARINDA ISABEL BASILIO BABILONIA Y LUÍS FELIPE LÓPEZ SEÑA, padres del menor, la suma que represente mil (1.000) gramos de oro puro a cada uno. Se tendrá en cuenta para lo relacionado con el oro fino el valor que tenga dicho metal conforme certificación que expida el Banco de la República, en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“5. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

“6. Se dará cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.” (fls. 105-6 cuad. ppal)

I. ANTECEDENTES

1. El 22 de noviembre de 1994, los señores Luís Felipe López y Arinda Isabel Álvarez, a través de apoderado judicial, interpusieron demanda de reparación directa contra el Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, el Departamento de Antioquia y la Nación-Ministerio de Salud, para que se les declarara patrimonialmente responsables del secuestro y posterior muerte del menor Juan Carlos López Álvarez, el 29 de noviembre de 1992, en las instalaciones del Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, en el Municipio de Apartadó, Antioquia.

En consecuencia, deprecaron que se condenara al pago, por perjuicios morales, a la suma equivalente de 1.000 gramos oro, para cada uno; y por daños materiales, \$1.000'000.000,00.

2. Como fundamento de sus pretensiones, narraron los siguientes hechos:

“2.1. La señora demandante Arinda Isabel Álvarez acudió al Hospital Departamental Roldán Betancur, con sede en el municipio de Apartadó (Departamento de Antioquia) para que allí fuera atendido el alumbramiento de su hijo, Juan Carlos López Álvarez.

“2.2. Pocos días después de su nacimiento, el niño Juan Carlos López Álvarez fue secuestrado de la Sala de incubadoras del Hospital ‘Antonio Roldán Betancur’, habiéndose ocasionado su deceso a raíz de este hecho.

“2.3. La falta de vigilancia debida y el descuido del personal médico y paramédico o auxiliar del centro hospitalario fue la causa de que el recién nacido fuera plagiado del Hospital y de que con este secuestro sobreviniera la muerte del menor.

“2.4. Sucede, entonces, que, por culpa del ente demandado se ocasionó un daño irreparable, dada la circunstancia de que ello costó la vida a una persona.

“2.5. Corresponde, pues, al erario público (sic) indemnizar los daños inferidos por uno de sus agentes.

“(…) 2.7. El fallecimiento del menor tuvo ocasión el día veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y dos.” (fl. 3 cuad. 1)

3. La demanda fue admitida, en auto del 13 de diciembre de 1994, y notificada en debida forma.

En la contestación, el apoderado judicial del Departamento de Antioquia- Dirección Seccional de Salud, se opuso a las pretensiones. Afirmó que de las circunstancias que rodearon la muerte del menor, no se podía colegir la existencia de la falla del servicio de los entes demandados; que desde el momento del alumbramiento, hasta la desaparición del menor, el comportamiento del personal hospitalario fue diligente y cuidadoso. Sostuvo que la medicina moderna tiene en cuenta el entorno familiar como uno de los factores que influyen en la recuperación de los pacientes, y por tal razón, a la señora que se hizo pasar por abuela del menor, se le permitió el trato con el bebé, hasta el punto de que una de las enfermeras le dio el tetero para que lo alimentara. Además, el deceso del bebé se produjo por una exposición indebida en un ambiente no propicio, situación de la que no fue parte el Hospital sino un tercero ajeno a la administración. Finalmente, alegó la inexistencia de la obligación, debido a que, de demostrarse la responsabilidad, el llamado a responder es el Hospital Regional del Municipio de Apartadó, ente con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Por su parte, el Hospital Regional de Apartadó, señaló que en sus instalaciones permanecía un portero, que no cumplía con labores de vigilancia, ya que su función era la de ejercer control sobre el personal que entraba y salía del Hospital, como quiera que la guerrilla le tenía vedado a los porteros el ejercicio de revisión y requisita de las personas. Alegó, asimismo, el hecho de un tercero, pues el secuestro se perpetró por quien decía ser la abuela del niño, y su muerte, se produjo fuera del Hospital. Finalmente, afirmó que el demandando actuó con la debida diligencia y cuidado.

La Nación-Ministerio de Salud no contestó la demanda.

4. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 20 de septiembre de 1995, y fracasada la conciliación, se corrió traslado para alegar.

4.1. El apoderado de la E.S.E. Hospital Antonio Roldán Betancur reiteró que el menor Juan Carlos murió fuera de sus instalaciones, sin que tuviera la oportunidad de seguir siendo atendido por su personal. Alegó que se demostró que tanto la madre, como el menor, recibieron los tratamientos médicos correspondientes, con la debida diligencia y cuidado; sin embargo, la plagiaria utilizó artificios para engañar al personal hospitalario y llevarlos al convencimiento de que era la abuela del recién nacido, pero que una vez percatados de la ausencia del menor, se dieron a la tarea de buscarlo en las instalaciones del Hospital y poner en conocimiento a las autoridades competentes.

4.2. El Ministerio de Salud expresó que no es un órgano prestador de servicios médico asistenciales, pues su función es la dirección, coordinación y vigilancia del Sistema Nacional de Salud, correspondiéndole la formulación de políticas tendientes a la regulación de la Salud a nivel nacional. Por lo tanto, solicitó al Tribunal que se abstuviera de condenarlo como responsable de los hechos de la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de mayo del 2001, la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó, declaró la responsabilidad del Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, por la muerte del menor Juan Carlos López Basilio.

Entre otros aspectos, puntualizó lo siguiente:

“En conclusión, no fue diligente el Hospital Antonio Roldán Betancur de Apartadó, pues falló en la custodia del menor, su obligación no se limitaba a la prestación del servicio médico, sino que además debió implementar un sistema de vigilancia que no requería ser de carácter armado para evitar el robo del menor. En cuanto al nexo de causalidad, la Sala pretende ser clara especificando:

“La situación de salud que se (sic) encontraba el menor era de alto riesgo, lo anterior lo demuestra contundentemente el hecho que JUAN CARLOS, una vez nacido, haya tenido que estar catorce días más hospitalizado al cuidado del personal médico y de enfermería.

“La entrega del menor a quien se creyó erróneamente era su abuela, es prueba inequívoca de negligencia. Nunca interrogaron sobre la

realidad de tal filiación a los directamente conoedores de la verdad y además, sintiendo la extrañeza de encontrar alguien ajeno a los familiares, pues la supuesta abuela como era obvio nunca hablaba con la madre, el padre, o inclusive el tío que en ocasiones asistía al centro hospitalario, se quedaron de brazos cruzados, dejando en pleno cambio de turno de enfermería, que tal señora se quedara con el bebé. Fue un total descuido. De no darse el descuido, de no haberse entregado el bebé a la supuesta abuela, la atención médica que con tanto ahínco defienden los demandados, confiados en la buena prestación del servicio que realizan, hubiese sido efectiva y el menor gozaría de plena salud.

“De tal modo, quedan demostrados los vínculos causales entre la acción del Hospital, y el secuestro y muerte del menor.” (fls. 102-3 cuad. ppal)

Asimismo, sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Salud y el Departamento de Antioquia, sostuvo:

“La Sala considera que el Ministerio de Salud no se encuentra legitimado por pasiva, pues no tenía la posibilidad de ejercer control sobre el Hospital de Apartadó, en tanto que a él le corresponden aspectos más generales como la formulación de las políticas atinentes a su despacho, la dirección de la actividad administrativa y ejecutar la ley. Además, con respecto al Departamento de Antioquia-Dirección Seccional de Salud, quien en la contestación de la demanda excepcionó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, argumentando que: ‘(...)’

“La ley 10 de 1990, reorganizó el sistema de salud, determinando los niveles de atención, es decir, primer nivel corresponde al municipio, segundo nivel que corresponde al departamento y tercer nivel corresponde a la nación porque se trata de un nivel de más complejidad en tratamiento de ciertas enfermedades.

“El Hospital Antonio Roldán Betancur, según certificado que se anexa al expediente en folio 21 del cuaderno principal, obtuvo su personería jurídica y autonomía administrativa por medio de la Resolución No. 103 del 31 de julio de 1967, emanada del Departamento de Antioquia, lo que le permite responder por los eventuales perjuicios que puedan causar sus agentes en el desarrollo de sus funciones, por lo que se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto a la Dirección Seccional de Salud de Caldas (sic).” (fls. 97-8 cuad. ppal)

Finalmente, el Tribunal otorgó 1000 gramos de oro, como perjuicios morales, para cada uno de los demandantes, y negó el reconocimiento de perjuicios materiales, como quiera que no se demostraron.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. El demandado, Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, el que le fue concedido en auto del 10 de septiembre del 2001 y admitido el 5 de abril de 2002.

1.1. El apoderado del Hospital sostuvo que no se configuró la falla del servicio predicada por el *a quo*. Alegó nuevamente el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, y reiteró los argumentos expuestos en el alegato de conclusión, por tal razón, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absolviera a esta entidad.

2. Vencido el término para alegar, las partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, contra la sentencia del 15 de mayo del 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas y Chocó.

Para adoptar la decisión en el asunto *sub examine*, será necesario reseñar los medios probatorios allegados al proceso, y luego de su análisis, establecer los hechos, a fin de determinar la responsabilidad de la entidad demandada.

1. De los medios de prueba

Al proceso, para el establecimiento de los hechos relevantes, se allegaron los siguientes medios probatorios:

1.1. Diligencia de necropsia No. 92-593 que da cuenta que la muerte de Juan Carlos López, de aproximadamente 20 días de edad, se produjo por una insuficiencia respiratoria aguda por bronconeumonía bilateral. (fl. 221 cuad. pruebas)

1.2. Copia del registro civil de defunción que señala que el menor Juan Carlos López Álvarez murió el 7 de diciembre de 1992, a consecuencia de un paro cardio-respiratorio. (fl. 123 cuad. pruebas)

1.3. Diligencia de levantamiento de cadáver No. 373 del 10 de diciembre de 1992, con las siguientes observaciones:

“En el momento de la diligencia de levantamiento al cadáver ya se le había hecho la necropsia, en el momento del reconocimiento del recién nacido se presentó el Señor Luís Felipe López Seña, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.970.042 de Turbo (Antioquia), residente en Pueblo Nuevo (Necoclí) quien manifestó ser el padre del occiso. El infante nació el día diecisiete (17) de Noviembre del presente año, en el Hospital de Apartadó (Antioquia).” (fl. 28 cuad. pruebas)

1.4. A folios 59-95 del cuaderno de pruebas, obran los registros médicos que dan cuenta de la atención prestada por el Hospital Regional Antonio Roldán Betancur, a la señora Arinda Álvarez Basilio, quien se encontraba en estado de embarazo. Asimismo, da cuenta de los tratamientos médicos realizados al menor Juan Carlos López Álvarez, quien luego de estar varios días en la incubadora, fue raptado, como se lee en una aparte de su historia clínica:

“Me informan al servicio de urgencias, en el momento en que estaba recibiendo turno que un niño de pediatría fue raptado; el informe me lo dio la enfermera de urgencias “Elizabeth Alzate”; me dirijo al servicio de urgencia pediatría y me cuentan que las auxiliares de turno que ellas al recibir el turno, no encuentran al niño por ninguna parte y la cunita estaba con una sábana acomodada de tal manera que parecía como si estuviese el niño, pero no era así; al parecer de ellas se cree que el niño fue raptado” (fl. 86 cuad. pruebas)

1.5. A folios 341-62 obra la sentencia penal proferida el 19 de octubre de 1993, por el Juzgado Penal del Circuito de Apartadó, contra la persona que secuestró al menor Juan Carlos. Se destacan los siguientes apartes:

“El miércoles 17 de noviembre de 1992, nace en el Hospital Regional de Apartadó, un hijo de Arinda Isabel Álvarez Basilio y Luís Felipe López Seña, a quien de hecho se llamó Juan Carlos López Álvarez (no hay constancia de partida de bautismo ni de registro civil de nacimiento). En razón a lo traumático del parto, de inmediato se le internó en el servicio de pediatría del centro asistencial, al presentar problemas en el órgano responsable del proceso respiratorio e infección en el mismo. El domingo 29 de tal mes, aproximadamente a las siete de la noche, fue sustraído sin autorización el neonato del hospital por una mujer. De inmediato los servidores de la institución se comunicaron con los progenitores y como manifestaran que ellos no se lo habían llevado, expidieron un comunicado a la opinión pública y se denunció lo acontecido en la Unidad de Fiscalía de Apartadó.

“Posteriormente como a las seis de la tarde del lunes 7 de diciembre del año pasado, fue llevado al mismo sanatorio apuntado un recién nacido por una mujer de nombre Flor Elena Mata Guzmán, ya muerto, y como se le identificara como el que había sido sustraído el 29 de noviembre se le interrogó, informando que la presunta madre estaba ahí cerca, por lo cual los agentes de la policía dieron captura a esta última, haciéndose llamar Carmen Álvarez Tamayo, nombre supuesto.” (fls. 292-3 cuad. pruebas)

“(…) Respecto a los hechos que se le imputan, Carmen Emilia los planeó y ejecutó cuidadosamente; empezó a utilizar faldas anchas, se ausentó del trabajo por espacio de una semana, visitó al menor en varias ocasiones haciéndose pasar por ‘abuela’, evitando la presencia simultánea de ella y la madre del menor. Habilidosamente el niño desaparece del Hospital y posteriormente al agravarse el estado de salud, es devuelto mientras ella se esconde. Motivo-agrega el despacho- que en momento alguno significa justificación o exculpación de la conducta asumida, por todo lo que se ha venido reseñando y a lo cual remitimos. (fl. 302 cuad. pruebas)

“(…) PRIMERO: Condenar a Carmen Emilia Molina Carvajal o Carmen Álvarez Tamayo ‘...’ a la pena de 4 años de prisión y multa de \$5000, al hallársele responsable del concurso de delitos de secuestro simple agravado y homicidio culposo, en contra de la libertad individual y la vida del infante Juan Carlos López Álvarez, en hechos acaecidos en este municipio el 29 de noviembre y 7 de diciembre de 1992 en Apartadó.” (fl.304 cuad. pruebas)

1.6. El señor Álvaro Quintero Posada, médico cirujano y Director del Hospital Regional, en su declaración, rendida ante el Juzgado Civil Municipal de Apartadó, manifestó:

“Pregunta 4: Conoce usted con qué frecuencia se hacía el seguimiento del estado de salud del recién nacido, y por quién? CONTESTO: Cuando un paciente recién nacido ingresa al servicio de pediatría, ya tiene un plan de tratamiento y seguimiento, de lo cual se encargan el médico especialista de la sala si lo hubiere, o en su defecto el médico general de la ronda, la enfermera jefe del servicio y las auxiliares de enfermería. El plan se cumple de acuerdo a las órdenes médicas, salvo casos de urgencia, en el que el médico general hace modificaciones al plan. (...) PREGUNTA 7: Dígame a este Despacho, cómo se enteró del desaparecimiento del menor? CONTESTO: Fui enterado por la enfermera jefe del servicio de pediatría, y por las auxiliares que se encontraban de turno. PREGUNTA 8: Dígame a este Despacho, cuál fue su conducta desde el momento en que se enteró del desaparecimiento del menor? CONTESTO: Los pasos fueron los siguientes: Primero: Escuchada la versión de las auxiliares y de la jefe del servicio, verificamos que se había dejado constancia en la historia clínica. SEGUNDO: Fuimos cama por cama, a verificar que la supuesta familiar, no se ubicara en algún otro lado del hospital e hicimos un recorrido por los alrededores, dentro del perímetro del hospital, verificado que no estuviera en las instalaciones de la Institución, dimos aviso al Comando de la Policía Apartadó y a la Fiscalía, pusimos aviso por radio en las emisoras locales, informando sobre el requerimiento de terapia especial que necesitaba el paciente, intentando por este medio convencer a quien lo raptó y disuadirlo de su acción. Pusimos en alerta al

servicio de urgencias y de consulta externa, para que diera aviso inmediato sobre si consultaba un bebé con las características del que se raptó, y nos pusimos a disposición de la familia en primer lugar con la que conversamos y dimos las explicaciones en su momento, y de la fiscalía. PREGUNTA 9: Menciona usted, a una supuesta familiar que visitaba al recién nacido, indique por favor qué quiere indicar con lo de la supuesta familiar? CONTESTO: Para responder quiero hacer las siguientes precisiones: El servicio de pediatría, es el único servicio del hospital que tiene abiertas las puertas para los familiares en jornada que comienza a las diez de la mañana y termina a las cinco de la tarde, autorizando al padre o a la madre del niño, o en su defecto a un familiar para que lo acompañe, puesto que está demostrado que el acompañamiento de familiares provoca reacciones del paciente a favor de su recuperación. (...) En este caso particular, la madre y el padre son residentes de Necoclí y expresamente habían indicado su imposibilidad para asistir a la visita y al acompañamiento todos los días, por razones geográficas y económicas. **Sin embargo, llamó la atención a las auxiliares del servicio de pediatría, la diligencia especial acompañamiento (sic) de una señora que se presentó como abuela del niño, y que coincidentemente, lo asistía y acompañaba todos aquellos días en que no podía ni la mamá ni el papá.** La gente del servicio de pediatría, por supuesto agradeció el favor de la abuela y entendió, que entre las partes, quiero decir, la abuela, la madre y el padre, habían acordado que el uno acompañaba al bebé cuando no estuvieran los otros. Digo había entendido, porque ese tipo de asuntos, no los verificamos en la Institución, porque no es de nuestra competencia solicitar a los acompañantes, certificados en los que se explicita, si el acompañante es familiar o no del paciente, para resumir, la atención del paciente se había garantizado integralmente. (...) No fue objeto de suspicacia para los auxiliares de enfermería, y no tendría por que serlo objetivamente, que la que se dijo llamar abuela del menor, acompañara al bebé y lo cuidara tan diligentemente, como ellas lo afirman, y como lo pueden comprobar las mamás de otros niños de la sala, a eso me refiero como supuesta familiar. (...) PREGUNTA 12: Manifieste a este Despacho, cuál es la función principal del ente hospitalario, y qué función cumple el portero de dicha entidad? CONTESTO: (...) quiero hacer claridad, en que no es función de esta institución verificar a través de registraduría o notaría, la veracidad de los parentescos que invocan las personas que acompañan a nuestros pacientes. La portería cumple las funciones de permitir el ingreso, tanto de los pacientes que nos demandan servicios, como el de los familiares o acompañantes de los hospitalizados. La portería ha recibido instrucciones sobre la forma como debe permitir el egreso de un paciente cuando es dado de alta, de tal manera que su acompañante debe mostrar una documentación específica en la portería, para que el simplemente, ese acompañante, o ingresa o sale, en el primer caso, no realizamos ninguna requisa. En primer lugar, porque no somos autoridad competente para requisar. Y en segundo lugar, porque presumimos la buena fe del que visita. Para el caso del acompañante que sale, se revisa selectivamente o al azar bolsos o paquetes, verificando que no se lleven sin ningún tipo de autorización propiedades de la empresa. Esta revisión no se hace exhaustivamente como vaciar todo lo de los bolsos o paquetes, simplemente se abre y se revisa permitiendo determinar, que no haya nada de propiedad de la Institución. PREGUNTADO POR EL DESPACHO: Cuáles son los mecanismos de vigilancia de que goza el hospital a su cargo y por parte de qué personas es impartido? CONTESTO: Quiero aclarar, que por la razón de existencia y razón de la empresa, no tenemos servicio de vigilancia, eso supone que la vigilancia, tal y como la concibo, es realizada por autoridad competente estatal, o por particulares con quienes se contrataría, con lo que

sí contamos, es con cargos de portería, que cumplen las funciones que ya especifiqué arriba.” (fls 42-6 cuad. 1)

1.8. La señora Digna Carrascal Arteaga, enfermera auxiliar del hospital, rindió su declaración, ante el Juzgado Civil Municipal de Apartadó comisionado por el Tribunal Administrativo, en los siguientes términos:

“PREGUNTADA: Además del personal médico y paramédico que vigilaba el estado de salud del recién nacido, quién más visitaba a este bebé? CONTESTO: La mamá, el papá y alguna vez vi a una señora hablando con los padres del niño tuve la oportunidad verla una vez. PREGUNTADA: Quién era la señora a la cual usted se refiere en la respuesta anterior, o cómo la identificaba? CONTESTO: yo había visto a esa señora, y cuando ella nos dijo que era la abuela del niño, entonces la identificábamos como la abuela del niño. (...) PREGUNTADA: Dígame a este Despacho, cuando usted ingresa al hospital, de qué forma es revisada al momento de entrar, al entra a la entidad? CONTESTO: Hubo un tiempo que si nos revisaban, nos requisaban el bolso, nos pedían el carnet pero exactamente no recuerdo en qué fecha. PREGUNTADA: En qué consistía la requisa, le vaciaban el bolso o meramente se lo revisaban por encima? CONTESTO: No, el bolso uno lo habría y miraban. PREGUNTADA: Sabe usted, si con los particulares sucedía lo mismo? CONTESTO: No tengo conocimiento.” (fls. 46-7 cuad. ppal)

1.9. Igualmente, la señora Blanca Nidia Guerra Blandón declaró:

“PREGUNTADA: Vio alguna vez a la supuesta abuela, darle el tetero al citado menor? CONTESTO: Si la vi, quiero aclarar con esta señora yo tuve oportunidad más de una vez en el servicio al pie del bebé, y estoy segura que demostraba más por el bebé la citada abuela que la misma mamá, ella se mantenía más pendiente del niño, lo cargaba, lo cambiaba, y ella atendía las recomendaciones que le dábamos con respecto al bienestar del bebé. (...) PREGUNTADO: Cuál es su concepto de cómo pudo haber sido sacado el menor del ente hospitalario? CONTESTO: Ese día desde el principio de turno llegó la abuela con una tula larga, verde clara, desde el primer momento que llegó me preguntó en repetidas ocasiones cómo veía el niño, le expliqué el niño estaba mejorando, que ya no necesitaba líquidos venosos, ni oxígeno, que tenía aliento, pero que todavía estaba recibiendo tratamiento. Al rato llegó el pediatra, le hizo la abuela la misma pregunta, el pediatra respondió, el niño está mejorando, estoy pensando darle salida. Durante el resto del día, la señora continuó sentada recostada a la pared junto a la cuna sentada en dos ladrillos, atendiendo al bebé con su tula al lado, piense que se llevó al niño en la tula y de ahí lo sacó fácil del hospital, nadie se enteró.” (Fl. 48 cuad. 1)

1.10. A folios 81-2 del cuaderno 1 obra la respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que se informa que la cedula de ciudadanía 39.411.548 expedida el 13 de agosto de 1991, corresponde a la Señora Arinda Isabel Basilio Babilonia y no Arinsa Isabel Álvarez.

2. De los hechos probados

De los anteriores medios probatorios, se da por acreditado que a la señora Arinda Basilio Babilonia le fue atendido su parto en el Hospital Regional de Apartadó, en el mes de noviembre de 1992, dando a luz al menor Juan Carlos López, quien debió ser hospitalizado, debido a complicaciones respiratorias. Durante su hospitalización era visitado por su madre Arinda Basilio y su padre Luís Felipe López. Además, el recién nacido era visitado por la señora Carmen Emilia Molina Carvajal, quien se presentó ante el personal hospitalario como abuela de éste, haciéndoles creer que el menor sería visitado por sus padres y, cuando éstos no pudieran, lo haría ella.

La señora Molina Carvajal visitaba al bebé de forma constante y reiterada, ocupándose de su cuidado y alimentación. En ninguna ocasión, el menor era visitado por sus padres y su “abuela” al mismo tiempo. El 29 de noviembre de 1992, en el cambio de turno, el recién nacido Juan Carlos López desapareció, lo que generó la alarma del personal de enfermería y la Dirección del Hospital, quienes procedieron a buscarlo exhaustivamente en las instalaciones y en los alrededores.

Una vez constatada su ausencia, dieron aviso del suceso a la Policía Nacional y a la Fiscalía, y además, pusieron avisos en radio, advirtiendo al secuestrador el delicado estado de salud del menor y lo imperativo de su tratamiento. En días posteriores, el menor Juan Carlos López, ya muerto, es llevado de urgencias al Hospital, lo que permitió la captura de la secuestradora, Carmen Emilia Molina Carvajal, la supuesta abuela, quien se encontraba cerca del Hospital y había pedido que llevaran al niño al servicio de urgencias.

3. Título jurídico de imputación

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, en repetidas ocasiones¹, ha acudido a la tesis del evento adverso para el análisis de la responsabilidad sanitaria por el incumplimiento de obligaciones que siendo propias de la prestación del servicio médico – asistencial son ajenas al deber de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009 (17.733); Sentencias del 25 de marzo de 2011 (20.836) y (20.878). C.P.: Enrique Gil Botero.

tratamiento de la patología de base del paciente; se trata, por consiguiente, de la verificación de las obligaciones propias de los denominados actos extramédicos.

En efecto, en la sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente No. 17733 se hicieron una serie de consideraciones en torno a la definición doctrinal, legal, reglamentaria y jurisprudencial del evento adverso, así como en relación a su contenido y alcance. Por tal motivo, en esta ocasión la Sala reitera *in extenso* todos los planteamientos conceptuales contenidos en la providencia mencionada.

El evento adverso se ha entendido como aquel daño imputable a la administración por la atención en salud y/u hospitalaria, que no tiene su génesis u origen en la patología de base del paciente, y que puede desencadenar la responsabilidad de los prestadores del servicio de salud –entendidos en sentido genérico–, desde diversas esferas u órbitas legales². Por su parte, el anexo técnico de la Resolución No. 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social lo define como:

“(…) las lesiones o complicaciones involuntarias que ocurren durante la atención en salud, los cuales son mas atribuibles a esta que a la enfermedad subyacente y que pueden conducir a la muerte, la incapacidad o al deterioro en el estado de salud del paciente, a la demora del alta, a la prolongación del tiempo de estancia hospitalizado y al incremento de los costos de no-calidad. Por extensión, también aplicamos este concepto a situaciones relacionadas con procesos no asistenciales que potencialmente pueden incidir en la ocurrencia de las situaciones arriba mencionadas.”

Ahora bien, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, vale la pena destacar que el servicio de salud ha sido definido como público esencial³, cuyo cumplimiento en cabeza de entidades públicas o estatales se adelanta mediante el ejercicio de función administrativa, y atiende a la satisfacción del interés general, en la medida que sirve de

² Cf. Philippe Michel, Jean Luc Quenon, Anne Marie de Sarasqueta, Olivier Scemama “Comparison of three methods for estimating rates of adverse events and rates of preventable adverse events in acute care hospitals” Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Epidemiológicas, Seguridad del Paciente y Error en la Medicina http://www.errorenmedicina.anm.edu.ar/pdf/articulos/Michel_comparision.pdf En ese mismo sentido, DÍAZ VEGA, Ruth “Marco Legal del Evento Adverso”, Ministerio de la Protección Social.

“Respecto a la definición, vale la pena aclarar que como evento adverso se califica a las situaciones que terminan en daño no intencional al paciente, como consecuencia del cuidado proveniente o con ocasión de éste, más que como consecuencia de la enfermedad de base.” <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v59n4/v59n4a01.pdf>

³ Al respecto consultar la sentencia de la Corte Constitucional C-559 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez y la providencia del Consejo de Estado – Sección Tercera de 20 de febrero de 1996, exp. 11.312, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

presupuesto para el ejercicio pleno de otros derechos, especialmente, aquellos definidos como fundamentales, dada la condición de conexidad que se genera entre el primero y estos últimos.

Como se aprecia, el servicio público sanitario y hospitalario no sólo está circunscrito a la prestación o suministro de los denominados “acto médico y/o paramédico”, es decir, la atención dirigida o encaminada a superar o aliviar una enfermedad a partir de la valoración de los síntomas y signos evidenciados con el objetivo de restablecer la salud del paciente⁴, sino que comprende otra serie de obligaciones principales como la de seguridad, cuidado, vigilancia, protección y custodia de los usuarios. En ese orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y hospitalaria encuentra su fundamento en: el principio de la buena fe (art. 86 de la Constitución Política y 1603 del Código Civil), el principio del interés general que lleva implícito la prestación del servicio referido (arts. 1º y 49 C.P.), así como en los derechos de los consumidores y usuarios (Decreto 3466 de 1982).

En efecto, el numeral 3 del artículo 3º del Decreto 1011 de 2006⁵, define la obligación de seguridad en la atención en salud como “...*el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de salud o mitigar sus consecuencias.*” Como se aprecia, esa obligación contiene diversas prestaciones, tales como la de establecer procesos, el diseño de instrumentos y el empleo de metodologías que tiendan a la reducción o mitigación de los riesgos que pueden desencadenar un evento adverso en relación con la atención de salud, y cuyo incumplimiento puede desencadenar la toma de medidas de precaución por las autoridades de inspección vigilancia y control, así como la imposición de las sanciones contenidas en los artículos 49 de la ley 10 de 1990⁶, y 577 de la ley 9 de 1979.⁷

⁴ La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como “el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades.” www.who.int/en/

⁵ “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

⁶ “ARTICULO 49. Sanciones En desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia, las autoridades competentes, según el caso, podrán imponer, según la naturaleza y gravedad de la infracción de cualquiera de las normas previstas en la presente ley, las siguientes sanciones:

“a) Multas en cuantías hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales;

Así las cosas, la obligación médico – hospitalaria tiene origen en diversos actos relacionados con el servicio de atención en salud, según los lineamientos del profesor José Manuel Fernández Hierro, citado por el tratadista Alberto Bueres, en los siguientes términos:

“(…) Savatier hablaba de actos médicos y de actos hospitalarios (que se correspondían, respectivamente, con los que en el párrafo anterior identificamos como médicos y paramédicos). Sin embargo, en los últimos años, Fernández Hierro ha ensayado una clasificación que parece más completa. De tal suerte, se distinguen estos supuestos:

“1. Actos puramente médicos.- que son los de profesión realizados por el facultativo;

“2.- Actos paramédicos.- que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral–, controlar la tensión arterial, etcétera). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y el buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos;

“3. Actos extramédicos.- están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.”⁸

“De todas formas, es bueno aclarar que la zona límite entre un acto médico y un acto paramédico constituye una *quaestio facti*, de donde

“b) Intervención de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que presten servicios de salud, por un término hasta de seis meses;

“c) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica de las personas privadas que presten servicios de salud;

“d) Suspensión o pérdida de la autorización para prestar servicios de salud.”

⁷ “Artículo 577°.- Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante resolución motivada, la violación de las disposiciones de esta Ley, será sancionada por la entidad encargada de hacerlas cumplir con alguna o algunas de las siguientes sanciones:

“a. Amonestación;

“b. Multas sucesivas hasta por una suma equivalente a 10.000 salarios diarios mínimos legales al máximo valor vigente en el momento de dictarse la respectiva resolución;

“c. Decomiso de productos;

“d. Suspensión o cancelación del registro o de la licencia, y

“e. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo.

⁸ FERNÁNDEZ Hierro, Responsabilidad civil médico – sanitaria, Ed. Aranzandi, Pamplona, ps. 174 y 175.

la clasificación mencionada es de cierto modo elástica e indefinida. La palabra para es un prefijo que significa “junto a”, “al lado de” o “a un lado de”, vale decir que lo paramédico concerniría a los servicios que se prestan junto a los médicos o al lado (o a un lado) de ellos. La latitud de la expresión paramédico podría depender en ciertos casos no sólo de los hechos sino también de las interpretaciones.

“Comoquiera que sea, nos parece que la clasificación tripartita de Fernández Hierro, más allá de cualquier dificultad –que, por lo demás, siempre va a presentar toda división de especies– es completa y entonces merece ser aceptada.”⁹

Por lo tanto, los eventos adversos, como incumplimiento de la obligación de seguridad y vigilancia, se localizan en el campo de los actos extramédicos toda vez que es en este ámbito en que se pueden materializar los posibles riesgos o circunstancias que sean configurativas de eventos de responsabilidad de la administración sanitaria que no se relacionan con la patología de base; en consecuencia, el deber que se desprende de esa relación jurídica consiste en evitar o mitigar todo posible daño que pueda ser irrogado al paciente durante el período en que se encuentre sometido al cuidado del centro hospitalario.

Así las cosas, tanto la doctrina como la jurisprudencia han deslindado la responsabilidad derivada de la falla (culpa) del servicio médico (errores médicos o paramédicos), de aquella que se relaciona con el desconocimiento del deber de protección y cuidado de los pacientes durante su permanencia en el establecimiento sanitario, precisamente por tener un fundamento o criterio obligacional disímil; el primero supone el desconocimiento a los parámetros de la *lex artis* y reglamentos científicos, mientras que el segundo está asociado al incumplimiento de un deber jurídico de garantizar la seguridad del paciente. Ahora bien, no supone lo anterior que la responsabilidad de la administración sanitaria se torne objetiva en el segundo supuesto, como quiera la jurisprudencia de esta Sala ha sido enfática en precisar que la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa, salvo aquellos eventos en los que se empleen aparatos, instrumentos o elementos que conlleven un riesgo para los pacientes, único escenario en que será viable aplicar el título de imputación –objetivo– de riesgo creado o riesgo álea.

Sobre el particular, esta Sección en reciente oportunidad puntualizó:

⁹ BUERES, Alberto J. “Responsabilidad de los Médicos”, Ed. Hammurabi, Tomo I, pág. 424 y 425.

“De otro lado, la Sala no acoge el razonamiento trazado por el apoderado de los demandantes con el recurso de apelación, toda vez que la condición de conscripto del soldado Narváez Marriaga, no muta automáticamente el título de imputación en objetivo, máxime si la demanda tuvo como fundamento la falla en la prestación médica por parte de la entidad demandada, razón por la que, se insiste, el régimen aplicable a los asuntos de responsabilidad médico – sanitaria es el de falla, toda vez que resulta inadmisibles considerar la ciencia médica como riesgosa. Por consiguiente, sin importar que se pueda predicar en ciertos eventos en los que operen aligeramientos probatorios (v.gr. la regla *res ipsa loquitur*), lo cierto es que el título jurídico por excelencia para analizar y decidir la responsabilidad patrimonial de la administración pública sanitaria es el de falla del servicio, salvo aquellos supuestos en que el daño sea producto de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica que pueda ser catalogado como riesgoso o peligroso (*riesgo peligro o riesgo álea*)¹⁰, cuyo uso sea comúnmente aceptado y avalado para el diagnóstico y tratamiento de ciertas enfermedades o patologías, como por ejemplo, entre otros, las herramientas de radiología, algunas placas de acero con polos a tierra, medios de contrastes, desfibriladores, etc., eventos estos últimos en que será posible desatar la controversia con aplicación del título objetivo del riesgo excepcional.”¹¹

En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de eventos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de

¹⁰ “a. *Responsabilidad por riesgo-peligro.*

“Es la asociada tradicionalmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con la idea de “actividades peligrosas” y, dentro de ella, quedan comprendidos tres supuestos diferenciables:

“a.1. Responsabilidad derivada del uso de *objetos peligrosos*, entre los cuales puede referirse (i) a las sustancias peligrosas —verbigracia, químicos o explosivos—; (ii) a instrumentos o artefactos peligrosos —caso de las armas de fuego o los vehículos automotores— o (iii) a las instalaciones peligrosas —como las redes de conducción de energía eléctrica o de gas domiciliario—.

“b. *Responsabilidad por riesgo álea.*

“Se trata de la asunción de riesgos derivados de la toma en consideración de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa. En la jurisprudencia francesa se ha reconocido la responsabilidad del Estado en esta suerte de casos cuando se emplean, por parte de la Administración, métodos científicos cuyas consecuencias dañosas aún no son del todo conocidas o cuando, a pesar de ser conocidas, resultan de muy excepcional ocurrencia, en definitiva, cuando se está en presencia del denominado “*riesgo estadístico.*” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. 18069, M.P. Enrique Gil Botero.

reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo.

Por su parte, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ha delimitado la obligación de seguridad en los términos que se transcriben a continuación:

“1. Siguiendo de cerca la jurisprudencia sentada por los tribunales franceses desde los primeros años del presente siglo..., hoy en día se tiene por admitido en nuestro medio que en un buen número de contratos... ha de entenderse incluida la llamada “obligación de seguridad” para preservar a las personas interesadas o a sus pertenencias de los daños que la misma ejecución del contrato celebrado pueda ocasionarles, obligación que en pocas palabras cabe definírsela diciendo que es aquella en virtud de la cual una de las partes... se compromete a devolver sanos y salvos – ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes – al concluir el cometido..., **pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa , venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o, en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de su entendimiento integral...** Y uno de los eventos en que hay lugar a reconocerle vigencia a este crédito a la seguridad de las personas, como algo que le atañe al vínculo “...en condiciones normales de contratación...”, es precisamente el de la prestación de servicios asistenciales por entes hospitalarios de cualquier clase (...)

“2. En el mismo orden de ideas y **tratándose de enfermos mentales internados en casas de salud, asilos de residencias de reposo y demás organismos asistenciales especializados en suministrar los cuidados adecuados para esta clase de padecimientos, ninguna duda queda de que estas entidades, a la par de las obligaciones atinentes a las prestaciones médicas propiamente dichas, contraen así mismo una obligación sobreentendida de seguridad junto con el deber de custodia que a ella le es consustancial, obligación que naturalmente no requiere de estipulación expresa, tampoco de advertencias explícitas de los interesados acerca de la necesidad de cumplirla a cabalidad,** y cuyo objeto no es otro que el de vigilar al paciente con el grado de diligencia que demanden las circunstancias, determinadas ellas en principio por la clase de enfermedad que sufre y las manifestaciones que ofrece, y así poder evitar que experimente daño alguno mientras permanezca en las instalaciones del establecimiento...”¹² (Negrillas adicionales).

De otro lado, en cuanto concierne al alcance de la obligación de seguridad del paciente, encaminada a prevenir la producción de eventos adversos, se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la misma contiene los deberes de vigilancia y protección, sin que sea dable desligar esas actividades

¹² Sentencia del 1º de febrero de 1993, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

del contenido prestacional, toda vez que se imbrican de forma inescindible. En efecto, en providencia del 12 de septiembre de 1985, señaló la Sala de Casación Civil y Agraria lo siguiente:

“2. Si en orden a determinar el contenido de las obligaciones originadas en los contratos de hospitalización, se examina esta clase de acuerdos a la luz de las previsiones del artículo 1501 del Código Civil, resulta necesario admitir que de él, al igual que en los demás contratos, surgen para la entidad asistencial obligaciones que pertenecen a la naturaleza misma del acuerdo, que hacen parte suya en condiciones normales de contratación, tales como las de suministrar habitación y alimentos al enfermo, lo mismo que las drogas que le prescriban los facultativos, la de un debido control y la atención por parte de los médicos residentes y enfermeras del establecimiento, que para excluirlas válidamente se debería pactar en contrario con tal que no se desnaturalice el contrato. **Dentro de este mismo género de obligaciones es indispensable también incluir la llamada por la doctrina obligación de seguridad, en este caso de seguridad personal del enfermo, que impone al centro asistencial la de tomar las medidas necesarias para que el paciente no sufra algún accidente en el curso o con ocasión del cumplimiento del contrato.**

“Además de esas obligaciones, pueden distinguirse en el contrato de hospitalización otras que no son de la esencia ni le pertenecen por su naturaleza, sino que requieren de estipulaciones especiales, como los servicios de laboratorio, Rayos X, enfermera permanente, custodia y vigilancia especial, acompañante, etc. Se trataría en este caso de estipulaciones que, al decir de la doctrina de los autores, imprimen a los efectos jurídicos propios del contrato una dirección diferente a la establecida por las normas subsidiarias del derecho, por ejemplo agravando o atenuando la responsabilidad del deudor, señalando plazos o condiciones, etc.

“3. En armonía con lo dicho se tiene que, en virtud del contrato de hospitalización, el establecimiento asume frente al enfermo una obligación de seguridad que le impone la de evitar que le ocurran accidentes con motivo o con ocasión del cumplimiento del contrato, **obligación que comprende también la de “custodia y vigilancia” si se trata de establecimientos para enfermos con afecciones mentales, pues en tal caso además del tratamiento se busca la propia seguridad personal. De tal suerte que si trata de hospitales o clínicas que prestan servicios generales, distintos de los psiquiátricos, y por causa de la clase de padecimientos que presenta el enfermo, éste requiere de una enfermera permanente o de una “custodia y vigilancia” especial, el contrato de hospitalización requerirá de una estipulación expresa respecto de la prestación de ese servicio, por cuanto en tal caso no sería de su naturaleza.**

“Naturalmente, en la práctica pueden presentarse situaciones que no correspondan exactamente a las planteadas, verbigracia que a un alienado, dada la urgencia del caso, se le tenga que hospitalizar en

un establecimiento de servicios generales o que habiendo ingresado a él una persona para recibir los servicios que ordinariamente ofrece, durante el tratamiento presente síntomas o anomalías o perturbaciones mentales que requerirían, entonces, de cuidados especiales. En tales eventos, la solución exigirá de considerandos también particulares de acuerdo con todas las circunstancias del caso...".¹³ (Destacado fuera del texto original).

Como se observa, en esta última providencia el Tribunal de Casación dividió o seccionó la "obligación de seguridad" de la de "vigilancia y cuidado", para enfatizar que la primera debe ser suministrada de manera general por cualquier establecimiento de salud, mientras que la segunda requiere de convención expresa tratándose de los centros hospitalarios generales, y sólo se entenderá pactada cuando el servicio sea prestado por centros psiquiátricos o geriátricos. En ese mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 28 de septiembre de 2000¹⁴, oportunidad en la que se precisó que tratándose de centros de tratamiento psiquiátrico la obligación de cuidado y vigilancia se hacía extensiva a los mismos pacientes, por cuanto pueden irrogar lesiones a otros pacientes o, inclusive, a ellos mismos.

A *contrario sensu*, la Sala propugna por un conocimiento unívoco de la obligación de seguridad, sin que sea viable escindirla en los términos fijados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la misma lleva aparejados deberes propios como los de custodia y vigilancia, sin que esta precisión se erija como óbice para el cumplimiento de los mandatos del artículo 7º de la Resolución No. 741 de 1997¹⁵, del Ministerio de la Protección Social que establece el imperativo de las instituciones y empresas prestadoras de servicios de salud de establecer procedimientos y estándares especiales de seguridad para los usuarios de: i) sala de partos; ii) recién nacidos; iii) hospitales psiquiátricos; hogares geriátricos y iv) centros asistenciales para discapacitados, en garantía del principio de igualdad material reforzada a que hace referencia el inciso tercero del artículo 13 y el artículo 50 de la Carta Política¹⁶.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 12 de septiembre de 1985, M.P. Horacio Montoya Gil.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 2000, exp. 13122, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁵ "Por la cual se imparten instrucciones sobre seguridad personal de usuarios para Instituciones y demás Prestadores de Servicios de Salud."

¹⁶ "Artículo 13.- (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Así las cosas, debe precisarse que la obligación de seguridad es una sola y, por consiguiente, es comprehensiva de diversas actividades como las de: protección, cuidado, vigilancia y custodia, circunstancia por la que todas las instituciones de prestación de servicios de salud deberán contar con la infraestructura necesaria en lo que se refiere a iluminación, señalización, accesos, ventanas, techos, paredes, muros, zonas verdes y demás instalaciones relacionadas con el servicio público de salud. De otra parte, los establecimientos hospitalarios deberán adoptar todas las medidas que minimicen los riesgos de robo de menores y de agresiones a los pacientes por terceros (arts. 3º y 4º Resolución 741 de 1997). De otro lado, el hecho de que el servicio de salud sea suministrado por clínicas psiquiátricas no muta o transforma la obligación de seguridad, puesto que todo centro hospitalario tiene como finalidad principal la protección de la integridad de sus pacientes.

En otros términos, los elementos y el régimen de responsabilidad aplicable en estas circunstancias no se altera dependiendo de que el centro asistencial sea de atención general o de atención psiquiátrica, sino que la diferencia se concreta en el análisis de una eventual causa extraña, específicamente con el hecho exclusivo de la víctima. Lo anterior toda vez que para un centro hospitalario general no resulta previsible que uno de sus pacientes se cause a sí mismo un daño, mientras que por el contrario, en los centros de atención psiquiátrica o mental la autodeterminación del paciente no podrá servir para efectos de desvirtuar la imputación fáctica en la producción del daño. Por lo tanto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la obligación no será de resultado y el título de imputación seguirá siendo el de falla del servicio, razón para reforzar la idea de entender la obligación de seguridad como un todo, que requiere un especial análisis frente a la eventual acreditación de la causa extraña, concretamente, con la previsibilidad y resistibilidad en la producción del daño.

En relación con el citado planteamiento, la Sección sostuvo:

“No comparte la Sala los razonamientos del Tribunal al reducir el planteamiento de la controversia a una falla en la prestación del servicio de vigilancia por parte de la Policía Nacional. La solución en este caso no puede ser tan simplista, ni limitada, **por cuanto desde el momento mismo del ingreso del paciente al hospital, este**

“Artículo 50.- Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

centro adquiere diversos compromisos y obligaciones frente al usuario. Deberá además de realizar las diligencias y procedimientos inherentes a la recuperación del enfermo, suministrarle techo y alojamiento, auxilios médico - quirúrgicos, tranquilidad, condiciones ambientales adecuadas y en casos especiales para poder cumplir sus obligaciones hacia el paciente o pariente, deberá tomar también algunas medidas especiales, por ejemplo: en la atención y custodia de un menor; en los tratamientos de personas mentalmente afectadas; en aquellos casos en los que por su propia naturaleza implican algún riesgo personal del paciente, etc., situaciones en las que la administración del establecimiento hospitalario deberá extremar las medidas de control, protección, atención y vigilancia de estos pacientes, sin que ello implique la necesidad de integrar un cuerpo armado para la custodia de cada centro hospitalario oficial.

“Se trata de que frente a este tipo de situaciones la persona que sea internada en un hospital público cuente con las más elementales medidas de seguridad, que permitan evitar situaciones como la que originó el sub judice o como la relacionada en el caso de secuestro de una menor en el mismo Hospital Regional de Sincelejo, relatado en aclaración de voto que hicieron dos magistrados.

“De la prueba testimonial recaudada deduce la Sala que sí se presentó una falta del servicio a cargo del Hospital Regional de Sincelejo. Al parecer los controles reglamentarios para vigilar el ingreso y salida de personal ajeno al del centro hospitalario, sólo existe en las normas de reglamento, pero no tiene la debida aplicación en la práctica. De ahí que en el proceso se mencione la ausencia de personal oportuno durante la emergencia, se evidencia la falta de control y atención que permitió atar y encerrar a la acompañante de la víctima sin que nadie del hospital se diera cuenta de lo sucedido, sin contar con la demora en obtener el ingreso a la habitación para rescatar a la acompañante y para hallar muerto al enfermo.”¹⁷ (Negrillas adicionales).

En una providencia más reciente, la Corporación enfatizó acerca de la imposibilidad de entender este tipo de obligaciones como de resultado, así:

“Es necesario, de cualquier modo, estudiar siempre el caso concreto a fin de establecer si el hospital ha incurrido en la violación de estos deberes especiales y si a su incumplimiento puede imputarse el daño sufrido por el paciente. En efecto, considera la Sala que tales deberes de seguridad, en cuanto se refieren al control y vigilancia necesarios para evitar la acción de terceros, no pueden dar lugar al surgimiento de obligaciones de resultado.”¹⁸

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de enero de 1993, M.P. Daniel Suárez Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de septiembre de 2000, exp. 11405, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. De otro lado, vale la pena aclarar que de manera reciente el Consejo de Estado enfatizó en la necesidad de recoger, al menos en el campo médico – sanitario, la

Desde esa panorámica, resulta pertinente señalar que los eventos adversos producidos en la prestación del servicio de salud constituyen una problemática de la responsabilidad que encuentra su sede de estudio en la imputación fáctica del daño, motivo por el que resulta de suma importancia la aplicación de los criterios normativos y jurídicos trazados por la teoría de la imputación objetiva que sirven para establecer cuándo, desde el plano fáctico o material, una lesión antijurídica es atribuible a determinada persona o sujeto de derecho¹⁹. Así las cosas, la valoración de la imputación fáctica del daño, con su correlativo negativo, esto es, la acreditación de una causa extraña será un elemento decisivo para establecer, en cada caso concreto, si es posible abordar la imputación de segundo nivel, es decir, si se transgredió la obligación de seguridad (*imputatio iure*).

En consecuencia, no es apropiado entender como un elemento de la naturaleza la obligación de seguridad, mientras que las obligaciones de custodia y vigilancia sean definidas como deberes accesorios que requieren convención expresa de las partes, puesto que esta visión aparte de hender la obligación, crea una

distinción entre obligaciones de medio y de resultados, por resultar poco pertinente y útil para delimitar el contenido de la prestación en cada caso concreto. En efecto, sobre el particular se puntualizó: "En ese orden de ideas, el estudio de la obligación médica supone el abandono de la clasificación de "medios" y "resultados", puesto que deviene equívoca para los propósitos de su valoración, como quiera que, tal y como lo sostiene el profesor Ricardo Lorenzetti, "el resultado no es ajeno a la obligación, aunque en algunos casos se lo garantice y en otros no. Por ello, en el contrato médico hay una pretensión curativa; de lo contrario y según Zannoni, "deberíamos llamar a la medicina el arte de cuidar y no arte de curar."

"En consecuencia, al margen de la malograda distinción entre obligaciones de medios y de resultado, es claro que el deber del médico con el paciente conlleva implícita la prestación de brindar y suministrar todos y cada uno de los mecanismos, instrumentos y procedimientos dirigidos a obtener la recuperación del paciente; no obstante, esta alta exigencia a la que se encuentran compelidos los galenos, es evidente que ello no arriba a predicar la necesidad de obtener un resultado específico en todos los casos, lo cual tornaría imposible el ejercicio de la medicina, puesto que, se reitera, hasta el momento no puede ser entendida como una ciencia exacta." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, exp. 16639, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ "Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante..." Ver: sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 16483, M.P. Enrique Gil Botero, y sentencia del 1º de octubre de 2008, exp. 27268, M.P. Enrique Gil Botero.

"En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud." Ver: sentencia del 20 de mayo de 2009, exp. 16701, M.P. Enrique Gil Botero.

divergencia entre el plano contractual y extracontractual de la responsabilidad que es inadmisibles.

Como corolario de lo anterior, se enfatiza que, al menos desde el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, la que tradicionalmente ha sido catalogada como extracontractual por llevar implícita la prestación de un servicio público, es evidente que esa delimitación de la obligación de seguridad –en sentido genérico– deviene improcedente y, consecuentemente, todas las instituciones prestadoras están compelidas al cumplimiento de las disposiciones que regulan el contenido material de esa prestación (v.gr. Resolución 741 de 1997), como quiera que el estricto acatamiento de esos estándares de custodia y protección del paciente (sea o no psiquiátrico) se concatenan con el Sistema Obligatorio de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (conocido por su sigla SOGCS) a que hace referencia el Decreto 1011 de 2006.

Así mismo, se hace claridad en que los daños derivados de: infecciones intrahospitalarias o nosocomiales, la aplicación de vacunas, el suministro de medicamentos, o el empleo de métodos terapéuticos nuevos y de consecuencias poco conocidas todavía, constituyen lesiones antijurídicas que se analizan dentro de los actos médicos y/o paramédicos, y que, por consiguiente, se rigen por protocolos científicos y por la *lex artis*; en consecuencia, si bien gravitan de manera cercana a la obligación de seguridad hospitalaria, no pueden vincularse con la misma, motivo por el que en su producción no resulta apropiado hacer referencia técnicamente a la generación de un evento adverso. Por el contrario, aquéllos constituyen daños antijurídicos que tienden a ser imputados o endilgados –y así ha sido aceptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjeras–²⁰ desde una perspectiva objetiva de responsabilidad, razón por la que no tendrá relevancia jurídica la acreditación de que la entidad hospitalaria actuó de manera diligente o cuidadosa, sino que lo determinante es la atribución fáctica o material del daño en cabeza del servicio médico y sanitario brindado, asociado con el factor de riesgo que conllevan las mencionadas circunstancias.

²⁰ PUIGPELAT, Oriol Mir “Responsabilidad objetiva vs. Funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)”, Conferencia impartida el 28 de noviembre de 2007 en el marco de las Jornadas Hispano – Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria. Ver igualmente: REGAÑON GARCÍA – ALCALÁ, Calixto Díaz “Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario”, Ed. Comares, Granada, 2006.

Por lo tanto, los eventos adversos configuran daños antijurídicos que pueden ser imputados a las entidades de salud por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad que son inherentes a la prestación del servicio público sanitario y hospitalario; esta prestación es de carácter principal y autónomo; se relaciona con la ejecución de los denominados actos extramédicos, esto es, con aquellas prestaciones que no tienen que ver con el tratamiento de patología de base, ni con la preparación o manejo posterior a la ejecución del acto médico, y comprende las actividades de vigilancia, custodia, cuidado y protección de los pacientes.

De otro lado, el contenido y alcance de la obligación de seguridad para la prevención de eventos adversos, no está ligada con el origen de la prestación médico – asistencial, es decir, poco importa si se le analiza desde la perspectiva contractual o extracontractual, las prestaciones que de aquella se desprenden serán siempre las mismas, sin que sea un criterio a ser definido como elemento de la naturaleza o accidental de un negocio jurídico.

Así las cosas, la Sala reitera su tesis en relación con la forma de resolver controversias originadas en la producción de situaciones que presupongan el incumplimiento o desconocimiento a la obligación de seguridad, denominadas por la doctrina y ciencia médica como “eventos adversos”, toda vez que el matiz de la mencionada obligación dependiendo de si el establecimiento hospitalario es o no una institución especializada para enfermos mentales, deviene inapropiada, máxime si todos los centros hospitalarios están compelidos al cumplimiento de unos parámetros mínimos de seguridad del paciente, cuyo incumplimiento desencadena la responsabilidad patrimonial, al margen de si la prestación se relacionaba con el cuidado y vigilancia del enfermo. En efecto, la distinción jurisprudencial que se recoge en esta ocasión ha servido de base para que se entienda que la obligación de seguridad es disímil a la de cuidado y vigilancia, estando esta última sólo a cargo de los hospitales psiquiátricos, lo que, se itera, no resulta acorde con un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

Así pues, un análisis apropiado de la obligación de seguridad permite entenderla como un concepto unívoco al que están obligados legal y reglamentariamente todas las instituciones de salud sin distinción alguna, y cuya inobservancia genera la imposición de sanciones y, consecuentemente, la declaratoria de responsabilidad patrimonial de los prestadores del servicio, lo que presupone un juicioso y estricto análisis de imputación fáctica, especialmente la ocurrencia o no

de una causa extraña como quiera que la mayoría de esos daños tienen su génesis en circunstancias que, por lo general, resultaban previsibles y resistibles para las instituciones de salud (v.gr. el hecho de un tercero o el hecho exclusivo y determinante de la víctima), en cuyo caso se impondrá la declaratoria de responsabilidad de la administración sanitaria y hospitalaria.

En ese orden, en el caso *sub examine*, estamos en presencia de un evento adverso al tratamiento médico recibido por el recién nacido, quien fue atendido de manera adecuada, en lo referente a la ejecución de los actos médicos, esto es, los que buscaron la recuperación del paciente con respecto a su estado. Se advierte, que las pretensiones de la demanda no buscan la declaratoria de responsabilidad con base en los actos médicos, pues no se endilga el tratamiento médico como el hecho causante del daño. Por tal motivo, no le asiste razón al apoderado del demandado, al afirmar que el Hospital no incurrió en falla del servicio, por la pérdida del menor Juan Carlos, puesto que prestó de forma adecuada la atención médica requerida, tanto a él como a su madre. En efecto, del material probatorio recaudado es posible corroborar el hecho alegado, esto es, la adecuada atención hospitalaria en lo que tiene que ver con los actos médicos, sin embargo, también se puede corroborar una completa falta a la obligación de seguridad del paciente, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de un recién nacido, situación que obliga a que la vigilancia y cuidado sea mayor. La flexibilidad de las medidas de seguridad adoptadas por el Hospital permitió que la supuesta abuela llegara a tener un contacto pleno con el bebé, y que posteriormente, pudiera sustraerlo sin que fuera advertido por el personal de enfermería, y aún más reprochable, ni por el personal de vigilancia.

En ese orden de ideas, el Hospital Regional de Apartadó no fue diligente en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los pacientes de pediatría, que por ser un área donde las visitas familiares estaban extendidas, debieron ser aún mayores. En consecuencia, la negligencia del nosocomio en la vigilancia y cuidado de los pacientes de pediatría permitió que un tercero pudiera secuestrar a uno de ellos sin dificultad alguna, lo que llevó a su posterior muerte, por tal razón se confirmará la declaratoria de responsabilidad de primera instancia, contra el Hospital Regional Antonio Róldan Betancur, entidad que tiene capacidad para ser parte en el proceso, de conformidad con la Resolución No. 103 del 31 de julio de 1967, proferida por el Departamento de Antioquia, y convertida en Empresa Social del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa,

mediante Acuerdo 035 del 31 de agosto de 1995.

4. De los perjuicios

4.1 Perjuicios Morales

En primer lugar, es de advertir que en el proceso no obra el registro civil de nacimiento del menor Juan Carlos López, como quiera que la diligencia no pudo llevarse a cabo debido al poco tiempo que tuvo de vida, y teniendo en cuenta que la mayor parte de éste, estuvo hospitalizado y luego secuestrado. Sin embargo, no hay duda de la calidad de madre de la demandante, lo cual se demuestra con los registros clínicos reseñados en el acápite de pruebas. Asimismo, de los medios probatorios recaudados también se acredita la calidad de padre de Luís Felipe López, condición que es admitida por la madre del menor Juan Carlos, y que además fue quien presentó la denuncia ante la Fiscalía, una vez fue secuestrado su hijo, aunado a que aparece con su apellido en los registros médicos; circunstancia que también se evidencia a folio 59 del cuaderno de pruebas, en la que el señor Luís Felipe López figura como el esposo y persona responsable de la paciente Arinda Isabel Basilio. En ese orden, para la Sala es claro que los actores eran los padres del menor, y por tanto, en aplicación de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, se tendrá por acreditado el parentesco entre los demandantes y el occiso, en atención a los medios probatorios mencionados, toda vez que exigir la prueba formal, esto es, el registro civil de nacimiento, constituye una carga imposible de cumplir, y sería violatorio del acceso a la administración de justicia, dadas las excepcionales circunstancias que presenta el caso.

Asimismo, se encuentra probado el perjuicio moral en los demandantes, con motivo del secuestro y muerte del menor Juan Carlos López, pues, *en primer lugar*, el señor Luís Felipe López acompañó a su esposa en el proceso de parto, y luego, ambos padres estuvieron pendientes de la salud de su hijo, y lo visitaban regularmente, conforme lo permitían las circunstancias geográficas y monetarias. De igual manera, *en segundo lugar*, se refuerza la prueba del perjuicio moral, en tanto que una vez fue secuestrado, los padres del menor iniciaron todas las diligencias tendientes a su recuperación, tales como la denuncia penal interpuesta por el señor López.

Como se aprecia, si bien no existe prueba del registro civil del menor Juan Carlos López, lo cierto es que está acreditado el perjuicio directo que sufrieron los señores Arinda Isabel Basilio y Luís Felipe López, puesto que, se insiste, del acta de necropsia y de la historia clínica, así como de los demás documentos públicos allegados al proceso es posible establecer que ellos eran los padres del neonato, circunstancia que representa un profundo dolor, máxime si el niño y su madre estaban en posición de garante al momento de ocurrencia de los hechos.

Por tal motivo, constituye una carga inadmisibles exigir a los padres del bebé que allegaran el registro civil de nacimiento para la acreditación de los perjuicios morales, como quiera que existe una pluralidad de documentos públicos y privados que permiten colegir no sólo la condición natural o biológica –no jurídica debido a la ausencia de registros civiles– de padres del menor, así como el dolor, la aflicción y sufrimiento que padecieron con el secuestro y posterior deceso del menor.²¹

En consecuencia, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado²².

²¹ A esta idea añadiría, a manera de crítica, de la mano del escritor J. M. COETZE, en el Diario de un mal año, que:

“Nacemos súbditos. Desde el momento en que nacemos somos súbditos. Un distintivo de esa condición es el certificado de nacimiento. El estado perfeccionado detenta el monopolio de certificar el nacimiento. O bien te dan el certificado del estado (y lo llevas consigo), con lo que adquieres una *identidad* que durante el curso de tu vida le permite al estado identificarse y seguir tu rastro (dar contigo), o bien vives sin identidad y te condenas a vivir fuera del estado como un animal (los animales no tienen documentos de identidad).

“No sólo no puedes ingresar en el estado sin certificaciones: para el estado no estás muerto hasta que se certifica tu muerte; y sólo puede certificar tu muerte un funcionario que, a su vez, detenta una certificación del estado. El estado procede a la certificación de la muerte con extraordinaria meticulosidad, como lo prueba el envío de un gran número de científicos forenses y burócratas para inspeccionar y fotografiar y manosear y empujar la montaña de cadáveres...

“Que el ciudadano viva o muera no es algo que preocupe al estado. Lo que importa al estado y sus registros es saber si el ciudadano está vivo o muerto.” Editorial Mondaray, Barcelona, 2007, pp. 14.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

La sentencia de primera instancia, haciendo el razonamiento expuesto, condenó al pago de 1000 gramos de oro a título de perjuicios morales, para cada uno. Habida cuenta que los demandantes no apelaron, la Sala confirmará la condena y se hará la equivalencia a salarios mínimos legales mensuales del 2012, esto es, la entidad demandada deberá pagar 100 SLMLM a cada uno de los demandantes.

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

FALLA:

Modifícase la sentencia del 15 de mayo del 2001, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Chocó y Caldas, la cual quedará así:

Primero. Declárase patrimonialmente responsable al Hospital Regional Antonio Roldán Betancur E.S.E., de los perjuicios sufridos por Luís Felipe López y Arinda Isabel Basilio, con ocasión de la pérdida y posterior muerte de su hijo Juan Carlos López Basilio.

Segundo. Condénase al Hospital Regional Antonio Roldán Betancur E.S.E., a pagar, por perjuicios morales a Arinda Isabel Basilio Babilonia y Luís Felipe López Señá, la suma equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Quinto. Sin costas.

Sexto. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Acreditación del parentesco mediante el registro civil de nacimiento / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Inexistencia del registro civil de nacimiento. Omisión en la acreditación del parentesco

En mi criterio, la sentencia objeto del recurso de apelación debió ser revocada, declarándose probada la falta de legitimación en la causa por activa, por cuanto los demandantes no acreditaron el parentesco con la víctima, en su condición de padres del menor fallecido, con el único documento que la ley colombiana ha dotado de idoneidad para tal efecto, esto es, el registro civil de nacimiento. (...) Previo al análisis de fondo de las pretensiones reclamadas por los mencionados demandantes, se ha debido verificar que se encuentra plenamente acreditado el parentesco aducido en la demanda, pues conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, incumbe a las partes probar los presupuestos de hecho o la calidad en que fundamenta sus pretensiones.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 177 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

ACREDITACION DEL PARENTESCO - Prueba idónea / PRUEBA IDONEA PARA ACREDITAR PARENTESCO - Copia auténtica de los registros civiles / ACREDITACION DEL PARENTESCO POR MEDIO DE COPIA AUTENTICA DEL REGISTRO CIVIL - Regulación normativa / ACREDITACION DEL PARENTESCO POR MEDIO DE COPIA AUTENTICA DEL REGISTRO CIVIL - Precedente jurisprudencial

A partir de la vigencia de la Ley 92 de 15 de junio de 1938, los documentos referidos pasaron a ser supletorios y se determinó en el artículo 18 ibídem que solo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, que se verifiquen con posterioridad a la señalada fecha, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los notarios, el alcalde municipal, los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior y los corregidores e inspectores de policía, quienes quedaron encargados de llevar el registro del estado civil de las personas. Finalmente con el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció como prueba única del estado civil, para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, las copias

auténticas de los registros civiles. Así las cosas, dependiendo de la fecha de nacimiento de las personas, la prueba del estado civil y la acreditación del parentesco deberán hacerse con el documento que corresponda.

FUENTE FORMAL: LEY 92 DE 1938 - ARTICULO 18 / DECRETO LEY 1260 DE 1970

NOTA DE RELATORIA: Precedente jurisprudencial sobre acreditación y prueba del parentesco, consultar sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 16964 y sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 20750

INSCRIPCION EXTEMPORANEA EN EL REGISTRO CIVIL - Regulación normativa

El decreto 1260 de 1970, estableció un procedimiento para la inscripción del nacimiento, que hace perfectamente posible que el mismo se pudiera llevar a cabo en condiciones tan dolorosas como las que rodearon el secuestro y posterior muerte del menor JUAN CARLOS LÓPEZ. En efecto, el artículo 48 determina que la inscripción del nacimiento se debe hacer ante el funcionario encargado dentro de los 30 días siguientes a su ocurrencia; mientras que el artículo 49 del referido Decreto establece (...) De otra parte, el artículo 50 establece un procedimiento para realizar el registro de nacimiento por fuera el término establecido. En las anteriores condiciones no es de recibo afirmar, como se hace en el fallo del cual me aparto, que le resultaba imposible a los demandantes hacer el respectivo registro, so pretexto de las lamentables circunstancias que sucedieron al nacimiento del menor. Los actores, con el certificado de nacido vivo, habrían podido, sin dificultad alguna, registrar el nacimiento del menor JUAN CARLOS LÓPEZ. Podría, eventualmente, hablarse de imposibilidad de cumplir, frente a un ordenamiento rígido que impidiera por fuera de los términos precisos los registros de nacimiento, frente a lo cual el justiciable quedaría en un limbo; pero no se puede sostener esta característica de la ley colombiana, cuando la misma ha establecido un procedimiento para registrar nacimientos, incluso fuera del término en principio establecido.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1260 DE 1970 - ARTICULO 48 / DECRETO 1260 DE 1970 - ARTICULO 49 / DECRETO 1260 DE 1970 – ARTICULO 50

INEXISTENCIA DEL REGISTRO CIVIL COMO PRUEBA PARA ACREDITAR PARENTESCO - No resulta aplicable la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades

Tampoco puede ser de recibo la invocación que se hace de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, pues ella es válida cuando las formas son inútiles; pero tratándose de la prueba del estado civil y del parentesco son instituciones en las que desde siempre el Estado ha tenido interés de dejarlas en manos de funcionarios encargados de dar fe pública, y estas disposiciones no pueden ser desconocidas por los jueces, so pretexto de garantizar un derecho sustancial, que muchas veces se avala justamente a través del respeto de las formas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C, nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304)

Actor: LUIS FELIPE LOPEZ Y OTROS

Demandado: HOSPITAL REGIONAL ANTONIO ROLDAN BETANCUR E.S.E. Y OTROS

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración debidos, manifiesto que me aparto de la decisión tomada por la Sala en sentencia de 9 de mayo de 2012, que modificó aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, del 15 de mayo de 2001.

En mi criterio, la sentencia objeto del recurso de apelación debió ser revocada, declarándose probada la falta de legitimación en la causa por activa, por cuanto los demandantes no acreditaron el parentesco con la víctima, en su condición de padres del menor fallecido, con el único documento que la ley colombiana ha dotado de idoneidad para tal efecto, esto es, el registro civil de nacimiento.

En efecto, en la decisión de la cual me aparto, se advierte que:

“En primer lugar, es de advertir que en el proceso no obra el registro civil de nacimiento del menor Juan Carlos López, como quiera que la diligencia no pudo llevarse a cabo debido al poco tiempo que tuvo de vida, y teniendo en cuenta que la mayor parte de éste, estuvo hospitalizado y luego secuestrado. Sin embargo, no hay duda de la calidad de madre de la demandante, lo cual se demuestra con los registros clínicos reseñados en el acápite de pruebas. Asimismo, de los medios probatorios recaudados también se acredita la calidad de padre de Luis Felipe López, condición que es admitida por la madre del menor Juan Carlos, y que además fue quien presentó la denuncia ante la Fiscalía, una vez fue secuestrado su hijo, aunado a que aparece con su apellido en los registros médicos; circunstancia que también se evidencia a folio 59 del cuaderno de pruebas, en la que el señor Luis Felipe López figura como el esposo y persona responsable de la paciente Arinda Isabel Basilio. En ese orden, para la Sala es claro que los actores eran los padres del menor, y por tanto, en aplicación de la primacía del derecho sustancial sobre las formalidades, se tendrá por acreditado el parentesco entre los demandantes y el occiso, en atención a los medios probatorios mencionados, toda vez que exigir la prueba formal, esto es el registro civil de nacimiento, constituye una carga imposible de cumplir, y sería violatorio el acceso a la administración de justicia, dadas las excepcionales circunstancias que presenta el caso”.

Previo al análisis de fondo de las pretensiones reclamadas por los mencionados demandantes, se ha debido verificar que se encuentra plenamente acreditado el parentesco aducido en la demanda, pues conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código

Contencioso Administrativo, incumbe a las partes probar los presupuestos de hecho o la calidad en que fundamenta sus pretensiones.

En atención a la acreditación del parentesco los hechos a probar eran, en primer lugar, la relación de parentesco entre la víctima, JUAN CARLOS LÓPEZ; y ARINDA ISABEL BASILIO y LUIS FELIPE LÓPEZ, quienes alegan ser sus padres. Sobre el tema, vale decir que el registro del estado civil, el cual comprende, entre otros, los nacimientos, matrimonios y defunciones, como función del Estado, se estableció en 1883, con la expedición del Código Civil. Posteriormente, con la expedición la Ley 57 de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, en el artículo 22, se estableció tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas, o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expedieran los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.

A partir de la vigencia de la Ley 92 de 15 de junio de 1938, los documentos referidos pasaron a ser supletorios y se determinó en el artículo 18 ibídem que solo tendrían el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones, que se verifiquen con posterioridad a la señalada fecha, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los notarios, el alcalde municipal, los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior y los corregidores e inspectores de policía, quienes quedaron encargados de llevar el registro del estado civil de las personas. Finalmente con el Decreto Ley 1260 de 1970, se estableció como prueba única del estado civil, para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, las copias auténticas de los registros civiles.

Así las cosas, dependiendo de la fecha de nacimiento de las personas, la prueba del estado civil y la acreditación del parentesco deberán hacerse con el documento que corresponda.

En este sentido el precedente de la Sala ha sostenido:

“En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1.970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento”²³.

Aun en reciente jurisprudencia la Sala dijo:

²³ Consejo de Estado, sentencia de 22 de abril de 2009, Exp. 16.694.

“Sobre el particular, al ocuparse de regular los asuntos atinentes a las “PRUEBAS DEL ESTADO CIVIL”, el Decreto - ley 1260 de 1970, en su artículo 105, determina: “Artículo 105.- Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100”. Para eliminar cualquier duda en relación con el alcance y el carácter imperativo de la norma transcrita, el mismo estatuto en cita determina, a la altura de su artículo 106: “Artículo 106.- Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro”. Sobre el punto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 22 de enero del 2008, señaló: “Así pues, cuando el estado civil se aduce como fuente de derechos y de obligaciones (artículo 1° Decreto 1260 de 1970) es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970”. Con fundamento en lo anterior puede concluirse entonces que el registro civil de nacimiento constituye el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto”²⁴.

De otra parte, el decreto 1260 de 1970, estableció un procedimiento para la inscripción del nacimiento, que hace perfectamente posible que el mismo se pudiera llevar a cabo en condiciones tan dolorosas como las que rodearon el secuestro y posterior muerte del menor JUAN CARLOS LÓPEZ.

En efecto, el artículo 48 determina que la inscripción del nacimiento se debe hacer ante el funcionario encargado dentro de los 30 días siguientes a su ocurrencia; mientras que el artículo 49 del referido Decreto establece:

“El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquél, con declaración juramentada de dos testigos hábiles. Los médicos y las enfermeras deben expedir gratuitamente la certificación”.

De otra parte, el artículo 50 establece un procedimiento para realizar el registro de nacimiento por fuera el término establecido.

En las anteriores condiciones no es de recibo afirmar, como se hace en el fallo del cual me aparto, que le resultaba imposible a los demandantes hacer el respectivo registro, so pretexto de las lamentables circunstancias que sucedieron al

²⁴ Consejo de Estado, sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 20.750.

nacimiento del menor. Los actores, con el certificado de nacido vivo, habrían podido, sin dificultad alguna, registrar el nacimiento del menor JUAN CARLOS LÓPEZ.

Podría, eventualmente, hablarse de imposibilidad de cumplir, frente a un ordenamiento rígido que impidiera por fuera de los términos precisos los registros de nacimiento, frente a lo cual el justiciable quedaría en un limbo; pero no se puede sostener esta característica de la ley colombiana, cuando la misma ha establecido un procedimiento para registrar nacimientos, incluso fuera del término en principio establecido.

Tampoco puede ser de recibo la invocación que se hace de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, pues ella es válida cuando las formas son inútiles; pero tratándose de la prueba del estado civil y del parentesco son instituciones en las que desde siempre el Estado ha tenido interés de dejarlas en manos de funcionarios encargados de dar fe pública, y estas disposiciones no pueden ser desconocidas por los jueces, so pretexto de garantizar un derecho sustancial, que muchas veces se avala justamente a través del respeto de las formas.

En este sentido dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA