

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	1100 – 13 – 33 – 17 - 21 - 2010 – 00085 - 00
Actor:	Marlene María Osorio Merlano y Otros
Demandado:	Nación – Ministerio de la Protección Social – Caja de Previsión Social de Telecomunicaciones – Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento – Unidad Hospitalaria Clínica del Niño (hoy Fundación de los Andes – Clínica del Niño)
Acción:	Reparación directa
Instancia:	Segunda
Asunto:	Legitimación en la causa por activa – falla en el servicio médico
Sentencia:	SC3 – 1121 - 2582

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Subsección “C” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, avoca el conocimiento del presente proceso en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos Nos. PSAA15-10402 de 29 de octubre de 2015, PSAA15 - 10412 de 26 de noviembre de 2015 y PSAA15-10414 de 30 de noviembre de 2015, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se crearon de manera permanente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tres (3) despachos en la Sección Tercera, ordenándoseles continuar con el conocimiento de los procesos del sistema escritural que venía tramitando la suprimida Sala de Descongestión que funcionó en la mencionada sección.

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida el 18 de enero de 2017 por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Tercera, por medio de la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

El 5 de mayo del 2010, Marlene María Osorio Merlano, Conley Fesson Martínez, Hannya Fernández Osorio, Jorge Alexis Fernández Osorio y Boris Fernández Osorio, interpusieron, por conducto de apoderado judicial, demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Protección Social, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento y la Unidad Hospitalaria Clínica del Niño Jorge Bejarano (hoy Clínica del Niño Fundación Salud de los Andes), para que se declare su responsabilidad administrativa y patrimonial por los perjuicios derivados de la muerte de la menor Loreleen Paola Martínez Osorio, por falla en la prestación del servicio médico.

En virtud de lo anterior, peticionan que las entidades demandadas sean condenadas al pago de los perjuicios materiales (por daño emergente y lucro cesante) y morales causados.

2.2. Hechos.

Como hechos que fundamentan las pretensiones, el apoderado de la parte demandante señaló que:

Entre septiembre y noviembre de 2007, la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, quien para este tiempo tenía 14 años, presentó sintomatología asociada a salmonella, por lo cual recibió atención médica en Cartagena.

Luego, su familia se trasladó al Archipiélago de San Andrés, donde la menor presentó estados febriles y recibió asistencia médica en CAPRECOM, entidad que la transfirió al Hospital Amor de Patria, donde permaneció hospitalizada por ocho (8) días, y el 22 de febrero del 2008 se dispuso su remisión a Bogotá.

En la ciudad de Bogotá, la prestación del servicio médico le correspondió a la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, por lo que el 22 de febrero de 2008, aproximadamente a las 4:00 a.m., ingresó a la Unidad Hospitalaria Clínica del Niño Jorge Bejarano (hoy Clínica del Niño Fundación Salud de los Andes).

En la institución hospitalaria, a la menor se le practicaron más de diez punciones lumbares, cuando lo normal es que se apliquen máximo tres (3) por paciente, y para el 27 de febrero del 2008, la única información sobre su estado de salud era que la afección se encontraba en estudio, sin embargo, la madre logró que se le ordenara una gammagrafía, un TAC cerebral y una resonancia, que, inicialmente,

no pudo realizarse porque la menor se alteró durante su práctica, por lo que se dispuso que el procedimiento se realizara con anestesia general, con traslado en ambulancia medicalizada y asistencia de un anesthesiólogo, que finalmente no se llevó a cabo por las justificaciones monetarias que señalaba la persona encargada de la autorización de los procedimientos médicos.

Por lo anterior, la madre de la menor acudió a la Clínica San Rafael, y ante su insistencia y ruegos, consiguió que la resonancia se programara para el 14 de marzo de 2008, pero llegada dicha fecha la Clínica informó que no era posible realizarla porque el equipo dispuesto para su práctica estaba dañado. La madre tomó medidas, comunicándose con la auditora médica zonal, quien a su vez amenazó con hacerle a la Clínica una auditoría médica si no conseguían un equipo confiable para la realización de la resonancia, consiguiendo que el procedimiento se autorizara para el 15 de marzo de 2008 en el Hospital Simón Bolívar.

El 15 de marzo del 2008, la menor fue trasladada para la práctica de la resonancia en una ambulancia no medicalizada, sin la presencia de un anesthesiólogo y acompañada de un médico inexperto, para ese momento ya se encontraba en coma. Incluso, el médico practicante que acompañaba a la menor, quien denotaba su inexperiencia, según indicaciones intrahospitalarias realizó el procedimiento de anestesia general, sin ser anesthesiólogo profesional.

El médico practicante y el radiólogo se ausentaron y dejaron desprotegida a la menor, quien estaba sola con su progenitora y la camillera, ante lo cual la doctora Nubia Prada requirió la presencia de un anesthesiólogo, pero al llegar, ya se había realizado la resonancia.

El 22 de marzo del 2008, los médicos de la Unidad Hospitalaria Clínica del Niño Jorge Bejarano (hoy Clínica del Niño Fundación Salud de los Andes) intentaron aplicar el tratamiento para vasculitis, medicación que, como contraindicación, afectó la presión arterial de la menor.

El 23 de marzo de 2008, a las 11:30 p.m., la madre de la menor recibió una llamada telefónica, en la que se le comunicó que el estado de salud de su hija se había complicado; no obstante, la menor había fallecido a las 11:25 p.m.

Durante la entrega del cuerpo no se señalaron las causas de la muerte, pero en el certificado de defunción se indicó que aquella era atribuible a causas naturales.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. Fiduciaria La Previsora S.A.

El apoderado de la Fiduciaria La Previsora S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Indica que en el contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0410, suscrito entre Fiduprevisora S.A. y la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, cuyas cláusulas tercera (parágrafo primero) y trigésima segunda, excluyen de responsabilidad a la Fiduprevisora S.A., pues el hecho de administrar los recursos líquidos y activos transferidos al Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) no transfiere la responsabilidad de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación *“porque no opera la sustitución patronal y no asume la calidad de vinculado o parte frente a los procesos judiciales y a los contratos cedidos”*

Sostiene que la Fiduprevisora S.A. no participó de forma activa y tampoco pasivamente, ni directa, ni indirectamente, en las actuaciones contractuales que originaron la presente demanda, máxime cuando no se desempeñó como liquidador de la extinta Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación.

Falta de competencia por la no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, al no dar cumplimiento al requisito de procedibilidad previsto en la Ley 1285 de 2009: Sustenta que el artículo 13 de la Ley 1285 del 2009 establece que la conciliación extrajudicial es un requisito de “procedibilidad” frente a las demandas previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Caducidad: Indica que el término de caducidad inicia a contabilizarse desde la fecha en que el daño es advertido.

3.2. Ministerio de la Protección Social.

La apoderada del Ministerio de la Protección Social se opuso a las pretensiones de la demanda y para ello, propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Sustenta que no corresponde a la Nación – Ministerio de la Protección Social, la *“prestación de los servicios médico – asistenciales”*, por lo cual no le asiste responsabilidad en el presente asunto, mucho menos cuando no desplegó ninguna actuación o conducta dañosa contra los accionantes, en la medida que no participó directa o indirectamente en las

actuaciones ejercidas por la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad: Indica que el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial no fue agotado, por lo cual la demanda debe ser rechazada.

Inexistencia de daño antijurídico: Sostiene que *“en ninguno de los hechos de la demanda se le imputa la generación del presunto daño antijurídico, precisamente porque la falla que se alega no correspondió a su actuar”*.

Inexistencia de la obligación: Refiere que el Ministerio de la Protección Social no es competente y mucho menos está llamado a asumir responsabilidades de entidades diferentes a las del Ministerio.

Caducidad: Solicita que en el evento que la demanda haya sido interpuesta dos años después del plazo previsto en la ley para su interposición, se declare la caducidad.

Inexistencia del derecho: Indica la inexistencia de la falla del servicio de salud alegada en las pretensiones, hechos y fundamentos de la demanda.

3.3. Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM

La apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda y para ello, señaló que la entidad atendió los requerimientos médicos de la menor de forma adecuada, a través de sus operadores, lo cual se demuestra con la autorización de servicios médicos no POS y gastos de traslado de San Andrés a Bogotá. Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

Falta de integración del litisconsorcio necesario: Considera que debía vincularse a ANESTECOOP, Cooperativa que se encargó de direccionar la autorización de los procedimientos y servicios médicos.

Falta de legitimación en la causa por pasiva: Sostiene que realizó las tareas administrativas que le correspondían pronta y eficazmente (facilitó los recursos para que la niña pudiera acceder a los servicios asistenciales) y además sus actuaciones son independientes de las efectuadas por los Hospitales que le brindaron la atención médica a la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio.

Ausencia de nexo causal entre el fallecimiento del afiliado y la conducta de CAPRECOM: Indica que la muerte de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio no se produjo por ninguna falla atribuible a Caprecom, pues la actuación de Caprecom se caracterizó por la diligencia, responsabilidad y prontitud.

3.4. Fundación Salud de los Andes.

La apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y para el efecto propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no haber sido la entidad prestadora del servicio de salud; inexistencia de la obligación y falta de requisito de procedibilidad.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vencido el término para alegar de conclusión, la Juez Sesenta y Tres Administrativa del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 18 de enero de 2017, resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y negar las pretensiones de la demanda, así:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiduciaria la Previsora S.A., por el Ministerio de Salud y Protección Social, así como por Fundación Salud de los Andes.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por Caprecom EICE en Liquidación.

TERCERO: DECLARAR de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTA: En consecuencia, NEGAR las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

(...)

Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S.A., al considerar que siendo vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de la extinta Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, de acuerdo al contrato de fiducia mercantil No. 114 del 30 de diciembre del 2008, no tenía a su cargo asumir las obligaciones de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento dentro de procesos judiciales.

Igualmente, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, creado por el artículo 5° de la Ley 790 del 2002, y para ello sustenta que, de conformidad al artículo 2° del Decreto 205 del 2003, sus funciones se encuentran encaminadas a la dirección y coordinación en materia de salud, sin la prestación directa de dicho servicio, por lo cual sus actuaciones son ajenas a los hechos que rodearon el fallecimiento de la menor Loreleen Paola Martínez.

De igual forma, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fundación Salud Los Andes, al considerar que únicamente hasta el 1 de septiembre del 2009 se registró ante la Cámara de Comercio de Bogotá como prestadora del servicio de salud, de acuerdo a la certificación de la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud. Destaca que incluso, en el oficio No. 22100, la Subdirectora de Inspección, Vigilancia y Control de Servicios de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá, se da cuenta que la Clínica del Niño nunca fue habilitada para su funcionamiento por la Fundación Salud de Los Andes, es decir, nunca asumió responsabilidad respecto de la Clínica del Niño.

En relación con la falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes, expuso los siguientes argumentos:

(...) en vista de que los demandantes acuden al proceso como padres y hermanos de la menor Loreleen Paola Martínez, debían demostrar dicha calidad, para poder actuar como parte activa dentro del proceso de la referencia, sin embargo dichas pruebas brillan por su ausencia, impidiendo al Despacho determinar la calidad que ostentan los demandantes frente a los perjuicios reclamados en la demanda, así mismo se constata que tampoco existe otra prueba diferente a dichos registros dentro del proceso que pudieran permitir que los demandantes demuestren la calidad en la que actúan.

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones de la demanda, en consideración a que el *a quo* no advirtió en la etapa de admisión de la demanda que no estaba probada la legitimación en la causa por activa, por lo que incumplió su obligación de realizar controles formales y sustanciales de la demanda.

A su juicio, la decisión de primera instancia es contraria al derecho de acceso a la administración de justicia y el principio de prevalencia del derecho sustancial, puesto que los demandantes actuaron convencidos de que estaban legitimados en la causa y el Juez admitió la demanda, con lo cual confirmó el cumplimiento de los requisitos formales de la misma.

A su vez, señaló que la parte demandada no propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y que el Juez tenía la obligación subsidiaria de integrar adecuadamente el contradictorio y le estaba vedado proferir una sentencia inhibitoria. Al respecto, señaló que una vez constatada la ausencia de los registros civiles que acreditaban la legitimación en la causa por activa debió declarar la nulidad del proceso, por el contrario, admitió la demanda y continuó con un proceso por 7 años que culminó con una sentencia meramente formal, a través de la cual se deniega justicia a los demandantes.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por acta individual de reparto de 17 de marzo de 2017, correspondió el conocimiento del recurso de apelación al Magistrado Sustanciador, quien lo admitió mediante auto de 2 de mayo de 2017 y a través de auto de 9 de noviembre de 2017, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Representante del Ministerio Público para rendir concepto.

Pese al aporte de los correspondientes alegatos de conclusión y encontrándose el expediente para fallo, el 9 de mayo del 2018 (f. 470 c.2), se profirió auto de mejor proveer, a efectos de oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que aportara los registros civiles de nacimiento de Marlene María Osorio Merlano, Hannya Fernández Osorio, Jorge Fernández Osorio, Boris Fernández Osorio y Loreleen Paola Martínez Osorio, documentales que fueron obtenidas recientemente, tras reiterados y continuos requerimientos.

VII. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. De la parte Accionante

Reiteró los argumentos de la apelación en contra de la decisión de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa. Manifestó que debía declararse responsable a las demandadas de la muerte de la menor, por falla en la prestación del servicio médico y que en el análisis debía aplicarse la teoría de la carga dinámica de la prueba y tenerse en cuenta la existencia de un indicio grave en contra de la EPS Clínica del Niño Jorge Bejarano, por negarse a entregar la historia clínica de la menor.

7.2. Fundación Salud de los Andes

Adujo que dicha Fundación no prestó el servicio de salud a la menor, debido a que para esa fecha esa función no estaba incluida en su objeto social, que la entidad encargada de la atención médica de la menor era CAPRECOM.

7.3. Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAPRECOM liquidado

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, considerando que la falta de pruebas en relación con la legitimación en la causa por activa condujo a una sentencia desestimatoria de las pretensiones y que aun cuando los demandantes hubieran probado la legitimación, procedería negar las pretensiones por inexistencia de falla en el servicio y ausencia del nexo de causalidad.

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

8.1.1. Competencia

Conforme al artículo 82¹ del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1° de la Ley 1107 del 2006 “Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y en atención a la naturaleza jurídica la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM.

Así mismo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia el presente asunto de acuerdo al artículo 133 numeral 1° del Código Contencioso Administrativo², el cual dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las sentencias de primera instancia proferidas por los juzgados administrativos, como se observa en el *sub lite*.

8.1.2. De la oportunidad para demandar

En tratándose de la acción de reparación directa, el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998³.dispone:

Artículo 44. Caducidad de las acciones. El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

¹ **Artículo 1°.** El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional".

² **ARTÍCULO 133.** [Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2269 de 1987, Modificado por el art. 41, Ley 446 de 1998](#) Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

(...)

³ “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Adicionado por el art. 7, Ley 589 de 2000. Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

(...) (Subrayado de la Sala)

La norma en cita determina que el fenómeno jurídico de la caducidad se contabiliza en dos (2) años a partir del día siguiente en que se presentó la acción u omisión que causó el daño o al conocimiento del daño que sirve de fundamento a la pretensión.

Teniendo en cuenta que la trágica muerte de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio se presentó el 23 de marzo del 2008, el término de caducidad será contabilizado a partir del día siguiente a su ocurrencia, esto es, desde el 24 de marzo del 2008, motivo por el cual la parte demandante contaba hasta el 24 de marzo del 2010.

No obstante, el apoderado de la parte demandante radicó el 23 de marzo del 2010 solicitud de conciliación ante la Procuraduría 146 Judicial II Administrativa respecto del Ministerio de Protección Social, CAPRECOM y la Clínica del Niño (f. 19 c.1), faltando 1 día para que culminara el término; despacho que el 5 de mayo del 2010 expidió la constancia respectiva (f. 19 c.1), motivo por el cual el plazo se reanudó el 6 de mayo del 2010, es decir, vencía ese mismo día (6 de mayo del 2010) y como la demanda fue incoada el 5 de mayo del 2010, lo hizo dentro del término legal, es decir, que frente a dicha entidad no puede predicarse la caducidad.

8.1.3. De la legitimación en la causa por activa

Teniendo en cuenta que este punto fue el centro de la argumentación elevada por el apoderado de la parte demandante en el recurso de apelación, puesto que en la sentencia de primera instancia el *a quo* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa frente a todos los demandantes, la Sala habrá de pronunciarse sobre este punto más adelante, habiéndose establecido el problema jurídico.

8.1.4. De la legitimación en la causa por pasiva

Teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia se declaró la prosperidad de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria la Previsora S.A. (vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes de la extinta Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento), del Ministerio de Salud y de la Protección Social y de la Fundación Salud de los Andes, y que el recurso de apelación presentado por la parte demandante no formula ningún reparo frente a dicha determinación, al enfocarse en señalar la inexistencia de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los accionantes, la Sala no habrá de hacer un análisis de legitimación y tampoco de fondo frente a dichas entidades.

De otra parte, el Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado, se encuentra legitimado en la causa por pasiva, en la medida que administra los recursos de la extinta Caprecom, cuenta con personería jurídica, siendo señalado como extremo pasivo de la *litis* en la demanda, se notificó del auto admisorio, dio contestación y en general ha participado en todas las instancias procesales, además confirió poder en debida forma. Además, es la entidad respecto de la cuales se reclaman los perjuicios generados con ocasión del fallecimiento de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio.

8.1.5. Alcance del Recurso de Apelación

El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por la apelante, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil⁷, norma que establece que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Así mismo, en aplicación de los principios de lealtad procesal y preclusión, los argumentos que se deben tener en cuenta al momento de estudiar el recurso de

⁷ La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de la apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente. Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante.

alzada, son los presentados y sustentados en oportunidad, más no se puede aceptar que los argumentos nuevos de inconformidad que se llegaren a exponer en el escrito por medio del cual se presentan ante el *ad quem* alegatos de conclusión, sean tenidos en cuenta como sustento del recurso inicialmente promovido, ya que una hipótesis distinta, afectaría el derecho al debido proceso de la pasiva, en particular en arista del derecho de defensa y contradicción.

IX. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

9.1. Problema jurídico

Con fundamento en el recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a establecer (i) si procede revocar la decisión de primera instancia, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, debido a que *a quo* omitió advertir la ausencia de la prueba en la etapa de admisión de la demanda y decretar oficiosamente su recaudo, y (ii) en caso afirmativo, si hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la demandada, por la muerte de la menor Loreleen Paola Martínez Osorio, a título de falla en la prestación del servicio médico.

9.2. Tesis

A fin de garantizar el acceso a la justicia material, evitar una sentencia inhibitoria, e incurrir en exceso ritual manifiesto, el Despacho consideró pertinente, en aplicación de la facultad oficiosa prevista en el artículo 169 del C.C.A., proferir auto de mejor proveer para el aporte de los registros civiles de nacimiento de Boris Enrique Fernández Osorio, Loreleen Paola Martínez Osorio, Marlene María Osorio Merlano, Jorge Alexis Fernández Osorio y Hannya Virginia Fernández Osorio, al considerar que en la sentencia de primera instancia el *a quo* declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la totalidad de los demandantes, sin que en la etapa de admisión de la demanda y en las subsiguientes fases del proceso se hubiese advertido aquella irregularidad.

Una vez aportados, el Despacho ha comprobado la legitimación en la causa de los demandantes.

Superado el debate en torno a la legitimación, y entrada en el estudio de fondo de la materia litis, la Sala encuentra que debe confirmar la decisión apelada, puesto que los medios de prueba obrantes en el expediente no acreditan la falla del servicio en la prestación del servicio médico de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, quien falleció el 23 de marzo del 2004 en la Clínica del Niño.

X. DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

10.1. De la legitimación en la causa por activa

La doctrina y la jurisprudencia han diferenciado la legitimación de hecho de la legitimación material en la causa, señalando que la legitimación de hecho es la relación procesal entre el demandante y el demandado, en virtud de la pretensión de la demanda y se constituye una vez se notifica el auto admisorio, puesto que a partir de este momento se coloca en conocimiento de la parte demandada la atribución de la responsabilidad por acción u omisión que plantea la parte demandante, fundamento de sus pretensiones, y la legitimación material en la causa se configura con la participación real en los hechos que fundamentan la demanda.

La legitimación material en la causa por activa, la tiene quien resulte damnificado, es decir, quien sufra los perjuicios por los que el Estado deba responder; sin embargo, la Jurisprudencia ha señalado que el interés de la persona damnificada se demuestra con la prueba del vínculo de parentesco existente entre la víctima y el presunto damnificado directo, lo cual se ha extendido para el cónyuge o compañero permanente, por lo cual basta acreditar alguna de estas calidades para que se les tenga como legitimados, siempre que en el proceso no se demuestre que, pese al vínculo, no existía la relación de cercanía y afecto con el damnificado directo.

Al respecto, es importante precisar que el registro civil de nacimiento es la prueba idónea para acreditar el parentesco por consanguinidad, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en los artículos 5, 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, en dicho registro se inscriben las relaciones paterno-materno filiales y *“...ninguna autoridad puede dar por probados los hechos relativos de las personas, como la filiación, si estos no constan en el respectivo registro”⁸*.

En ese orden de ideas, la sola afirmación por parte del demandante del parentesco con la víctima directa, no acredita la existencia del mismo, por lo cual es menester que el mismo esté plenamente probado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del C.P.C. (actual 167 del C.G.P.), incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora bien, el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 6 de diciembre de 2017, Rad. No. 53.905.

Por su parte, el artículo 169 del C.C.A., aplicable al sub iudice, preceptúa que en cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

De acuerdo con lo expuesto, la regla general en materia probatoria es que las partes tienen la carga de la prueba, sin embargo, el Juez debe dirigir el proceso dentro de los límites que sus deberes le imponen y en atención a los principios de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva, por lo que el deber de decretar pruebas de oficio tiende al esclarecimiento de la verdad, a partir de una participación activa y garante de justicia material, sin desmedro del derecho fundamental al debido proceso en su expresión de igualdad de las partes.

De tal modo, no puede entenderse el deber de dictar pruebas de oficio como una afrenta a la imparcialidad del Juez, sino como una herramienta para la búsqueda de verdad y justicia, pero tampoco como aquel que desplaza los deberes y cargas de las partes, sobre quienes, en todo caso, recaerá la consecuencia de la negligencia o inactividad probatoria.

Toda la actividad desplegada por el Juez debe calificarse sin desconocer los principios de autonomía e independencia judicial, de tal modo que no toda omisión en el decreto de una prueba puede considerarse como una vulneración de los derechos fundamentales de quien se hubiese beneficiado con su aducción al proceso, sino que debe realizarse un análisis de proporcionalidad, razonabilidad y conveniencia de la decisión, que trasciende del ámbito de conducencia, pertinencia, utilidad y necesidad de la prueba.

Así, si el Juez omite el decreto oficioso de una prueba que al momento de proferirse la decisión de mérito se estima de gran utilidad, como primera medida debe acudir a la regla general de carga de la prueba, para asignar la consecuencia de no haberse incorporado al proceso a quien tenía el *onus probandi*; sin embargo, deberá valorarse si el Juez estaba conminado a su decreto oficioso, debido a las manifiestas circunstancias de que la parte no pudiera obtenerla o de la inminente necesidad de aclarar puntos oscuros o difusos sobre el tema de prueba evidenciados partir del análisis de otros elementos probatorios presentados, caso en el cual la consecuencia sería la anulación de la actuación.

El Juez no supe a las partes en sus deberes y cargas procesales, el Juez interviene cuando es necesaria su actuación oficiosa para garantizar los derechos y principios constitucionales, pues no tiene intereses particulares en el proceso y debe propender por la igualdad de las partes.

El ordenamiento procesal está cimentado en el principio de autorresponsabilidad probatoria, por lo cual, los deberes y facultades oficiosas del juez no relevan a las

partes de su deber de diligencia y únicamente no le serán atribuibles las consecuencias del incumplimiento de sus cargas procesales cuando las circunstancias particulares coloquen de manifiesto la imposibilidad de aportar la prueba o de que la prueba aportada no arroja con certeza la conclusión frente al hecho o, en términos generales, dichas cargas sean irrazonables o desproporcionadas.

El Juez es el director de proceso, conduce el debate probatorio y puede hacer uso de la facultad oficiosa; lo que no implica que la parte esté relevada de su deber de autorresponsabilidad y que no asuma las consecuencias de la omisión y negligencia en el aporte de las pruebas.

Si bien es cierto, el Juez tiene el deber de decretar pruebas de oficio, esta no es una regla general de aplicación forzosa que no requiera de valoración de las particularidades del caso. En tal medida, el Juez debe propender por la igualdad de las partes, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, para el efecto, debe realizar una ponderación de los derechos de las partes, sin dejar de lado la medición del impacto de su intervención en el debate probatorio y la justificación de la misma.

En todo caso, si la necesidad de que se aportara una prueba con el fin del esclarecimiento de la verdad frente al litigio era palpable en estadios anteriores al de la sentencia y en la etapa de pruebas el Juez no la decretó oficiosamente, no es posible relevar a la parte de la carga, sin miramientos adicionales, pues no toda omisión en el decreto de pruebas de oficio produce nulidad.

En dichos casos, deberá establecerse si las circunstancias colocaban de presente la indefectible y obligatoria intervención oficiosa, o que, si bien el Juez pudo decretar la prueba de oficio, al no hacerlo, no opaca la protuberante actitud negligente de la parte sobre la cual recae la carga de la prueba.

Descendiendo al caso concreto y como se vio en acápites precedentes, en aplicación de la facultad oficiosa del juez prevista en el artículo 169 del C.C.A., a fin de garantizar el acceso a la justicia material y evitar una sentencia inhibitoria, e incurrir en exceso ritual manifiesto, en auto de mejor proveer emitido el 9 de mayo del 2018, se dispuso el aporte de los registros civiles de nacimiento de Boris Enrique Fernández Osorio, Loreleen Paola Martínez Osorio, Marlene María Osorio Merlano, Jorge Alexis Fernández Osorio y Hannya Virginia Fernández Osorio, al considerar que en la sentencia de primera instancia el *a quo* declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la totalidad de los demandantes, al no obrar en el proceso los registros civiles que acreditaran el parentesco entre los accionantes y la fallecida Loreleen Paola Martínez Osorio, sin que en la etapa de admisión de la demanda y en las subsiguientes fases del

proceso se hubiese advertido aquella irregularidad, pues el *a quo* “*como director del proceso, no hizo uso de la facultad oficiosa en materia probatoria*”.

Con ocasión de la anterior determinación oficiosa, se aportaron en el trámite de la segunda instancia los registros civiles de nacimiento de Boris Enrique Fernández Osorio, Loreleen Paola Martínez Osorio, Marlene María Osorio Merlano, Jorge Alexis Fernández Osorio y Hannya Virginia Fernández Osorio.

De acuerdo con lo anterior, los accionantes Marlene María Osorio Merlano (Progenitora), Conley Fesson Martínez (Progenitor), Hannya Virginia Fernández Osorio (Hermana), Jorge Alexis Fernández Osorio (Hermano) y Boris Enrique Fernández Osorio (Hermano), acreditaron con las documentales referidas, las calidades alegadas respecto de la menor de edad fallecida Loreleen Paola Martínez Osorio, razón por la cual se encuentran legitimados en la causa por activa, por lo cual en este punto habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de que no se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes.

De acuerdo con lo expuesto, procederá la Sala con el estudio de fondo del presente asunto.

10.2. De la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁹, sin distinguir su condición, situación e interés. Como bien se sostiene en la doctrina:

La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público.

En este orden se tiene que en la Constitución Política se consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así:

Artículo 90. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión*

⁹ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

10.3. Del régimen de imputación aplicable

El Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril 2012¹⁰, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por lo expuesto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria¹¹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición del Consejo de Estado se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetivo¹².

10.4. El derecho a la salud, la prestación del servicio de salud y la atención en el servicio de urgencias

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, expediente: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2009, la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud¹³.

Sin embargo, tal como lo ha pregonado insistentemente la Corte Constitucional,¹⁴ la salud no sólo puede considerarse desde la perspectiva de un servicio público sino también, y esta es su mayor caracterización, como un derecho fundamental de los asociados, máxime si se tiene en cuenta que está en íntima conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, derechos todos estos que a su vez permiten el ejercicio de otros derechos de la misma estirpe.

En cuanto a la caracterización del derecho a la salud como fundamental del ser humano, la Corte constitucional ha dicho:

La jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho 'fundamental autónomo a la salud'³⁹. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.¹⁵

Asimismo, en el Derecho Convencional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968, dispone en el numeral primero del artículo 12 que “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, y en el numeral segundo añade que “entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para... d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” (Subrayado de la sala).

¹³ Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*

¹⁴ Ver entre otras las sentencias T- 185 de 2009, T-589 de 2009 y T- 195 de 2011.

¹⁵ En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere *“(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente.”* Puede verse sentencia T- 438 de 2004.

En lo que respecta al sistema de seguridad social en salud, éste se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, según la cual son reglas rectoras del servicio público de salud, la equidad¹⁶, la obligatoriedad¹⁷, la protección integral¹⁸, la libre escogencia¹⁹, la autonomía de las instituciones²⁰, la descentralización administrativa²¹, la participación social²², la concertación²³ y la muy importante calidad del servicio²⁴, de donde vale, igualmente, la pena resaltar que dentro de las características básicas del sistema general de salud, se encuentra el ingreso de todos los colombianos al régimen de seguridad social en aras de garantizar la salud de la población colombiana, mediante la debida organización y prestación del servicio público de salud y la atención de urgencias en todo el territorio nacional²⁵.

Asimismo, la mencionada Ley 100 estableció los niveles de complejidad de las instituciones prestadoras de servicios (Baja²⁶, Media²⁷ y Alta²⁸) y los niveles de

¹⁶ Equidad. El sistema general de seguridad social en salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

¹⁷ Obligatoriedad. La afiliación al sistema general de seguridad social en salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o capacidad de pago.

¹⁸ Protección integral. El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud.

¹⁹ Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley

²⁰ Autonomía de las instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley.

²¹ Descentralización administrativa. La organización del sistema general de seguridad social en salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.

²² Participación social. El sistema general de seguridad social en salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del sistema general de seguridad social en salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de la entidades de carácter público

²³ Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los consejos nacional, departamentales, distritales y municipales de seguridad social en salud.

²⁴ Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las instituciones prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia.

²⁵ Numeral 2º del artículo 159 de la Ley 100 de 1993: Garantías de los afiliados.

²⁶ Baja complejidad: Son aquellas instituciones que habilitan y acreditan en su mayoría servicios considerados de baja complejidad y se dedican a realizar intervenciones y actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta médica y odontológica, internación, atención de urgencias, partos de baja complejidad y servicios de ayuda diagnóstica básicos en lo que se denomina primer nivel de atención.

²⁷ Mediana complejidad: Son instituciones que cuentan con atención de las especialidades básicas como lo son pediatría, cirugía general, medicina interna, ortopedia y ginecología con disponibilidad las 24 horas en internación y valoración de urgencias, además ofrecen servicios de consulta externa por especialista y laboratorios de mayor complejidad, en lo que es el segundo nivel de atención.

²⁸ Alta complejidad: Cuentan con servicios de alta complejidad que incluyen especialidades tales como neurocirugía, cirugía vascular, neumología, nefrología, dermatología, etc. con atención por especialista las 24 horas, consulta, servicio de urgencias, radiología intervencionista, medicina nuclear, unidades especiales como cuidados intensivos y unidad renal. Estas Instituciones con servicios de alta complejidad atienden el tercer nivel de atención, que incluye casos y eventos o tratamientos considerados como de alto costo en el POS.

atención²⁹ que se prestan respecto a las actividades, procedimientos e intervenciones (Nivel I, Nivel II, Nivel III), a los cuales debe corresponder la prestación de los servicios de consulta médica, hospitalización y, en general, todos los eventos, según su complejidad³⁰, donde el tercer nivel de atención incluye aquellas intervenciones o enfermedades de alta complicación y costo, que debido a ello requieren para su atención, del nivel más especializado y de la mayor calidad de atención humana, técnica y científica³¹.

X. DEL CASO EN CONCRETO

10.1. De las pruebas allegadas al proceso

Se relacionan las pruebas que obran en el expediente:

- 22 documentos que integran la historia clínica de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio (fs. 3-23 c.pruebas).
- Certificado de defunción No. A2770920 de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio (f. 24 c.pruebas)
- Copia de los documentos de identidad de Conley Fesson Martínez, Marlene María Osorio Merlano y Loreleen Paola Martínez Osorio (fs. 25-26 c.pruebas)
- Contrato de fiducia mercantil No. 3-1-0410 suscrito entre el liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y Fiduciaria la Previsora S.A. para la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación (fs. 29-52 c.pruebas)
- CD denominado “Evidencias Loreleen Martínez Osorio” sin contenido.

10.2. De las pruebas practicadas en el proceso

²⁹ Los Niveles de Atención en la Salud se definen como la capacidad que tienen todos los entes prestadores de servicios de salud y se clasifican de acuerdo a la infraestructura, recursos humanos y tecnológicos.

³⁰ Atención de urgencias de especialidades básicas y subespecialidades tales como: Cardiología, Neumología, Gastroenterología, Neurología, Dermatología, Endocrinología, Hematología, Psiquiatría, Fisiatría, Genética, Nefrología, Cirugía General, Ortopedia, Otorrinolaringología, Oftalmología, Urología, Cirugía pediátrica, Neurocirugía, Cirugía plástica, entre otras; cuidado crítico adulto, pediátrico y neonatal, atención de partos y cesáreas de alta complejidad, laboratorio e imagenología de alta complejidad, atención odontológica especializada, otros servicios y terapias de apoyo para rehabilitación funcional

³¹ Calidad de la atención es el conjunto de características técnico- científicas, materiales y humanas que debe tener la atención de salud que se provea a los beneficiarios, para alcanzar los efectos posibles con los que se obtenga el mayor número de años de vida saludables y a un costo que sea social y económicamente viable para el sistema y sus afiliados. Sus características son: oportunidad, agilidad, accesibilidad, continuidad, suficiencia, seguridad, integralidad e integridad, racionalidad lógico-científica, costo-efectividad, eficiencia, humanidad, información, transparencia, consentimiento y grado de satisfacción de los usuarios.

- Testimonio de Plutarco Elías Zuñiga Ramírez recepcionado por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas en virtud del Despacho Comisorio No. 002 (fs. 111-113 c.Despacho Comisorio)
- Referencia de la paciente Loreleen Paola Martínez Osorio (fs. 107-109 c.Despacho Comisorio)
- Oficio No. 349943 del 15 de marzo del 2016, signado por el Coordinador del Grupo de Patología Forense de la Dirección Regional Bogotá de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 309 c.1)
- Oficio No. 349936 del 15 de marzo del 2016, signado por el Coordinador del Grupo de Patología Forense de la Dirección Regional Bogotá de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 314 c.1)
- Oficio No. 2016EE20400 del 30 de marzo del 2016, signado por la Subdirectora de Inspección, Vigilancia y Control de Servicio de Salud (E) de la Alcaldía Mayor de Bogotá (f. 336 c.1)
- Oficio No. 201620990013451 del 25 de mayo del 2016, suscrito por la Coordinación de Salud de Caprecom EICE en liquidación (f. 342 c.1)
- Registros civiles de nacimiento de Boris Enrique Fernández Osorio, Loreleen Paola Martínez Osorio, Marlene María Osorio Merlano, Jorge Alexis Fernández Osorio y Hannya Virginia Fernández Osorio.

10.1. Hechos acreditados

Del material probatorio existente, dentro del cual se encuentran los aludidos documentos, se pueden acreditar como probados los siguientes hechos:

El 3 de noviembre del 2007, el Laboratorio Clínico Especializado del médico Jorge Paternina León estableció para la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, que los resultados para los exámenes de inmunología y parasitología reflejaba positivo 1/80 para Antígeno Somático “O” y negativo para Hemoparásitos.

El 26 de noviembre del 2007 (f. 3 c.pruebas), la IPS CAPRECOM Hospital San Andrés le recetó a Loreleen Paola Martínez Osorio naproxeno y una ampolla de otro medicamento.

El 20 de enero del 2008, la médico cirujana Dolana Navas Newball de la IPS CAPRECOM Hospital San Andrés le recetó a Loreleen Paola Martínez Osorio los medicamentos metocarbamol, diclofenaco y Myos nor (fs. 12-13 c.pruebas)

El 1 de febrero del 2008, el médico Ronald Valencia Jiménez de la IPS CAPRECOM Hospital San Andrés le recetó a Loreleen Paola Martínez Osorio acetaminofén, cetirizina y omeprazol (f. 9 c.pruebas)

De acuerdo al Resumen de Atención Epicrisis No. 93020866053 (f. 22 c.1), el 15 de febrero del 2008, la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio (para aquella época de 15 años de edad), portadora de reflujo gastroesofágico³², acudió a Medicina Interna de la IPS CAPRECOM San Andrés Isla por fiebre recurrente desde septiembre del 2007, cefalea, náuseas y vómito, en el que se indicó una *“Historia de fiebre tifoidea por cuadro de laboratorio positivo, actualmente cefalea intensa (...) no tolera vía oral”*, y tras la realización de un examen físico se estableció como diagnóstico un síndrome febril prolongado y en relación con el tratamiento se dispuso la ingesta de ciprofloxacina, acetaminofén, ranitidina, etc., sin etiología³³ y se dispuso la remisión a infectología de III nivel.

De conformidad con la Solicitud de Referencia de Pacientes obrante a folio 23 del cuaderno de pruebas, el 22 de febrero del 2008, el médico Humberto Ellis David dispuso la remisión al servicio de infectología de la paciente Loreleen Paola Martínez Osorio, cuyo diagnóstico fue síndrome febril prolongado, y para ello, realizó los siguientes comentarios:

Paciente con cuadro febril prolongado sin etiología hasta el momento. En las Islas no disponemos de más recursos para estudiar el caso por lo que se remite a centro de III nivel servicio de infectología.

Mediante el oficio No. GOB/SSD-0350 del 22 de febrero del 2008, el Secretario de Salud del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina remitió con anotación de “Urgencia” a la Clínica del Niño, ubicada en Bogotá, la autorización de servicios de Loreleen Paola Martínez Osorio (afiliada a la EPS CAPRECOM) para recibir atención especializada de III y IV nivel de complejidad en los servicios de hospitalización e infectología (No POS).

De acuerdo al Formato de Solicitud de Paraclínicos o Imágenes Diagnósticas e Interconsultas de la Unidad Hospitalaria de la Clínica del Niño obrante a folio 16 del cuaderno de pruebas, el 27 de febrero del 2008, se estableció que respecto de la paciente Loreleen Paola Martínez Osorio se había solicitado una resonancia magnética cerebral y de columna por cuanto presentaba *“un cuadro clínico de 4 meses y medio característico por fiebre cuantificada de 40°C, asociado a episodios eméticos y cefalea con antecedente de fiebre tifoidea, actualmente con signos de nervio infección. Bajo anestesia general.”* y cuya finalidad u objetivo era *“descartar*

³² La enfermedad por reflujo gastroesofágico (ERGE) es una afección en la cual los contenidos estomacales se devuelven desde el estómago hacia el esófago (tubo de deglución). Los alimentos van desde la boca hasta el estómago a través del esófago. La ERGE puede irritar el tubo de deglución y causa acidez gástrica y otros síntomas. Tomado de: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/000265.htm>

³³ La etiología describe la causa o causas de una enfermedad. Tomado de: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/002356.htm>

origen febril oncológico o infeccioso. (...) Neurocirujano sugiere realizar RNM para aclarar diagnóstico”, evidenciando que ya se había realizado un TAC que mostró hipodensidad cortical – subcortical en región frontal derecha.

Mediante el oficio No. GOB/SSD-0552 del 14 de marzo del 2008, el Secretario de Salud del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina remitió con anotación de “Urgencia” a la Clínica del Niño, ubicada en Bogotá, la autorización de servicios de Loreleen Paola Martínez Osorio (afiliada a la EPS CAPRECOM) para recibir atención especializada de III y IV nivel de complejidad en el servicio de anestesia general para la realización de resonancia magnética cerebral y de la columna gadolinio (No POS).

El 15 de marzo del 2008, en la especialidad de pediatría de la Unidad Hospitalaria de la Clínica del Niño la Pediatra Sandra Belalcazar Padilla solicitó la realización de una resonancia magnética cerebral con contraste para la paciente Loreleen Paola Martínez Osorio, pues se encontraba en estudio una encefalopatía.

Ese mismo día, la Pediatra Sandra Belalcazar Padilla solicitó una ambulancia medicalizada (traslado redondo) para la paciente Loreleen Paola Martínez Osorio, que estaba en la cama No. 307-6, a efectos de trasladarla para la realización de la resonancia cerebral con contraste por un diagnóstico de encefalopatía (que estaba en estudio). (f. 17 c.pruebas)

De acuerdo al certificado de defunción No. A2770920, expedido por el médico tratante Héctor Alan Pérez Duarte (f. 24 c.pruebas), se estableció que Loreleen Paola Martínez Osorio falleció el 23 de marzo del 2008 y que la causa de muerte fue “Natural”.

El 24 de marzo del 2008, la Clínica del Niño emitió la orden de salida por muerte de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio (f. 22 c.pruebas).

10.1. Del daño.

En verificación de la ocurrencia o no de un daño antijurídico, la Sala, de conformidad con la Jurisprudencia³⁴ y la Doctrina³⁵ señala que se trata de la lesión, menoscabo, deterioro o afectación de un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado de una persona, que no tiene el deber jurídico de soportar.

Para la Sala se causó un daño a los demandantes, pues como lo acreditan los medios probatorios, especialmente, el certificado de defunción No. A2770920,

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

³⁵ Orjuela Ruiz Wilson citando a Henao Juan Carlos en la Responsabilidad del Estado y sus regímenes. ECOE Ediciones Pag. 51.

Loreleen Paola Martínez Osorio falleció en la Clínica del Niño el 23 de marzo del 2008, circunstancia que produce perjuicios a sus familiares.

10.2. De la antijuridicidad y la imputación.

En este punto la Sala determinará si el daño es antijurídico, y si es imputable jurídica o fácticamente al demandado Patrimonio Autónomo de Remanentes Par Caprecom Liquidado.

Tal y como se evidenció en el acápite de hechos probados y pese a que no obra la totalidad de la historia clínica, se observa que desde septiembre del 2007 la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio padecía un cuadro de fiebre, por lo cual fue atendida en la IPS CAPRECOM San Andrés Isla y posteriormente y, ante la carencia de elementos que permitieran determinar a fondo la causa de su afección fue remitida, en compañía de un médico, a la Clínica del Niño, ubicada en Bogotá, lugar en el que pese a la atención médica y realización de diferentes exámenes, falleció, según el certificado de defunción No. A2770920, por causas “Naturales”.

Ahora bien, en el oficio No. 2016EE20400 del 30 de marzo del 2016, la Subdirectora de Inspección, Vigilancia y Control de Servicio de Salud (E) de la Alcaldía Mayor de Bogotá (f. 336 c.1) señaló lo que pasa a verse en relación con la entidad que tenía a su cargo la Unidad Hospitalaria Clínica del Niño:

- *ISS – Instituto de Seguros Sociales (...) del 15/04/2003 al 26/06/2003.*
- *ESE Luis Carlos Galán sarmiento (...) del 28/06/2003, al 12/09/2007*
- *CAPRECOM (...) desde el 12/09/2007 vigente hasta el 30/05/2008, y por*
- *PREVIMEDIC SA – PREVIANDES (...) del 30/05/2008 vigente hasta el 31/08/2009 (Subrayado de la Sala)*

De acuerdo con el mencionado oficio, para la época en que se dio la atención médica y fallecimiento de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, la extinta Caprecom era la entidad que tenía a su cargo la Clínica del Niño. A su vez, y de acuerdo al oficio No. 201620990013451 del 25 de mayo del 2016, suscrito por la Coordinación de Salud de Caprecom EICE en liquidación (f. 342 c.1), Loreleen Paola Martínez Osorio estaba afiliada a dicha entidad como integrante de la población sisbenizada.

Clarificado lo anterior, se observa que obra en el proceso el testimonio del médico cirujano Plutarco Elías Zuñiga Ramírez, recepcionado por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas en virtud del Despacho Comisorio No. 002 (fs. 111-113 c.Despacho Comisorio), quien en relación con los hechos que originaron el presente asunto, señaló que conoció a la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio desde su nacimiento (por cesárea) y fue su médico tratante en Caprecom cuando se efectuó su proceso de

remisión con fiebre en estudio para hospitalización en el Hospital de San Andrés, debido al cuadro clínico que aquella presentaba, a saber, fiebre alta y recurrente y ligera rigidez en la nuca (no considerado como meningitis). Adicionalmente declaró lo que pasa a verse:

(...) cuando nosotros la atendimos en Caprecom decidimos bajar la temperatura con una inyección de Dipirona, lo que se usaba en ese momento y de resto se llamó al Hospital para el traslado y la recibieran por urgencias, ese fue todo el manejo que le di en la parte de consulta externa (...) ella ingresa caminando, ella fue atendida normal, ambulatoria, estaba orientada en sus tres esferas y presentaba el cuadro del dolor de cabeza, o sea, cefalea, de la fiebre recurrente y el dolor en la región cervical, en la parte del cuello, siendo que no permitía dar un cuadro de un diagnóstico claro, es por eso que se decide la referencia al hospital, teniendo en cuenta que Caprecom Consulta Externa no estaba dentro del Hospital, sino que estábamos en un local independiente (...) como antecedente ella tenía reflujo gastroesofágico (...) lo único que utilizamos fue la Dipirona por la fiebre y al mismo tiempo aprovechar el tratamiento de fiebre y dolor de cabeza mientras se trasladaba al Hospital, que tenía una fiebre bastante alta, y evitar así que le fuera a dar una convulsión (...) tuve la oportunidad de conversar con ella precisamente en el aeropuerto, cuando tenía salida para Bogotá, iba acompañada de médico e iba con otros 4 o 5 pacientes que iban remitidos con el mismo médico a la ciudad de Bogotá, ambulatoria y dialogando normalmente, podía caminar y mirando retrospectivamente la historia de ella en la referencia se refiere que ella podía viajar con enfermera y sentada, en actitud de vuelo (...) a ella se le hicieron según los estudios punciones lumbares para buscar y descartar meningitis porque toda fiebre en estudio hay que hacerle esos estudios (...) ella fue y llegó al aeropuerto por sus propios medios, orientada en lugar, tiempo y persona, con signos vitales estables, tenía una emoglobina, según refiere aquí, 11, que yo como médico del aeropuerto no puedo permitir que me viaje emoglobina menos de 8.5 en vuelos comerciales, ella cumplía todos los requisitos, fuera de eso se podía desplazar por sus propios medios entonces no tenía que utilizar una persona para que la desplazara sino que ella podía por sus propios medios desplazarse y además iba acompañada de médico, que es lo que solicitaba el hospital (...) (Subrayado de la Sala)

Advierte la Sala que las pruebas obrantes en el plenario no permiten acreditar las fallas del servicio médico reclamadas en la demanda, máxime cuando se observa una evidente carencia probatoria por parte de la accionante, pues ni siquiera se aportó la totalidad de la historia clínica de la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, documentación que acreditaría, paso a paso, todas las atenciones, exámenes y tratamientos que le fueron brindados, tampoco solicitó la elaboración de un dictamen pericial que ayudara a dilucidar si los servicios de salud fueron idóneos, suficientes y pertinentes para el diagnóstico y tratamiento, si existió alguna demora injustificada que hubiera generado el fallecimiento de la mencionada menor, o la existencia de un error en el diagnóstico mismo.

La mencionada omisión probatoria no puede ser saneada de oficio por el juzgador, teniendo en cuenta que la falla del servicio médico debía ser acreditada por quien

la alegaba, es decir, la parte actora, quien de tal forma incumplió la carga que le correspondía de acuerdo a lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil³⁶.

En consecuencia, lo que se demuestra con las pocas pruebas aportadas al proceso es que la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio fue atendida en San Andrés (Isla), a efectos de establecer las causas de sus afecciones o sintomatología, incluso, fue remitida desde allí, en condiciones que revelaban signos vitales normales y estables, a la ciudad de Bogotá, siendo atendida en la Clínica del Niño, lugar en el que, pese a la atención recibida, falleció por causas “Naturales”.

Lo precedente y la carencia probatoria puesta de presente por la Sala, permite observar que no hubo un error, retardo injustificado, falla o falencia en el servicio de salud brindado a la menor de edad Loreleen Paola Martínez Osorio, por lo cual la Sala confirmará la sentencia proferida el 18 de enero del 2017 por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Administrativo de Bogotá D.C., pero en atención a lo expuesto en el presente proveído.

XII. COSTAS PROCESALES

La Sala considera que el artículo 171 del CCA³⁷, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”³⁸, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y que no se vislumbró una actuación temeraria de las partes, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

³⁶ Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

³⁷ “CONDENA EN COSTAS. n todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

³⁸ Ver www.rae.es

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, - Subsección “C”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 18 de enero de 2017 por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Tercera, en la medida que los accionantes se encuentran legitimados en la causa por activa, de acuerdo a los registros civiles de nacimiento aportados en virtud de la facultad oficiosa del juzgador aplicada dentro del trámite de segunda instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 18 de enero de 2017 por el Juzgado Sesenta y Tres (63) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Tercera, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pero en atención a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

CUARTO: Por Secretaría, una vez ejecutoriado este fallo y previo el envío de la comunicación que ordena el art. 62 de la Ley 1395 de 2010, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 138)

(Firmado electrónicamente en plataforma Samai)

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada