

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Niega. Caso de mujer que luego de cirugía, post operatorio, cuadro de apendicitis, peritonitis / FALLA DEL SERVICIO - Niega. No se acreditó falla en el servicio médico: Condición particular de la paciente generó riesgo mayor de infección que provocó que los resultados de la intervención quirúrgica no fueran los esperados

Analizando la historia clínica conforme a la descripción que antecede, la Sala observa que la parte actora señaló hechos que no aparecen en ningún momento acreditados. Al contrario, con la lectura de la historia clínica se puede contrastar que los hechos expuestos en la demanda no corresponden con lo que realmente ocurrió. En efecto, el demandante indicó que en urgencias le informaron a Blanca Sáenz “que tenía apendicitis y que debía ser hospitalizada para la práctica de una cirugía” (i) y que “por la demora para autorizar la cirugía, [la señora] tubo (sic) que soportar que la apendicitis se le convirtiera en una peritonitis (...)”, afirmaciones que no encuentran respaldo en las pruebas aportadas. Así, en la historia clínica no se señala, al momento de su hospitalización, que la señora Sáenz tuviera que ser sometida a cirugía. Como puede observarse, ella fue ingresada con el fin de estudiar las causas de su dolor pues se le ordenó una “ecografía abdominal total urgente” y evaluación por medicina interna. Tampoco se evidencia que haya existido demora al autorizar la cirugía pues el día 28 de julio a las 9.30 de la mañana se indicó por cirugía general que la señora Sáenz debería ser sometida a cirugía y a las 4.30 pm, es decir, 7 horas después la intervención quirúrgica, ésta ya se había realizado conforme a la nota operatoria. Es cierto que frente a situaciones fácticas similares a las que se observan en el sublite, esta Corporación ha sostenido que en este tipo de procesos corresponde a la parte actora “acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos”. (...) Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala debe circunscribirse a la realidad probatoria para determinar si la demandada debe responder por los daños que se le endilgan. A partir de lo que se acreditó en el proceso, la Sala estima que el demandante afirmó hechos que no están probados -pues la historia clínica da cuenta de una realidad contraria a la señalada por el actor- y que no aparece identificada la conducta a reprochar a la entidad demandada. Esto se refuerza con el dictamen pericial, que en ningún momento fue cuestionado por la parte actora, en el que el perito concluye que el procedimiento médico brindado a la señora Blanca Sáenz se ajustó a los protocolos médicos. (...) La Sala observa que los riesgos de la cirugía fueron informados a su familia y que su condición particular hacía que el riesgo infeccioso fuese mayor lo que provocó que los resultados de la intervención quirúrgica no fueran los esperados provocando el desafortunado fallecimiento de la señora Sáenz. Así las cosas, no habiéndose acreditado una falla en el servicio en el servicio médico proporcionado a la señora Blanca Sáenz Sánchez o responsabilidad de la demandada a cualquier otro título conforme a lo que resultó probado, la Sala denegará las súplicas de la demanda.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - Declara falta de legitimación en favor del Instituto de los Seguros Sociales ISS. La atención médica fue prestada por una ESE diferente: Prestación del servicio por la ESE Rafael Uribe Uribe

En efecto, de conformidad con la historia clínica aportada al proceso (folios 76 a 151 cuaderno primera instancia), la señora Blanca Sáenz fue atendida, hospitalizada e intervenida quirúrgicamente por personal de la Clínica León XIII perteneciente a la Empresa Social del Estado “Rafael Uribe Uribe”. Así las cosas, el aquo consideró que no era viable jurídicamente demandar al Instituto de

Seguros Sociales, puesto que la E.S.E. Rafael Uribe Uribe es una entidad con personería jurídica propia y, en consecuencia, diferente del I.S.S. Así expresó que “a quién se debía demandar en el presente proceso era a la E.S.E Rafael Uribe Uribe, quien fue la entidad prestadora del servicio de salud y, por tanto, la legitimada por pasiva para responder por el daño ocasionado a los demandantes en caso de probarse la falla en el servicio médico”. En este orden, precisó que el Instituto de los Seguros Sociales para la fecha de la ocurrencia de los hechos que suscitaron la presente controversia no podía legalmente prestar servicios de salud pues estos eran competencia de las Empresas Sociales del Estado. La Sala comparte la afirmación del aquo cuando señala que para el momento de la ocurrencia de los hechos el ISS no prestaba servicios de salud. En efecto, a partir de la expedición del Decreto Ley 1750 de 2003, norma con fuerza de ley en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Instituto de los Seguros Sociales fue transformado y, como consecuencia de ello, se escindieron de él la vicepresidencia de servicios de salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria (art. 1) y se crearon diferentes empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas especiales por servicios del nivel nacional adscritas al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (art. 2) encargadas de prestar los servicios de salud que otrora eran competencia del I.S.S (art. 3). Dentro de estas nuevas empresas se encuentra la E.S.E. Rafael Uribe Uribe. (...) De conformidad con la normativa citada, las nuevas empresas creadas, cuyo objeto es prestar los servicios de salud, son, contrariamente a lo expuesto por el actor, distintas al I.S.S y no están adscritas a aquél. Sin embargo, esa razón, conforme a la normativa que inspira el régimen de seguridad social en salud, no es suficiente para afirmar que el ISS no está legitimado en la causa por pasiva pues, conforme a las pruebas aportadas, la señora Blanca Saenz fue atendida en su condición de beneficiaria en salud de un afiliado al I.S.S. Esa sola condición, a la luz de la legislación sobre la que se edifica el sistema de seguridad social en Colombia, permite establecer que el I.S.S. está legitimado en la causa por pasiva pues es función de las EPS, en este caso la E.P.S del Seguro Social, garantizar la calidad de la prestación de los servicios de salud prestados a sus asegurados.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Cláusula general de responsabilidad. Constitución Política no privilegió un título o régimen de responsabilidad en particular / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - No hay título o régimen de responsabilidad único o privilegiado. Jurisprudencia no puede establecer un único título o régimen de responsabilidad

Esta Corporación ha sostenido también que como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre este tema ver las decisiones: 19 de abril de 2012, exp. 21515 y 23 de agosto de 2012, exp. 23219.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03215-01(40028)

Actor: LUIS CARLOS LONDOÑO Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el día 22 de septiembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual esa Corporación resolvió:

Primero: Se niegan las pretensiones de la demanda

Segundo: No se condena en costas atendiendo la conducta de las partes

SÍNTESIS DEL CASO

El día 31 de julio del año 2004, la señora Blanca Emma Sáenz Sánchez fallece tras ser intervenida quirúrgicamente por presentar un cuadro de apendicitis. La actora demanda al Instituto de Seguros Sociales por considerar que la muerte de la señora Sáenz fue consecuencia de fallas en el servicio médico prestado. Sin embargo, el servicio médico cuestionado estuvo a cargo de otra entidad pública que no fue demandada: la Empresa Social del Estado “Rafael Uribe Uribe”.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El día 01 de agosto de 2006, los señores Luis Carlos Londoño Castañeda y Henry Londoño Saenz y las señoras Monica Maria Londoño Saenz y Clara Emilse Londoño Saenz presentaron, a través de apoderado, demanda de reparación directa en contra del Instituto de los Seguros Sociales con el fin de que esta entidad sea condenada a la reparación patrimonial de los daños causados con ocasión de la muerte de la señora Blanca Emma Saenz Sánchez.

1.1. Hechos

Los hechos expuestos por la actora se resumen así:

1. En el mes de junio de 2004, la señora Blanca Emma Sáenz Sánchez, tras sentir dolores abdominales acudió al centro de urgencias del Instituto de los Seguros Sociales donde le recetaron algunos de medicamentos antes de remitirla a su lugar de residencia.
2. Dado que el dolor persistía, la señora Sáenz acudió nuevamente a urgencias. Esta vez le informaron que sufría de apendicitis y la hospitalizaron con el fin de intervenirla quirúrgicamente.
3. Por la inadecuada atención médica y por la demora para autorizar la cirugía, la apendicitis evolucionó a una peritonitis lo que finalmente le causó la muerte a la señora Sánchez.

Indicaron los demandantes que la muerte de la señora Sáenz les generó “*perjuicios morales subjetivos*” y “*perjuicios por daño a la vida en relación*”.

En cuanto a las pruebas, solicitaron, entre otras, oficiar al hospital Rafael Uribe Uribe para que este remitiera copia auténtica de la historia clínica y de la necropsia practicada la señora Sáenz “*quien falleció el día 31 de julio de 2004, a raíz de las lesiones que recibió en el quirófano de ese centro hospitalario*”; oficiar al Instituto de Seguros Sociales con el fin de que se allegare certificación donde constara si la señora Sáenz era afiliada o beneficiaria de esa institución.

1.1. Pretensiones

Con base en los hechos citados, la parte actora elevó las siguientes pretensiones:

1.1. Declárese que el Instituto de Seguros sociales (I.S.S) es responsable administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes: Luis Carlos Londoño Castañeda, Henry David Londoño Saenz, Monica Maria Londoño Saenz y Clara Emilse Londoño Saenz, con la muerte de Blanca Emma Saenz Sanchez, en hechos ocurridos el día 31 de julio de 2004 en el municipio de Antioquia y que fue posible por las graves acciones y omisiones en que incurrieron miembros adscritos a la institución demandada.

1.2. Condénese al Instituto de los Seguros Sociales (I.S.S) a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios subjetivos, los salarios mínimos legales mensuales que a continuación se indican (por el valor vigente a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso), junto con los intereses comerciales que se causen a partir de tal ejecutoria:

<i>Demandante</i>	<i>Relación</i>	<i>Cantidad</i>	<i>Valor Ac/al</i>
<i>Luis C. Londoño C</i>	<i>Cónyuge</i>	<i>501 SMLM</i>	<i>\$204'408.000</i>
<i>Henry D. Londoño S</i>	<i>Hijo</i>	<i>501 SMLM</i>	<i>\$204'408.000</i>
<i>Mónica M. Londoño S.</i>	<i>Hijo</i>	<i>501 SMLM</i>	<i>\$204'408.000</i>
<i>Clara E. Londoño</i>	<i>Hija</i>	<i>501 SMLM</i>	<i>\$204'408.000</i>
TOTALES		2004 SMLM	\$817'632.000

1.3. Condénese al Instituto de los Seguros Sociales (I.S.S) a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios por daños a la vida en relación, los salarios mínimos legales mensuales que abajo se indican (por el valor vigente a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso), junto con los intereses comerciales que se causen a partir de esa ejecutoria , debido a que la muerte de Blanca Emma Saenz Sanchez no solamente les ha producido daño moral, sino también el especial conocido como daño a la vida en relación, puesto que hacia el futuro los nombrados estarán imposibilitados de contar con la presencia de su cónyuge y madre, no podrán compartir momentos de afecto y cariño a los que estaban acostumbrados:

<i>Demandante</i>	<i>Relación</i>	<i>Cantidad</i>	<i>Valor Ac/al.</i>
<i>Luis C. Londoño C.</i>	<i>Cónyuge</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$40'800.000</i>
<i>Henry D. Londoño S.</i>	<i>Hijo</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$40'800.000</i>
<i>Monica M. Londoño S.</i>	<i>Hija</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$40'800.000</i>
<i>Clara E: Londoño S.</i>	<i>Hija</i>	<i>100 SMLM</i>	<i>\$40'800.000</i>
TOTALES		400 SMLM	\$163'200.000

1.4. Condénese al Instituto de los Seguros Sociales (I.S.S) a pagar a los demandantes las demás sumas dinerarias que resultaren probadas en el proceso.

1.5. Condénese al instituto de los seguros sociales (I.S.S) a pagar a los demandantes las costas judiciales a las que haya lugar.

1.6. Condénese al instituto de los Seguros Sociales (I.S.S) (sic) cumplir la sentencia en la forma prevista en los arts. 176, 177 y 178 del Código contencioso Administrativo.

El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda en providencia del 14 de noviembre de 2006 (folio 24 cuaderno primera instancia).

1.3. Contestación de la demanda

El Instituto de Seguros Sociales presentó contestación a la demanda el día 09 de abril de 2007 (folios 27 a 31 cuaderno primera instancia).

Después de negar unos hechos (los numerados como 1.4, 1.5, 3.1 y 3.2) y manifestar que no le constaban los demás, se opuso “a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones” (folio 28 cuaderno principal).

Propuso cuatro excepciones. La primera, carencia de relación de causalidad entre el hecho y el daño pues el servicio prestado por el personal de la E.S.E Rafael Uribe Uribe a la paciente Emma Sáenz, en calidad de beneficiaria, siguió el procedimiento médico adecuado; la segunda, carencia de causa por conducta diligente, ya que la ESE Rafael Uribe Uribe hizo todo aquello que estaba indicado hacer; la tercera, inexistencia de la obligación de indemnizar en cabeza del Seguro Social, pues la muerte de la señora Sáenz no se debió a hechos imputables al ISS sino a su grave estado de salud; finalmente, elevó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto a partir de la entrada en vigencia

del Decreto Ley 1750 de 2003, los hechos y presuntas fallas no podían ser atribuibles al Instituto de Seguros Sociales sino a la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, por ser esta última una entidad que se creó a partir de la escisión del I.S.S.

1.4. Alegatos de conclusión

La parte demandante alegó de conclusión. En esta etapa procesal recalcó el actor que *“los hechos en que perdió la vida la hoy occisa, devienen de un mal procedimiento médico, tal y como lo corrobora la declaración del galeno que obra en el expediente”* y que *“las relaciones familiares para probar el daño moral y a la vida de relación, fueron debidamente establecidas por los declarantes en el proceso (...)”*

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

1.5. La sentencia apelada

El día 22 de septiembre de 2010, la Sala Séptima de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia de primera instancia.

El tribunal *aquo* declaró probada la falta de legitimación por pasiva y negó las súplicas de la demanda.

Para fundamentar su decisión, el fallador de instancia señaló que dado que la E.S.E Rafael Uribe Uribe fue la entidad que brindó la atención médica a la señora Blanca Emma Sáenz y no el Instituto de Seguros Sociales, se encontraba acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que a partir del Decreto Ley 1750 de 2003, norma que escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon diferentes Empresas Sociales del Estado, entre las que se encuentra la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, estas fueron encargadas de la prestación de servicios de salud.

En virtud de que los hechos que originaron la controversia acaecieron con posterioridad a la citada norma, no era el Instituto de Seguros Sociales el llamado a responder por la supuesta falla médica sino la E.S.E Rafael Uribe Uribe.

1.6. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión del *aquo*, la parte actora interpuso recurso de apelación el cual fue admitido en providencia del 10 de diciembre de 2010.

Señaló que si bien es cierto los hechos que llevaron a la presentación de la demanda se dieron con posterioridad a la escisión del Instituto de Seguros Sociales, no podía excluirse de responsabilidad a esta entidad puesto que ella fue escindida mas no suprimida.

Así, indicó que las ESE creadas en el Decreto Ley 1750 de 2003 *“corresponden al Instituto de Seguros Sociales como entidad prestadora del servicio de salud, adscrita al Sistema General de Seguridad Social en Salud del Estado Colombiano al cual la víctima se encontraba afiliada (...)”*

Con base en lo expuesto, consideró que debería haber un pronunciamiento de fondo sobre la responsabilidad del ISS en la muerte de la señora Sáenz, la cual se

encuentra acreditada dentro del proceso conforme a lo descrito en la historia clínica y los testimonios practicados. Así, indicó que a pesar de que la paciente llevaba 20 días con dolor abdominal y que ingresó el 22 de julio de 2004, solo fue intervenida el día 28 del mismo mes cuando ya su estado de salud presentaba manifiesto deterioro.

Reiteró que *“el procedimiento quirúrgico brindado por el Instituto de Seguros Sociales a la señora Blanca Emma Saenz fueron (sic) tardíos, negligentes y en consecuencia mortales”*.

1.7. Alegatos de conclusión segunda instancia

La parte demandada presentó alegatos de conclusión y solicitó fuera confirmada la sentencia apelada.

Después de reiterar las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda, indicó que la providencia proferida por el *aquo* acertó en señalar que el ISS, conforme al Decreto Ley 1750 de 2003, no tenía a cargo la prestación de servicios de salud. En consecuencia, el responsable de la presunta falla médica era la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, persona jurídica distinta al I.S.S.

II. CONSIDERACIONES

Se hará un análisis de los presupuestos procesales (i), para luego resaltar el problema jurídico (ii). Posteriormente, se identificarán los hechos probados (iii). Finalmente, se determinará si en el caso concreto le asiste razón al recurrente en cuanto a los motivos de inconformidad plasmados en su recurso de apelación (iv).

I. Presupuestos procesales

1. Jurisdicción y competencia

Teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual debía darse aplicación a la reforma del artículo 82 del CCA que introdujo la Ley 1107 de 2006, en casos iniciados previamente a su entrada en vigencia (dado el carácter inmediato en el tiempo que tiene la aplicación de las normas que modifican ritualidades y procedimientos judiciales previstos por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887)¹, se tiene que la muerte de la señora Blanca Sáenz fue ocasionada según el actor por hechos imputables a una entidad pública: el Instituto de Seguros Sociales.

Así, dado que la exigencia de esta norma, a diferencia de la modificada, hace referencia únicamente a la calidad de las partes en el extremo de la controversia contractual para determinar si la jurisdicción conoce del litigio, se tiene que la jurisdicción administrativa es la competente.

2. Competencia:

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18/07/2007, Exp. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Frente a la competencia del Consejo de Estado, conforme a lo establecido en el artículo 129² del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003³-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en los procesos sobre asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado.

Finalmente, cuando se presentó la demanda -01 de agosto de 2006- para que un proceso como el que nos ocupa fuera de doble instancia la cuantía debía exceder, según lo dispuesto en la Ley 954 de 2004, de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y en el caso bajo estudio el valor de la pretensión por daños morales asciende a \$252.786.258 (folio 3 cuaderno primera instancia), suma que supera el valor de 817'632.000 y sobrepasa los referidos 500 SMLM.

3. Caducidad:

La demanda se presentó el día 01 de agosto de 2006 y la muerte de la señora Sáenz, hecho que se imputa al ISS, tuvo lugar el día 31 de julio de 2004. Así, podría pensarse que la acción caducó puesto que pasaron más de dos años entre el hecho generador del daño y la interposición de la demanda. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actor señaló que radicó la demanda el 01 de agosto de 2006 dado que este fue el primer día hábil siguiente al momento en que el cierre del Tribunal Administrativo de Antioquia finalizó.

Si bien el *aquo* no declaró la caducidad de la acción- la Sala verifica que, en virtud del artículo 3 del acuerdo 3409 de 2006 dictado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal Administrativo de Antioquia estuvo efectivamente cerrado del 17 de julio al 31 de julio de 2006.

En este orden, la demanda se presentó dentro de la oportunidad legal

4. Legitimación en la causa

Está acreditado que fue la Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe, a través de su unidad hospitalaria León XIII, la encargada de prestar el servicio médico que según el actor provocó la muerte de la señora Blanca Sáenz y no el Instituto de Seguros Sociales.

En efecto, de conformidad con la historia clínica aportada al proceso (folios 76 a 151 cuaderno primera instancia), la señora Blanca Sáenz fue atendida, hospitalizada e intervenida quirúrgicamente por personal de la Clínica León XIII perteneciente a la Empresa Social del Estado "Rafael Uribe Uribe".

Así las cosas, el *aquo* consideró que no era viable jurídicamente demandar al Instituto de Seguros Sociales, puesto que la E.S.E. Rafael Uribe Uribe es una

² "Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales 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, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...)"

³ "Artículo 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...) "Sección Tercera (...) "Las controversias de naturaleza contractual."

entidad con personería jurídica propia y, en consecuencia, diferente del I.S.S. Así expresó que “*a quién se debía demandar en el presente proceso era a la E.S.E Rafael Uribe Uribe, quien fue la entidad prestadora del servicio de salud y, por tanto, la legitimada por pasiva para responder por el daño ocasionado a los demandantes en caso de probarse la falla en el servicio médico*”.

En este orden, precisó que el Instituto de los Seguros Sociales para la fecha de la ocurrencia de los hechos que suscitaron la presente controversia no podía legalmente prestar servicios de salud pues estos eran competencia de las Empresas Sociales del Estado.

La Sala comparte la afirmación del *aquo* cuando señala que para el momento de la ocurrencia de los hechos el ISS no prestaba servicios de salud.

En efecto, a partir de la expedición del Decreto Ley 1750 de 2003, norma con fuerza de ley en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en el artículo 16 de la Ley 790 de 2002, el Instituto de los Seguros Sociales fue transformado y, como consecuencia de ello, se escindieron de él la vicepresidencia de servicios de salud, todas las clínicas y todos los centros de atención ambulatoria (art. 1) y se crearon diferentes empresas sociales del Estado, entidades descentralizadas especiales por servicios del nivel nacional adscritas al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (art. 2) encargadas de prestar los servicios de salud que otrora eran competencia del I.S.S (art. 3). Dentro de estas nuevas empresas se encuentra la E.S.E. Rafael Uribe Uribe.

Las normas citadas preciben:

Ley 790 de 2002. Artículo 16. Facultades extraordinarias. De conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para:

a) Suprimir y fusionar Departamentos Administrativos, determinar su denominación, número y orden de precedencia.

El acto mediante el cual se disponga la fusión, determinará los objetivos, la estructura orgánica y el orden de precedencia del Departamento Administrativo resultante de la fusión.

El acto mediante el cual se disponga la supresión, determinará el orden de precedencia de los restantes Departamentos Administrativos;

b) Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los Ministerios;

c) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional;

d) Escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizados por la ley;

e) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas;

f) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplían las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;

g) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas (...) (negrilla fuera de texto).

Decreto Ley 1750 de 2003. Artículo 1°.Escisión. Escíndase del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria.

Artículo 2°. Creación de empresas sociales del Estado. Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son:

1. Empresa Social del Estado Rafael Uribe Uribe.

2. Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla.

3. Empresa Social del Estado Antonio Nariño.

4. Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

5. Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta.

6. Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, y

7. Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino. (negrilla fuera de texto)

De conformidad con la normativa citada, las nuevas empresas creadas, cuyo objeto es prestar los servicios de salud, son, contrariamente a lo expuesto por el actor, distintas al I.S.S y no están adscritas a aquél.

Sin embargo, esa razón, conforme a la normativa que inspira el régimen de seguridad social en salud, no es suficiente para afirmar que el ISS no está legitimado en la causa por pasiva pues, conforme a las pruebas aportadas, la señora Blanca Saenz fue atendida en su condición de beneficiaria en salud de un afiliado al I.S.S.

Esa sola condición, a la luz de la legislación sobre la que se edifica el sistema de seguridad social en Colombia, permite establecer que el I.S.S. está legitimado en la causa por pasiva pues es función de las EPS, en este caso la E.P.S del Seguro

Social, garantizar la calidad de la prestación de los servicios de salud prestados a sus asegurados⁴.

Así, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 establece que la función básica de las entidades promotoras de salud es “organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)”. A su turno, el artículo 178 de la misma norma señala que es deber de las EPS “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud”.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que las EPS ven comprometida su responsabilidad cuando hay fallas en el servicio de salud prestado a sus afiliados. Así, esa esa corporación ha destacado:

Pertinente advertir, en las voces del artículo 177 de la Ley 100 de 1993 (D.O. 41148, 23 de diciembre de 1993), por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”, y la de “establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” (artículo 177, num. 6º, ibídem, subraya la Sala), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, ejusdem).⁵

En este orden, la Sala considera que no le asiste razón al *aquo* al declarar la indebida legitimación en la causa por pasiva y procederá a resolver el fondo de la controversia.

II. Problema jurídico

¿Es atribuible al ISS, en razón de una falla del servicio médico prestado o de cualquier otro título de imputación de responsabilidad, la muerte de la señora Blanca Emma Sáenz?

III. Hechos probados

1. La Señora Blanca Emma Sánchez estuvo afiliada, en calidad de beneficiario en salud, al Instituto de Seguros Sociales desde el día 30 de agosto de 2000 hasta el

⁴ Esta Corporación ha sostenido que el Instituto de Seguros Sociales es responsable de la prestación de los servicios prestados por las clínicas que aquel contrata, pues estas fungen como sus agentes. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”–, sentencia del 13 de noviembre de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación n.º 05001-23-31-000-1999-03218-01 (31182),

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de noviembre de 2011, exp: 11001-3103-018-1999-00533-01 M.P. William Namén Vargas

día de su muerte (según certificación del I.S.S obrante a folio 69 cuaderno primera instancia).

2. La señora Blanca Emma Sánchez fue atendida por la E.S.E. Rafael Uribe Uribe por su calidad de beneficiaria (folio 47 cuaderno primera instancia).

3. La señora Blanca Emma Sáenz ingresó a la Unidad hospitalaria León XIII de la E.S.E. Rafael Uribe Uribe el día 22 de julio de 2004, día en que fue hospitalizada para estudio (folio 49 verso cuaderno primera instancia).

4. En el momento en que se hospitaliza, el diagnóstico que se le dio a la señora Sánchez por el cirujano general fue “plastrón apendicular?” (folio 49 verso cuaderno primera instancia).

5. La señora Sáenz mantuvo el mismo diagnóstico que fue rendido tanto por cirugía general como por medicina interna. También presentó absceso apendicular.

6. La señora Sáenz presentó una condición estable hasta el día 28 de julio cuando cirugía general manifestó que existía una probable sepsis abdominal y ordenó su intervención quirúrgica.

6. El mismo día 28 de julio la señora Blanca Sáenz fue intervenida quirúrgica. El diagnóstico quirúrgico fue apendicitis perforada y peritonitis focalizada.

7. El día 31 de julio, después de permanecer en cuidados intensivos, fallece la señora Sáenz.

Análisis de la Sala:

Revisada la historia clínica aportada al proceso, para la Sala es evidente que el daño aparece acreditado pues la señora Blanca Sánchez falleció en la Clínica León XIII.

Sin embargo, entrará la Sala a explicar que no se encuentra probado que el daño sea imputable al Instituto de Seguros Sociales, en su calidad de asegurador de la prestación de los servicios de salud a la señora Sáenz.

Con base en la historia clínica, el tratamiento dispensado a la señora Sánchez fue el siguiente:

Día 22 de julio de 2004:

Se consigna que la señora Sáenz viene presentando un dolor abdominal durante 20 días.

Una vez valorada por cirugía general, específicamente por el Dr. Esteban Valencia, se ordena su hospitalización por Cirugía general, una “ecografía abdominal total urgente”, una evaluación por medicina interna y avisar cambios (folio 48 cuaderno primera instancia).

Día 23 de julio de 2004

Se consigna, por el cirujano general Herman René Cruz, que el estado de salud de la paciente continúa igual (folio 48 cuaderno primera instancia).

Día 24 de julio de 2004

La Cirujana general, dra, Luz Elena Flórez, la valora recomendándole diversos medicamentos (folio 48 cuaderno primera instancia).

Día 25 de julio de 2004

El cirujano general, dr. Nicolás Duque, la valora ordenando “continuar líquida clara, deambular y seguir igual” (folio 48 verso cuaderno primera instancia).

Día 26 de julio de 2004

El cirujano general, dr. Sergio Navarro, la valora ordenando “*dieta blanda, HLG de control y restos igual*” (folio 48 verso cuaderno primera instancia).

El médico internista, Antonio Restrepo, la valora ordenando aplicarle esquema de insulina (folio 48 verso cuaderno primera instancia).

El residente de cirugía general, Esteban Valencia, ordena seguir tratamiento igual al que se venía dispensando.

El Cirujano general, Dr. Roberto Escobar, ordena seguir tratamiento igual al que se venía dispensando.

Día 27 de julio

8:00 am .El residente de cirugía general, Dr. Jaime Ramírez, da iguales órdenes a las consignadas el día anterior (folio 52 cuaderno primera instancia).

Sin hora. El médico internista, Antonio Restrepo, le ordena un TAC simple y contrastado de Abdomen (folio 52 cuaderno primera instancia).

4:00 am. Se consigna con firma ilegible que la paciente “*dice haber mejorado de el (sic) desaliento, no presenta nausea ni vómito ni dolor abdominal (...)*” (folio 53 cuaderno primera instancia).

8:00 am. Cirugía General, sin aparecer de manera legible el nombre del cirujano, señala como diagnóstico Plastrón apendicular e indica “sin fiebre” y abdomen blando sin signos de irritación peritoneal (folio 53 cuaderno primera instancia).

12:10 pm. Medicina interna, sin que el nombre del médico sea legible, diagnostica plastrón apendicular, consigna “*paciente muy decaída, dice sentirse muy mal, sudorosa*”, que encuentra el abdomen distendido blando no doloroso y solicita TAC de abdomen (folio 53 verso cuaderno primera instancia).

2:10 pm. Aparece consignado “*se informa al médico de turno que la presión continúa muy bajita*”.

3:10 pm. Aparece consignado lo que aparentemente es el suministro del medicamento dopamina.

6:00 pm “Paciente en el momento tranquila, continúa sudorosa, hipotensa
Vena canalizada pasando goteo de dopamina”

Día 28 de julio:

1:00 y 2:30 am. Se le suministran medicamentos

6:00 am se consigna “*pcte que pasa regular noche, (ilegible pero parece decir inestable), sudorosa, asfixiada (...)*” (folio 86 cuaderno primera instancia).

7:00am. Se le suministran medicamentos (folio 86 cuaderno primera instancia).

9:15 am Cirugía general, específicamente el Dr. Ochoa, señala: “*Plan. Paciente en las condiciones generales con deterioro marcado del estado general caviado muy probablemente por sepsis de origen abdominal. Por lo cual se solicita e4valuación por cuidados intensivos urgente para estabilización y optimización del estado general y así proceder a llevar a cirugía, Se solicitan paraclínicos. Dx: absceso Apendicular*”.

9:30 am. Se consigna por parte del Dr. Ochoa “*evaluación urgente por cuidados intensivos*” y se ordena “*sangrar para: gases arteriales (...)* pruebas hepáticas(...) “*igual manejo*”.

9:30 Se consigna por parte del residente de cirugía general, Dr. Richard... suspender algunos medicamentos, suministrar otros y ordena un control estricto de ingresos – egresos “*en hoja aparte*”.

11:40. Medicina interna consigna: “*DX: Absceso apendicular (...)* “*opinión: paciente que consideramos que debe ser llevada a cirugía cuanto antes para resolver su foco infeccioso y poder entablar tratamiento*” (folio 85 verso cuaderno primera instancia).

1.55 pm y 3:00 pm. Se consigna el consentimiento informado a los familiares de la señora Sánchez (folios 87 y 88 cuaderno primera instancia).

4:30 pm se consigna la nota operatoria, así: “*Dx pre: plastrón apendicular, dx post: apendicitis perforada con peritonitis localizada, cirujano William Lopera, ayudante Esteban Valencia, Anestesiólogo: Gabriel Palacio (...)*” (folio 88 cuaderno primera instancia)

Sin hora: se encuentra la descripción operatoria (folio 99 cuaderno primera instancia)

Día 29 de julio

7:30 am. Se consigna reporte de la UCI donde se señala “*pte en muy malas condiciones generales, pronóstico reservado (...)*” y se consignan resultados de diferentes exámenes practicados (folios 88 verso y 89 cuaderno primera instancia).

8:20: hay evaluación por cirugía general donde se dice “*continúa séptica, s ele explica el pronóstico a la familia*”

Analizando la historia clínica conforme a la descripción que antecede, la Sala observa que la parte actora señaló hechos que no aparecen en ningún momento acreditados. Al contrario, con la lectura de la historia clínica se puede contrastar

que los hechos expuestos en la demanda no corresponden con lo que realmente ocurrió.

En efecto, el demandante indicó que en urgencias le informaron a Blanca Sáenz “*que tenía apendicitis y que debía ser hospitalizada para la práctica de una cirugía*” (i) y que “*por la demora para autorizar la cirugía, Blanca Emma Sáenz tubo (sic) que soportar que la apendicitis se le convirtiera en una peritonitis (...)*”, afirmaciones que no encuentran respaldo en las pruebas aportadas.

Así, en la historia clínica no se señala, al momento de su hospitalización, que la señora Sáenz tuviera que ser sometida a cirugía. Como puede observarse, ella fue ingresada con el fin de estudiar las causas de su dolor pues se le ordenó una “*ecografía abdominal total urgente*” y evaluación por medicina interna.

Tampoco se evidencia que haya existido demora al autorizar la cirugía pues el día 28 de julio a las 9.30 de la mañana se indicó por cirugía general que la señora Sáenz debería ser sometida a cirugía y a las 4.30 pm, es decir, 7 horas después de la intervención quirúrgica, esta ya se había realizado conforme a la nota operatoria.

Es cierto que frente a situaciones fácticas similares a las que se observan en el *sublite*, esta Corporación ha sostenido que en este tipo de procesos corresponde a la parte actora “*acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos*”. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado que:

En relación con la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobra particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad administrativa⁶.

Sin embargo, esta Corporación ha sostenido también que como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación⁷:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2014. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 32600

⁷ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23219, C.P. Hernán Andrade Rincón.

que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala debe circunscribirse a la realidad probatoria para determinar si la demandada debe responder por los daños que se le endilgan.

A partir de lo que se acreditó en el proceso, la Sala estima que el demandante afirmó hechos que no están probados -pues la historia clínica da cuenta de una realidad contraria a la señalada por el actor- y que no aparece identificada la conducta a reprochar a la entidad demandada.

Esto se refuerza con el dictamen pericial, que en ningún momento fue cuestionado por la parte actora, en el que el perito concluye que el procedimiento médico brindado a la señora Blanca Sáenz se ajustó a los protocolos médicos.

Así, el auxiliar de la justicia, Dr. Hermes de Jesús Grajales, identificado con el registro 01360-90 MPS, consignó la siguiente conclusión en su dictamen, el cual está soportado en diversa literatura científica: *“De acuerdo con el estudio que se realiza del caso, encuentro que a la señora Blanca Emma Sáenz Sánchez, se le proporcionó la atención médica y de medios necesarios y suficientes en cuanto a la patología clínica que padecía, en donde los médicos tratantes optaron por un manejo conservador siguiendo protocolos médicos establecidos”* (folio 180 cuaderno primera instancia).

Esta conclusión guarda armonía con el testimonio del doctor William Darío Lopera, médico que operó a la señora Sáenz, quien concluyó que el tratamiento dispensado a la señora Sáenz fue el adecuado. Así, al ser interrogado sobre si el tratamiento médico suministrado a la señora Sáenz fue el idóneo, manifestó:

Basados en el diagnóstico de ingreso del cirujano el cual fue plastrón apendicular, el manejo universalmente aceptado es la hospitalización con reposo, analgésicos y en algunos casos usos de antibióticos, se espera que todo el proceso inflamatorio pase y unas 8 semanas posteriores se realiza la cirugía programada. Solo en los casos en que

la evolución no es la esperada, como es el que nos ocupa a pesar de haberse hecho el tratamiento adecuado, la paciente por sus enfermedades de base, no respondió como se esperaba y en dicho momento se tomó la decisión de operarla” (folio 155 cuaderno principal).

Conforme a lo señalado por el perito y el testigo, y teniendo en cuenta que no existen elementos probatorios que permitan llegar a una conclusión diferente, este Despacho observa que a la señora Sáenz se le brindó un tratamiento adecuado a su enfermedad que debía ser conservador conforme a los síntomas presentados por la paciente aunados a su condición de persona que sufría de diabetes y que solo fue modificado cuando la intervención era inaplazable.

No debe dejarse de lado que su condición de persona con diabetes hacía que el riesgo de una infección fuera mayor. Así también lo indicó en su testimonio el Dr. Yebrail Diaz García, médico anesthesiologo: quien atendió a la señora Sáenz en su último día de vida: “ *la señora era una señora de edad, específicamente de la tercera edad, quien además tenía una diabetes melitus, que los hacen susceptibles a que las infecciones se comporten de una forma más agresiva*” (folio 159 cuaderno principal).

La Sala observa que los riesgos de la cirugía fueron informados a su familia y que su condición particular hacía que el riesgo infeccioso fuese mayor lo que provocó que los resultados de la intervención quirúrgica no fueran los esperados provocando el desafortunado fallecimiento de la señora Sáenz.

Así las cosas, no habiéndose acreditado una falla en el servicio en el servicio médico proporcionado a la señora Blanca Sáenz Sánchez o responsabilidad de la demandada a cualquier otro título conforme a lo que resultó probado, la Sala denegará las súplicas de la demanda

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada por las razones expresadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado