

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: **05001-23-31-000-2005-06816 (44169)**

Demandante: **LUZ MARINA IZQUIERDO RUIZ Y OTROS**

Demandado: **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES "ISS"**

Referencia: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Temas: FALLA MÉDICA / FALLA PROBADA DEL SERVICIO MÉDICO – omisión de atención oportuna. La parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le correspondía.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se demanda al ISS por la muerte de la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, ocurrida en Medellín, el 18 de octubre de 2004, como consecuencia de la falta de atención, una vez llegó a la Clínica León, luego de haber salido de la Unidad de San Javier. No se determinó la causa de la muerte de la paciente.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito del 13 de julio de 2005 (F. 1 a 8 c. 1), la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores Diana Marcela Negrete Izquierdo y Cristian Camilo Izquierdo Ruiz, y la señora Ingrid Patricia Ibáñez Izquierdo, por intermedio de apoderado judicial (F. 9 c. 1), presentaron demanda de reparación directa contra el Instituto de los Seguros Sociales "ISS"¹ para que se le declarara patrimonialmente responsable

¹ Mediante Decreto 2013 de 2012, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación del ISS.

de los perjuicios ocasionados con la muerte de la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, ocurrida el 18 de octubre de 2004.

Como consecuencia formularon las siguientes pretensiones:

Primera: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la E.P.S. Seguro Social, Seccional Antioquia, como ente encargado de velar por el cubrimiento de la salud de los ciudadanos a su cargo, por los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo, ocurrida el día 18 de octubre de 2004 en la ciudad de Medellín, como consecuencia de la omisión, deficiencia, negligencia y falta de cuidado de la E.P.S. Seguro Social, en ordenar a quien correspondiera la hospitalización y tratamiento integral que requería la menor.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada a pagar a favor de los actores los perjuicios, tanto morales como materiales.

Tercera: En cuanto a los perjuicios morales solicito se condene a la E.P.S. Seguro Social a pagar a los demandantes los siguientes valores:

A la madre de la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, señora Luz Marina Izquierdo, el equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de presentación de la demanda, pero que al momento del fallo, debe ser el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Para Ingrid Patricia Ibáñez Izquierdo, hermana de la menor fallecida, el equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de presentación de la demanda, pero que al momento del fallo, debe ser el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Para Diana Marcela Negrete Izquierdo, hermana de la menor fallecida, el equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de presentación de la demanda, pero que al momento del fallo, debe ser el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Para Cristian Camilo Izquierdo Ruiz, hermano de la menor fallecida, el equivalente a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de presentación de la demanda, pero que al momento del fallo, debe ser el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Cuarto: Que se condene a la E.P.S. Seguro Social a pagar como perjuicio material, el cual se divide en daño emergente y lucro cesante, a la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz, por la muerte de su hija menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, las siguientes sumas:

El 31 de marzo de 2015, el ministro de salud y el agente liquidador del ISS suscribieron el acta final del proceso liquidatorio del ISS. Como consecuencia, se declaró el cierre de la liquidación y la terminación de la existencia jurídica del instituto. Para la atención de las obligaciones pendientes, el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación suscribió el contrato de fiducia mercantil n.º 015 de marzo de 2015 con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A.-Fiduagraria S.A., con fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006. Una de las finalidades del Patrimonio Autónomo de Remanentes es la atención de las obligaciones y remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio.

Por concepto de daño emergente: es decir, el perjuicio sufrido en la estructura del patrimonio de la familia, que está representado en los gastos funerarios cancelados por la madre, señora Luz Marina Izquierdo Ruiz, que ascienden a la suma de novecientos cincuenta y cinco mil pesos (\$955.000).

Por concepto de lucro cesante: por tratarse de una menor de edad y no estar percibiendo ingresos, es decir, un improductivo relativo, pues tiene la posibilidad más o menos próximas o remotas de producir y las personas que de ella dependen conservan una posibilidad y una expectativa de beneficios económicos, nos remitimos a la teoría expuesta por el tratadista Gilberto Martínez Rave, en su obra (...), donde (sic) indica: 'No es fácil, obviamente, establecer el monto, pero es factible calcularlo conociendo la edad en la cual comienza la productividad (entre nosotros 18 años) y atendiendo al salario mínimo que es la suma establecida por la ley como remuneración o retribución mínima que recibe una persona que presta servicios a otra. Por tanto es posible, con fundamento en algunos cálculos y operaciones, fijar una suma aproximada como monto de lucro cesante' (...).

Para el caso concreto la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo contaba al momento del fallecimiento con tres años y cinco meses de edad (3.5); la edad en que empieza la productividad sería a los 18 años; el salario mínimo a la fecha de presentación de la demanda es \$381.500 y la edad promedio de acuerdo con las tablas de supervivencia como vida probable o esperanza de vida en Colombia, determinada mediante Resolución 497 del 20 de mayo de 1997, que modificó la 96 de 1990 de la Superintendencia Bancaria, para Karen Cecilia Galvis, sería de 59 años y 36 días.

En 1 año se le reconocería la suma de \$4'578.000 y como la esperanza de vida de la menor Karen Cecilia es de 59.36, esta suma anual se multiplica por 59 años y 36 días para un total de doscientos setenta millones ciento dos mil pesos (\$270'102.000).

El total de los perjuicios materiales, es decir, el daño emergente más el lucro cesante es de doscientos setenta y un millones cincuenta y siete mil pesos (\$271'057.000).

Dichas cantidades actualizadas según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre la fecha de fallecimiento de la niña y el que exista cuando se produzca el fallo o el auto que liquide los perjuicios materiales, según lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura; a su vez reajustados los valores devengarán intereses comerciales y moratorios en los términos del artículo 177 del C.C.A.

Quinto: (sic) Que la E.P.S. Seguro Social, Seccional Antioquia está obligada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Sexta: Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada (F. 2 y 3 c. 1).

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La señora Luz Marina Izquierdo Ruiz se encontraba afiliada al régimen contributivo de seguridad social, junto con sus hijos Ingrid Patricia Ibáñez Izquierdo, Diana Marcela Negrete Izquierdo, Cristian Camilo Izquierdo Ruiz y Karen Cecilia Galvis Izquierdo.

El 18 de octubre de 2004, la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, de tres años de edad, sufrió un fuerte dolor de cabeza, por lo que fue llevada a la Unidad Hospitalaria San Javier.

En esa unidad, luego de la correspondiente valoración, se ordenó su traslado a la Clínica León XIII de Medellín. En esta última entidad se negaron a recibir a la paciente, porque no tenían los recursos e instrumentos necesarios para atenderla.

Una médica de la Unidad Hospitalaria San Javier se comunicó con la E.P.S. Saludcoop para establecer si en esa institución existían los recursos necesarios para atender la patología de la menor. Una vez constatado que era viable la remisión a ese centro médico, los profesionales de la Unidad de San Javier trasladaron a la niña a urgencias de la clínica de Saludcoop.

La menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo fue atendida de forma inmediata en la clínica de Saludcoop; sin embargo, a los pocos minutos de su ingreso una médica informó a los familiares del deceso de aquella, según explicó, a causa de un infarto.

Como fundamento jurídico de la demanda, la parte actora adujo que la negativa del ISS de prestarle los servicios médicos de forma oportuna a la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo produjo su muerte. Afirmó que el servicio no se prestó de acuerdo con las exigencias de la ciencia médica, y que no se cumplió con el deber de custodia.

2. Trámite de primera instancia

Mediante proveído del 30 de noviembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y ordenó su notificación a la entidad demandada (F. 36 y 37 c.1).

El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda para oponerse a las pretensiones formuladas, para lo cual propuso las excepciones de: i) falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) culpa exclusiva de la madre; iii) hecho determinante y exclusivo de un tercero; iv) diligencia y cuidado del ISS; v) inexistencia de nexo causal entre la muerte de la menor y la atención de la IPS y vi) buena fe de la entidad (F. 40 a 45 c. 1).

El ISS sostuvo que, de conformidad con la historia clínica y los hechos narrados en la demanda, la menor fue atendida en instituciones y centros de salud ajenos a la entidad. Agregó que para la fecha de los hechos, la IPS Clínica León XIII no tenía contrato con el ISS, por lo que la entidad no desconoció los derechos fundamentales de la menor.

Indicó que la Clínica León XIII, con el Decreto n.º 1750 del 17 de junio de 2003, se escindió del ISS, por lo que se trataba de una entidad totalmente independiente.

Puso de presente que, de acuerdo con la historia clínica, la señora Adriana Romero Izquierdo, quien cuidaba a la menor, le suministró un medicamento para mayores de 12 años y que no fue recetado por ningún galeno.

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia del 8 de agosto de 2006 (F. 56 y 57 c. 1), el tribunal de primera instancia, mediante auto del 19 de mayo de 2008, corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (F. 110 c. 1).

La parte actora afirmó que de la lectura del acta del comité *ad hoc* constituido por el ISS para analizar la muerte de la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, surgen los siguientes interrogantes: i) se dice que la menor llegó al ISS a las 19:20 horas, pero Saludcoop la declaró muerta a las 18:30; ii) no existe claridad del porqué si el médico del ISS puso de presente la necesidad de que la paciente fuera trasladada al Hospital San Vicente de Paúl, donde contaban con unidad de cuidados intensivos, aquella finalmente llegó a la clínica de Saludcoop y iii) si se desconocía la verdadera causa de la muerte de la menor, por qué no se procedió a realizar una necropsia para aclarar este punto.

Puntualizó que el ISS tenía que prestar los servicios de salud de forma eficiente y oportuna a sus afiliados, sin someterlos a un paseo de la muerte como ocurrió en el caso concreto.

La entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. Sentencia apelada

El 27 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió la sentencia impugnada, en la que negó las súplicas de la demanda.

El *a quo* consideró que, *prima facie*, estaba probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva del ISS. Indicó que no se probó el contrato de afiliación de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz con la EPS del ISS. Aunado a lo anterior, el servicio fue prestado por la Clínica León XIII, adscrita a la E.S.E. Rafael Uribe Uribe, motivo por el cual se debió demandar directamente a la Institución Prestadora del Servicio "IPS" y/o a la Empresa Social del Estado a la cual estaba adscrita.

A pesar de lo anterior, y por tratarse de una urgencia médica de un menor de edad, el tribunal aplicó el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 para concluir que, en gracia de discusión, era viable analizar la responsabilidad de la entidad demandada.

Luego, señaló que el título de imputación aplicable a los casos de responsabilidad médico-sanitaria era la falla del servicio probada, razón por la cual le correspondía a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, esto es, el daño, el nexo causal y el incumplimiento obligacional atribuido a la entidad demandada.

Una vez valorada la historia clínica de la paciente y el acta del comité *ad hoc* conformado por el ISS, el tribunal concluyó que si bien estaba acreditado el daño, no ocurría lo mismo con la falla del servicio y el nexo causal, toda vez que la parte actora no demostró que la muerte de Karen Cecilia se produjo como consecuencia de la falta de atención una vez llegó a la Clínica León XIII, luego de haber salido de la Unidad de San Javier a las 17:20 horas, es decir, aproximadamente 20 minutos después.

Además, en su criterio, no se demostró que el deceso fuera producto de la falta de atención o de la demora en la remisión a otro centro de salud, puesto que no se determinó la causa de la muerte de la paciente.

4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante auto del 14 de marzo de 2012 (F. 140 c. ppal.) y admitido por esta Corporación en providencia del 16 de octubre de 2012 (F. 152 c. ppal.).

Como fundamentos de la impugnación se expusieron los que se resumen a continuación:

4.1. El tribunal de primera instancia debió aplicar el criterio de probabilidad preponderante, para identificar los hechos que si bien no conducían a una prueba irrefutable, sí aparecían como los más verosímiles.

4.2. Contrario a lo sostenido en la sentencia, el ISS sí estaba legitimado en la causa por pasiva, pues la relación con la entidad se acreditó con la afiliación de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz y la menor Karen Cecilia Galvis a la citada EPS.

Además, si la menor no era beneficiaria de su madre en la afiliación, como lo sostuvo el ISS, cabría preguntarse por qué se constituyó un comité *ad hoc* de esa entidad para analizar el caso concreto.

4.3. De otro lado, erró el tribunal al sostener que no se acreditó el nexo causal y la falla del servicio imputable a la entidad demanda.

La niña fue llevada y atendida en la Unidad Intermedia de San Javier a las 11:28 de la mañana del 18 de octubre de 2004. En ese centro médico fue diagnosticada con edema agudo de pulmón. Después de varios procedimientos y de haber constatado que la paciente no respondía al tratamiento, a la 1:25 de la tarde se llamó a la Clínica Cardiovascular y se envió resumen de la historia clínica. Esta última entidad se negó a recibir a la menor porque se trataba de “una paciente del Seguro Social”.

De modo que se inició la búsqueda de unidad de cuidados intensivos desde las 13:25 horas. La paciente salió de la Unidad de San Javier a las 5:20 de la tarde en mal estado y con paro cardiorespiratorio. A las 6:10 de la noche la niña llegó a Saludcoop y falleció a las 6:30 p.m.

4.4. Los tres elementos de la responsabilidad se encuentran demostrados. El daño quedó probado con la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo. La falla del servicio, por su parte, consistió en la omisión, deficiencia, negligencia y falta de cuidado de la EPS del Seguro Social, concretamente, en la falta de hospitalización y de tratamiento integral que requería Karen Cecilia.

En el proceso tampoco quedó establecido por qué razón si el médico de la Clínica León XIII dijo que la menor fuera remitida al Hospital San Vicente de Paúl, la niña fue enviada finalmente a Saludcoop, lugar en el que falleció.

Como consecuencia, la falla imputable al ISS consistió en la inobservancia de la solicitud de remisión de la paciente de la Unidad San Javier a una entidad hospitalaria que contara con unidad de cuidados intensivos.

La omisión del ISS fue la causa adecuada del daño, comoquiera que el estado de salud de Karen Cecilia era precario, motivo por el cual la remisión oportuna a un centro hospitalario con UCI hubiera garantizado la mejoría de la niña o al menos probabilidades de salvación.

En auto del 22 de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto en esta instancia (F. 154 c. ppal.).

El ISS pidió que se confirmara la sentencia impugnada, en tanto quedó establecido que actuó con diligencia y cuidado. Afirmó que, con base en la historia clínica de la paciente, se demostró esta fue atendida oportunamente en la Clínica León XIII y remitida de forma inmediata ante la ausencia de unidad de cuidados intensivos (F. 155 a 157 c. ppal.).

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó confirmar la providencia apelada, por las razones que se resumen a continuación (F. 159 a 165 c. ppal.):

De modo que se inició la búsqueda de unidad de cuidados intensivos desde las 13:25 horas. La paciente salió de la Unidad de San Javier a las 5:20 de la tarde en mal estado y con paro cardiorespiratorio. A las 6:10 de la noche la niña llegó a Saludcoop y falleció a las 6:30 p.m.

4.4. Los tres elementos de la responsabilidad se encuentran demostrados. El daño quedó probado con la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo. La falla del servicio, por su parte, consistió en la omisión, deficiencia, negligencia y falta de cuidado de la EPS del Seguro Social, concretamente, en la falta de hospitalización y de tratamiento integral que requería Karen Cecilia.

En el proceso tampoco quedó establecido por qué razón si el médico de la Clínica León XIII dijo que la menor fuera remitida al Hospital San Vicente de Paúl, la niña fue enviada finalmente a Saludcoop, lugar en el que falleció.

Como consecuencia, la falla imputable al ISS consistió en la inobservancia de la solicitud de remisión de la paciente de la Unidad San Javier a una entidad hospitalaria que contara con unidad de cuidados intensivos.

La omisión del ISS fue la causa adecuada del daño, comoquiera que el estado de salud de Karen Cecilia era precario, motivo por el cual la remisión oportuna a un centro hospitalario con UCI hubiera garantizado la mejoría de la niña o al menos probabilidades de salvación.

En auto del 22 de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto en esta instancia (F. 154 c. ppal.).

El ISS pidió que se confirmara la sentencia impugnada, en tanto quedó establecido que actuó con diligencia y cuidado. Afirmó que, con base en la historia clínica de la paciente, se demostró esta fue atendida oportunamente en la Clínica León XIII y remitida de forma inmediata ante la ausencia de unidad de cuidados intensivos (F. 155 a 157 c. ppal.).

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó confirmar la providencia apelada, por las razones que se resumen a continuación (F. 159 a 165 c. ppal.):

Además, en su criterio, no se demostró que el deceso fuera producto de la falta de atención o de la demora en la remisión a otro centro de salud, puesto que no se determinó la causa de la muerte de la paciente.

4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante auto del 14 de marzo de 2012 (F. 140 c. ppal.) y admitido por esta Corporación en providencia del 16 de octubre de 2012 (F. 152 c. ppal.).

Como fundamentos de la impugnación se expusieron los que se resumen a continuación:

4.1. El tribunal de primera instancia debió aplicar el criterio de probabilidad preponderante, para identificar los hechos que si bien no conducían a una prueba irrefutable, sí aparecían como los más verosímiles.

4.2. Contrario a lo sostenido en la sentencia, el ISS sí estaba legitimado en la causa por pasiva, pues la relación con la entidad se acreditó con la afiliación de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz y la menor Karen Cecilia Galvis a la citada EPS.

Además, si la menor no era beneficiaria de su madre en la afiliación, como lo sostuvo el ISS, cabría preguntarse por qué se constituyó un comité *ad hoc* de esa entidad para analizar el caso concreto.

4.3. De otro lado, erró el tribunal al sostener que no se acreditó el nexo causal y la falla del servicio imputable a la entidad demanda.

La niña fue llevada y atendida en la Unidad Intermedia de San Javier a las 11:28 de la mañana del 18 de octubre de 2004. En ese centro médico fue diagnosticada con edema agudo de pulmón. Después de varios procedimientos y de haber constatado que la paciente no respondía al tratamiento, a la 1:25 de la tarde se llamó a la Clínica Cardiovascular y se envió resumen de la historia clínica. Esta última entidad se negó a recibir a la menor porque se trataba de “una paciente del Seguro Social”.

La parte actora no se ocupó, en forma idónea, de la carga probatoria que le correspondía, puesto que no estableció que la causa adecuada y eficiente del daño fuera una falla en el servicio de la entidad demandada.

La falta de legitimación material en la causa por pasiva del ISS se encuentra acreditada, puesto que no se aportó el contrato de afiliación de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz con el ISS. La copia de los pagos efectuados por aquella a este no permite dar por establecida la relación contractual con la entidad demandada.

Se advierte una falencia probatoria de la parte demandante, toda vez que no se demostró la relación directa entre los hechos alegados en la demanda y el triste fallecimiento de la niña Karen Cecilia.

La parte actora guardó silencio (F. 166 c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente, dado que el proceso tiene vocación de doble instancia ante esta Corporación, en los términos del artículo 132.6 del C.C.A. –modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998– toda vez que para la fecha de interposición del recurso de apelación –17 de febrero de 2012–² la cuantía se establecía a partir de la sumatoria de las pretensiones –objetivas y subjetivas³, comoquiera que el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010 fue derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 (12 de julio) “CGP”.

Además, el artículo 624 del CGP –que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887– establece que los recursos interpuestos se regirán por la ley vigente al momento de su presentación y la competencia se definirá de acuerdo con las reglas vigentes al momento de formulación de la demanda.

² Ley 446 de 1998. Artículo 164. Vigencia en materia contencioso administrativa. “En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación (...).”

³ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 7 de diciembre de 2010, exp. 37.927, M.P. Enrique Gil Botero.

Como consecuencia, en el caso concreto la cuantía se establece bajo la vigencia de la Ley 1395 de 2010 y la competencia –por el factor objetivo– por la Ley 446 de 1998.

Teniendo en cuenta lo anterior, para que un proceso de reparación directa iniciado en el año 2005 tuviera apelación ante el Consejo de Estado, la cuantía debería ser equivalente o superior a \$190'750.000⁴ y dado que, en el caso concreto, la sumatoria de las pretensiones asciende a un valor de \$422'702.000 la Sala tiene competencia funcional para conocer del mismo.

2. Ejercicio oportuno de la acción

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda. Además, se trata de un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio, inclusive.

Para casos como el analizado, la norma de caducidad aplicable es la contenida en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, según la cual la acción de reparación directa *“caducará al vencimiento del plazo de (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 trabajos públicos o por cualquier otra causa”*.

De modo que la acción de reparación directa radicada el 13 de julio de 2005, fue presentada de forma oportuna, porque el supuesto hecho dañoso se produjo el 18 de octubre de 2004.

3. Legitimación en la causa

Los señores Luz Marina Izquierdo Ruiz e Ingrid Patricia Ibález Izquierdo, y los menores Diana Marcela Negrete Izquierdo y Cristian Camilo Izquierdo Ruiz están legitimados en la causa por activa en tanto adujeron ser damnificados con el daño, en razón del vínculo de parentesco que los unía con la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo.

⁴ Suma que resulta de multiplicar 500 por el salario mínimo mensual vigente de 2002, es decir, \$309.000,00.

El Instituto de los Seguros Sociales se encuentra legitimado en la causa formalmente por pasiva, porque si bien la planilla que obra a folio 16 del cuaderno número 1 no es prueba de que la E.P.S. de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz y de sus hijos fuera el ISS, en tanto la misma solo da cuenta de la autoliquidación mensual para el sistema de pensiones en el año 2004, lo cierto es que la entidad demandada constituyó un comité *ad hoc*, en el que participaron médicos de la Clínica León XIII, para analizar la atención brindada a la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, de allí que sea posible inferir que el servicio brindado a la paciente en ese centro hospitalario fue por cuenta del ISS, en calidad de EPS.

Contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 no permite dar por acreditada la legitimación formal en la causa por pasiva del ISS⁵.

En efecto, de aplicarse la citada disposición habría que concluir que las instituciones legitimadas en la causa por pasiva serían única y exclusivamente la Clínica León XIII y la E.S.E. Rafael Uribe Uribe. La primera por ser el centro médico que valoró y atendió a la paciente una vez fue remitida del centro de salud de San Javier⁶ y la segunda por ser la entidad a la cual se hallaba adscrita el hospital.

En ese orden de ideas, se insiste, la legitimación en la causa del ISS está dada a partir del acta del comité *ad hoc* constituido por esa entidad para analizar y valorar la atención recibida por la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo en la Clínica León XIII de Medellín. En ese orden de ideas, el ISS es la entidad pública llamada a defender y controvertir el interés jurídico objeto del proceso de reparación directa.

⁵ "La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.

Parágrafo. Los procedimientos de cobro y pago, así como las tarifas de estos servicios serán definidos por el gobierno nacional, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

⁶ La Unidad Intermedia de San Javier es un centro médico perteneciente a Metrosalud E.S.E., de la ciudad de Medellín. Metrosalud E.S.E. no fue demandada en este proceso.

<http://www.metrosalud.gov.co/metrosalud> (página web consultada el 16 de octubre de 2019).

4. Análisis de la Sala

Problemas jurídicos: corresponde a la Sala definir si la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo es imputable al ISS o si, por el contrario, como lo sostuvo el *a quo*, no se acreditaron el nexo causal y la falla del servicio como elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por la prestación del servicio médico-asistencial.

Para resolver los problemas jurídicos señalados, se valorarán las copias simples aportadas por las partes, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Sección⁷, en aplicación del principio constitucional de buena fe –toda vez que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada– y porque frente a ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

4.1. El daño

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad.

En efecto, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación.

En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida.

El daño injusto o antijurídico –*damnum iniuria datum*– para que exista tiene que verificarse en dos dimensiones: la primera, que la lesión recaiga sobre una situación jurídica y protegida –*damnum contra ius*– y, la segunda, que esa

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. La Corte Constitucional, en idéntico sentido, reconoció valor probatorio a las copias simples en sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

El Instituto de los Seguros Sociales se encuentra legitimado en la causa formalmente por pasiva, porque si bien la planilla que obra a folio 16 del cuaderno número 1 no es prueba de que la E.P.S. de la señora Luz Marina Izquierdo Ruiz y de sus hijos fuera el ISS, en tanto la misma solo da cuenta de la autoliquidación mensual para el sistema de pensiones en el año 2004, lo cierto es que la entidad demandada constituyó un comité *ad hoc*, en el que participaron médicos de la Clínica León XIII, para analizar la atención brindada a la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo, de allí que sea posible inferir que el servicio brindado a la paciente en ese centro hospitalario fue por cuenta del ISS, en calidad de EPS.

Contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 no permite dar por acreditada la legitimación formal en la causa por pasiva del ISS⁵.

En efecto, de aplicarse la citada disposición habría que concluir que las instituciones legitimadas en la causa por pasiva serían única y exclusivamente la Clínica León XIII y la E.S.E. Rafael Uribe Uribe. La primera por ser el centro médico que valoró y atendió a la paciente una vez fue remitida del centro de salud de San Javier⁶ y la segunda por ser la entidad a la cual se hallaba adscrita el hospital.

En ese orden de ideas, se insiste, la legitimación en la causa del ISS está dada a partir del acta del comité *ad hoc* constituido por esa entidad para analizar y valorar la atención recibida por la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo en la Clínica León XIII de Medellín. En ese orden de ideas, el ISS es la entidad pública llamada a defender y controvertir el interés jurídico objeto del proceso de reparación directa.

⁵ "La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.

Parágrafo. Los procedimientos de cobro y pago, así como las tarifas de estos servicios serán definidos por el gobierno nacional, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

⁶ La Unidad Intermedia de San Javier es un centro médico perteneciente a Metrosalud E.S.E., de la ciudad de Medellín. Metrosalud E.S.E. no fue demandada en este proceso.

<http://www.metrosalud.gov.co/metrosalud> (página web consultada el 16 de octubre de 2019).

4. Análisis de la Sala

Problemas jurídicos: corresponde a la Sala definir si la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo es imputable al ISS o si, por el contrario, como lo sostuvo el *a quo*, no se acreditaron el nexo causal y la falla del servicio como elementos necesarios para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por la prestación del servicio médico-asistencial.

Para resolver los problemas jurídicos señalados, se valorarán las copias simples aportadas por las partes, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de esta Sección⁷, en aplicación del principio constitucional de buena fe –toda vez que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada– y porque frente a ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

4.1. El daño

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad.

En efecto, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación.

En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida.

El daño injusto o antijurídico –*damnum iniuria datum*– para que exista tiene que verificarse en dos dimensiones: la primera, que la lesión recaiga sobre una situación jurídica y protegida –*damnum contra ius*– y, la segunda, que esa

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. La Corte Constitucional, en idéntico sentido, reconoció valor probatorio a las copias simples en sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

afectación no se concrete en virtud de un derecho o potestad otorgada por el ordenamiento –*damnum non iure*–⁸.

En el *sub lite*, el daño, esto es, la muerte de la menor Karen Cecilia Galvis Izquierdo se encuentra demostrado con el registro civil de defunción que obra a folio 15 del cuaderno 1. Para la expedición del registro civil se allegó certificado expedido por la médica Eliana María Mejía Quintero. En el registro civil de defunción se inscribió como fecha y hora del deceso el 18 de octubre a las 18:30 horas.

Las señoras Luz Marina Izquierdo Ruiz e Ingrid Patricia Ibáñez Izquierdo sufren un daño en su condición de madre y hermana de la occisa, respectivamente, de conformidad con la copia auténtica de los registros civiles de nacimiento allegados al proceso (F. 10 y 11 c. 1).

De igual forma, los menores Diana Marcela Negrete Izquierdo y Cristian Camilo Izquierdo Ruiz acreditaron el daño irrogado con la muerte de su hermana, relación de parentesco que se demostró con la copia auténtica de sus registros civiles de nacimiento (F. 12 y 13 c. 1).

4.2. La imputación

Está probado que, el 18 de octubre de 2004, a las 11:30 a.m., la menor Karen Cecilia llegó al servicio de urgencias de la Unidad Intermedia San Javier, perteneciente a Metrosalud E.S.E. En este centro asistencial se valoró a la niña y se consignó lo siguiente en la historia clínica: *"Llega niña al servicio de urgencias en paro respiratorio, no cardíaco. Traída por familiar (no la madre), con abundantes secreciones (...) se aspiran las secreciones"* (F. 23 c. 1).

Se determinó adicionalmente, que al momento del ingreso la paciente iba acompañada de una familiar –que no era su mamá–. La familiar acompañante identificó a la niña como Andrea Valeria Molina Racero, de 18 meses de edad (F. 27 c. 1).

Luego, la paciente fue valorada a las 11:45 y a las 11:50 a.m., según da cuenta la hoja de evolución de la historia clínica. En esas revisiones, la niña continuaba presentando apneas y oximetrías que oscilaban entre 62% y 73% (F. 23 a 27 c. 1).

⁸ Cf. GALGANO, Francesco *"I fatti illeciti"*, Ed. Cedam, octava reimpresión, Milán, 2016, pág. 27.

Según la hoja de evolución, a las 4:40 de la tarde se encontró a la paciente en malas condiciones generales (F. 23 c. 1).

Posteriormente, el mismo 18 de octubre de 2004, a las 19:20 horas, el personal de Metrosalud consignó en la hoja de evolución de la paciente lo siguiente:

Llego de viajar con la paciente luego de permanecer desde las 11:30 am de 18-X-04. Paciente que aparentemente fue aceptada en el hospital del Seguro Social, Clínica León XIII, en pediatría para UCI, durante el trayecto entre la UPSS de San Javier y el Seguro Social se lleva a la paciente monitoreada, con equipo de cardio-desfibrilación, se aspira durante el viaje las secreciones, con vena permeable. En el seguro no la reciben por "falta de UCI", luego el médico Guillermo Benitez del Seguro Social nos dice que la llevemos al HSVP [Hospital San Vicente de Paúl] pues tienen mejores recursos. La paciente continúa con FC de 198-210. Luego de esperar aproximadamente de 10 a 15 minutos en la entrada del seguro, asistiendo a la paciente con ventilación pulmonar manual, se decide salir a la Clínica Saludcoop, donde llega sin pulso, luego de maniobras de reanimación, la pediatra la declara muerta a las 18:30 (F. 26 c. 1).

De igual forma, está acreditado que el Instituto de Seguros Sociales-Seccional Antioquia conformó un comité *ad hoc*, para que analizara y valorara el proceso de atención de la paciente Karen Cecilia Galvis Izquierdo (F. 47 a 54 y 75 a 80 c. 1).

El referido comité, integrado por una pluralidad de médicos, consiguió los siguientes aspectos en el acta n.º 10 del 27 de marzo de 2008:

(...) Octubre 18 de 2004, a las 11:28 horas. Paciente se ingresó inicialmente a la Unidad Intermedia San Javier como Valeria Andrea Molina Racero (...) llega cargada, somnolienta y cuando está en sala de espera se observó apnea y con espuma en la boca y nariz, se pasa inmediatamente. Impresión diagnóstica: edema agudo de pulmón.

11:30 horas. Unidad Intermedia de San Javier. Ayer asintomática. No relatan tos, ni apnea, ni fiebre. Hoy se levantó con dolor de muela, luego dolor de cabeza y posteriormente dolor en el brazo. Le dieron media tableta de ibuprofeno diluida. Presentó desmayo sin temblor y la traen somnolienta. Se aspiran secreciones abundantes por laringe. Pulso taquicárdico de 140/minuto, presión arterial 90/50, al ingreso a las 11:30 horas, saturación de oxígeno 55% y 62% a los cinco minutos. Se le coloca cánula de Guedel y oxígeno por ventury.

A las 11:50. Presenta apneas. Saturación 74%.

A las 12:00. Oximetría 66%, pulso 138/minuto.

A las 12:10 horas. Se aplica atropina, media ampolla diluida venosa.

A las 12:30 horas. Diazepam un miligramo intravenoso diluido. Se pasa sonda vesical y se intuba con tubo número 5.

A las 13:00 horas. Se coloca Furosemida 20 mgs (2mg/k/dosis).

A las 13:20 horas. Frecuencia respiratoria 30/minuto, pulso 184/minuto, presión arterial 100/70, oximetría 76/minuto. Impresión diagnóstica: edema agudo de pulmón, miocarditis. Se solicita evaluación por pediatría y manejo por Unidad de Cuidados Intensivos.

A las 13:25 horas. Se llama a la Cardiovascular y se envía fax de resumen de la historia clínica.

A las 13:48 horas. Llega su verdadera madre y dice que su nombre es Karen Cecilia Galvis Izquierdo y que tiene tres años y medio de edad. Que está afiliada al Seguro Social. Se llama a la Cardiovascular y la encargada de admisiones que con esos datos no pueden recibirla.

A las 16:05 horas. Presión arterial 108/72, pulso 210-220/minuto, con apneas transitorias. Se ordena Dobutamina pero no hay en el servicio, pero no se debe dar Dopamina. No se puede digitalizar porque es una miocarditis y no ayuda a nada y se debe manejar en la Unidad de Cuidados Intensivos. Se espera que la familia tramite los documentos en el Seguro Social.

A las 17:20 horas. Paciente en malas condiciones, sale en ambulancia en malas condiciones generales, paro respiratorio, la acompañan médico, auxiliar de enfermería y la madre de la paciente. Va intubada. Paciente fue aceptada aparentemente en la Clínica León XIII, en el servicio de pediatría, la paciente va monitoreada, con equipo con cardiodesfibrilador. Al llegar a la Clínica León XIII no la reciben por falta de Unidad de Cuidados Intensivos y luego de esperar 10 o 15 minutos en la entrada de la clínica, recomiendan que la lleven al Hospital San Vicente de Paúl, toda vez que allí tienen mejores recursos. La paciente continúa con frecuencia cardíaca 198-210/minuto, informan que hay unidad de cuidados intensivos en Saludcoop, se deciden por trasladar a la paciente a la Clínica Saludcoop, hace paro durante el traslado, se hace reanimación cardíaca y ventilación en ambulancia, llega sin pulso, se hacen maniobras de reanimación pero la pediatra la declara muerta a las 18:30 horas.

A las 18:10 horas. Saludcoop. Llega paciente en muy malas condiciones, pálida, extubada mientras se traslada, con pupilas mióticas no reactivas, fría, sin pulso. Se suministra oxígeno y es intubada con tubo número cinco, se aplica Adrenalina, recupera frecuencia cardíaca 180/minuto. No presión, pulso femoral filiforme, pupilas mióticas, paralíticas, reanimación sin respuesta y muere a las 18:30.

Análisis de la información:

Se trata de una paciente de tres años y medio de edad, quien consultó a la Unidad Intermedia de Metrosalud de San Javier, en estado de somnolencia y cuando estaba en la sala de espera hizo apnea, con eliminación de espuma rosada por boca y nariz, hizo un paro respiratorio y se hicieron maniobras de reanimación.

La paciente requería manejo en una institución que contara con los servicios de Unidad de Cuidados Intensivos, se solicitó a la Clínica Cardiovascular la atención a la paciente, pero estos se negaron a prestar el servicio, al ser informados de que se trataba de una paciente del Seguro Social.

Antes de remitir a la paciente se debe contar con la autorización del personal de la institución receptora, que son las personas que saben con qué recursos cuentan realmente para el manejo de la paciente, lo cual

varía de acuerdo a la gravedad de la patología.

Transcurrió mucho tiempo entre el momento en que consultó la paciente y la toma de la decisión de remitirla a un nivel de atención en salud de mayor complejidad.

La paciente fue conducida a la Clínica León XIII, no es admitida por no disponer de recursos para la atención, se le recomendó que fuera remitida al Hospital Universitario San Vicente de Paúl o a la Clínica Saludcoop, que contaban con el servicio de Unidad de Cuidados Intensivos.

Antes de ser remitida y aceptada la paciente a la Clínica León XIII, no se le informó al pediatra de turno sobre las condiciones exactas en que se encontraba la paciente y que esta requería de una Unidad de Cuidados Intensivos, servicio que no disponía la Clínica León XIII.

Cuando estaba siendo remitida el médico pediatra fue informado de que la paciente estaba haciendo paro cardiorrespiratorio y ante la no disponibilidad de UCI en la Clínica León XIII, recomienda remitirla a una institución que contara con dicho servicio que requería de urgencia la paciente, debido a su estado crítico.

Concepto: Favorable para el personal de salud que manejó a la paciente y para los pediatras de turno de la Clínica León XIII que recomendaron el traslado de la paciente a una institución con recursos adecuados para manejar a la paciente acorde con la situación de salud que presentaba la paciente, ante la carencia de Unidad de Cuidados Intensivos en dicha institución (F. 75 a 80 c. 1).

A juicio de la Sala, el material probatorio que obra en el expediente no arroja la convicción o la evidencia suficiente para concluir que la muerte de la niña Karen Cecilia Galvis Izquierdo hubiera sido consecuencia de una falla en el servicio médico por parte del ISS, toda vez que esa circunstancia no se encuentra probada.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de la falla probada el servicio. Como consecuencia, le corresponde a la parte demandante demostrar el desconocimiento de la *lex artis* aplicable al caso concreto, en otros términos, la desatención a las obligaciones que emanan del conocimiento científico:

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prolijada por la Sala en sus más recientes fallos– de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo período de tiempo– de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de

casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido– la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes⁹, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad

‘... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio’¹⁰.

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante^{11 12}.

Lo anterior no impide que la Sala reconozca, como lo ha hecho en oportunidades anteriores, la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médico asistenciales, por ello, esta Subsección ha sostenido:

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el

⁹ Cita del original. “Especialmente a partir de la unificación de criterios en torno al tema, la cual tuvo lugar con la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, referida, junto con toda la evolución hasta entonces evidenciada en relación con este tipo de asuntos, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754”.

¹⁰ Cita del original. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

¹¹ Cita del original. “Aunque se matizará el referido aserto con la aseveración de acuerdo con la cual dicha regla general se exceptuaría cuando la carga probatoria atribuida al demandante ‘resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva. Solo en este evento y de manera excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que obligaría a la parte actora a probar siempre el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado–, por resultar la regla en él contenida, en el caso concreto, contraria a la equidad, prevista en el artículo 230 de la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, rad. 14.421.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...)¹³.

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v.gr. prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume.

En el *sub examine*, la Sala encuentra –al igual que lo hizo el *a quo*– que la entidad pública demandada no comprometió su responsabilidad patrimonial porque la parte demandante no demostró –ni siquiera indiciariamente– el nexo causal y la falla del servicio invocados en la demanda. *A contrario sensu*, del escaso acervo probatorio que integra el expediente se desprende que la atención y valoración inicial de la paciente, durante más de cinco horas, no fue suministrada por el ISS, sino por la Metrosalud E.S.E.

Además, quedó establecido que cuando la paciente llegó a la Clínica León XIII ese centro de salud no contaba con unidad de cuidado intensivos, por lo que mal hubieran hecho los funcionarios y médicos en ingresarla a la institución, a sabiendas de que no se contaba con los elementos y recursos necesarios para salvaguardar y proteger la vida de la menor.

Igualmente, el tiempo de 10 o 15 minutos que tuvo que esperar la paciente para definir si se admitía o no su ingreso a la Clínica León XIII no resulta desproporcionado ni injustificado, a la luz del exiguo material probatorio.

De allí que era carga de la parte demandante demostrar que la paciente debió ser ingresada a la Clínica León XIII, como lo afirmó a lo largo del proceso, sin importar que la institución no contara con unidad de cuidados intensivos.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Ahora bien, de la lectura de historia clínica y del acta del comité *ad hoc* lo que se infiere es que no era viable la admisión de la paciente en ese centro médico, pues la niña requería de forma inmediata y urgente una unidad de cuidados intensivos, por lo que se aconsejó su traslado al Hospital San Vicente de Paúl o a la Clínica de Saludcoop, donde finalmente falleció.

De allí que se impone la negativa de las pretensiones, en tanto que la parte demandante no acreditó los supuestos de hecho sobre los que estructuró la demanda, esto es, que existió una omisión por parte del ISS en la prestación del servicio de salud, lo que, en criterio de los demandantes, supuso una negligencia imputable a la citada entidad prestadora del servicio.

Además, tampoco es viable declarar la responsabilidad del ISS (EPS) por la prestación del servicio a cargo de Metrosalud E.S.E. En efecto, fue Metrosalud, a través del centro médico de San Javier, la entidad que prestó la atención médica inicial a la niña, sin que mediara relación contractual -o al menos eso no está probado en el proceso- entre esa entidad y el ISS.

No es posible afirmar que el ISS debe responder solidariamente por la atención brindada por Metrosalud E.S.E., por cuanto, se retira, no quedó probado que esta última entidad fuera una IPS del ISS. Por el contrario, del acta del comité *ad hoc* y de la contestación de la demanda del ISS se concluye todo lo contrario, esto es, que Metrosalud prestó la atención a la niña porque desconocía que esta estuviera afiliada al ISS, hecho del que solo se enteró horas después.

En el caso concreto, se demandó única y exclusivamente al ISS, no a Metrosalud. Además, la imputación se limitó al hecho de que la Clínica León XIII del ISS no contara con unidad de cuidados intensivos.

De modo que con el escaso material probatorio que obra en el expediente no es posible predicar una falla del servicio de la entidad demandada (Instituto de Seguros Sociales). Concluir que está probada una falla o una pérdida de oportunidad de Metrosalud es irrelevante, porque esa entidad no fue demandada y tampoco se probó que estuviera prestando el servicio médico como IPS del Seguro Social.

El artículo 177 del C.P.C., aplicable al *sub lite*, dispone que quien alega un hecho debe demostrar la ocurrencia del mismo para que se produzca el efecto pretendido. En este caso, la Sala advierte una completa inacción en materia

probatoria de la parte demandante, quien debió demostrar con las pruebas idóneas para ello la imputación del daño a la entidad demandada.

Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia apelada, en cuanto denegó las súplicas de la demanda.

5. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del C.C.A.– indica que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe; dado que ninguna procedió de esa forma no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 27 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO. Sin lugar a costas.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Ausente