

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA.**

San Andrés Isla, Junio veintinueve (29) de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente No. 88-001-23-33-000-2016-00257-01

REPARACIÓN DIRECTA

Dte.: IVET CECILIA CONNOLY POMARE

**Ddo.: DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

Corresponde decidir en esta oportunidad el recurso de apelación, interpuesto por la parte actora contra el auto dictado en audiencia inicial que trata el artículo 180 del CPACA, auto de fecha 06 de Junio de 2017, proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en virtud del cual se negó la excepción de falta de Jurisdicción y competencia.

ANTECEDENTES

La señora Evelin Cecilia Connolly Pomare, en ejercicio del medio de control de reparación Directa prevista en el artículo 140 del CPCA, depreco ante el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en contra del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, IPS Universitaria, "Servicio de Salud Universidad de Antioquia" sede San Andrés y a la empresa Promotora de Salud "Unión Temporal del Norte-Región 3", súplica que fue insaturada por considerar los actores que las entidades antes mencionas son las responsables del fallecimiento de la señora Delia Teresa Pomare M'Gowan, derivada de la presunta omisión o la falla en el servicio médico por parte de las mismas.

De otra parte, a través de auto dictado en audiencia inicial el día 06 de junio de 2017, el Juzgado Administrativo de este Circuito resolvió la excepción denominada "falta de Jurisdicción y competencia".

El a quo al apreciar la situación puesta a su consideración sostuvo el contenido de la cláusula constitucional No. 2, para negar el medio exceptivo, ya que, a través del contrato administrativo firmado por la IPS Universitaria y el ente territorial para la prestación del servicio médico en este Departamento no lo desliga de su deber constitucional. Expone que la norma superior y la Ley impone la carga del servicio a estos entes públicos, así mismo, permite delegar esta función a entidades privadas, no significando esto que puedan alejarse y menos desprenderse de la responsabilidad de la prestación de dicho servicio, pues ésta es inherente al Estado, por ello el fallador consideró que a quien se llamó a comparecer como parte en este medio de control es el responsable de la prestación del servicio público esencial de la salud en este territorio y por ende esta es la Jurisdicción competente para conocer del diferendo suscitado por la presunta falla en el servicio.

Cara a ello el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a través de su apoderado judicial manifestó la inconformidad por lo que interpone recurso de alzada contra la decisión tomada por el juzgador de instancia, recurso que fue concedido por estar dentro del marco legal.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada recurre en alzada el auto de 06 de junio de 2017, manifestando que en el caso *sub examine*, si bien las instalaciones del Hospital Departamental Clarence Lynd Newball pertenecen al Departamento, lo cierto es que la prestación del servicio le corresponde a un particular bajo la modalidad de un contrato, que en desarrollo de dicha actividad no intervino la entidad territorial, por lo que no se puede predicar en su contra responsabilidad frente a la omisión y/o falla en el servicio que se pretende endilgar al departamento.

Asociado a lo anterior, manifiesta que si bien el Departamento es propietario de la citada infraestructura hospitalaria ello no puede desembocar en una solidaridad para efectos de pretender establecer una responsabilidad directa por el fallecimiento de la señora Delia Teresa Pomare M´Cgowan, episodio lamentado por la entidad apelante, pero en el cual a su sentir nada tuvo que ver, pues no fue ella la responsable del actuar médico que se cuestiona.

Finalmente el apoderado de la parte accionada asevera que no existe prueba de la responsabilidad que se pretende dejar en cabeza de su prohijada.

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, corresponde a esta judicatura determinar si debe ser revocado o confirmado el auto de fecha 06 de junio de 2017, dictado en audiencia que trata el artículo 180 del CPACA, por el cual el Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó la prosperidad del medio exceptivo denominado falta de jurisdicción y competencia, excepción argumentada por el apoderado del ente territorial en el caso bajo estudio, en el entendido que el Departamento aunque sea propietario del Hospital Clarence Lyne Newball, esto no le da al ente el vínculo de solidaridad para efectos de pretender establecer una responsabilidad directa por el fallecimiento de la señora Delia Teresa Pomare M´Cgowan, ya que este no fue quien intervino den la prestación del servicio de atención médica de forma directa de la señora fallecida, lo que conllevaría a que esta Jurisdicción no fuera la competente para conocer de la presente Litis, por lo cual se entrará a estudiar la necesidad de la permanencia del ente territorial hasta la finalización del presente proceso.

De la necesaria permanencia del Departamento Archipiélago de San Andrés. Providencia y Santa Catalina

Artículo 49 de la Constitución Política expresa a quien corresponde la responsabilidad de la garantía de la debida prestación del servicio de salud, articulo que reza:

ARTICULO 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad

Conforme al concepto señalado por nuestra carta magna en principio el derecho a la salud es un derecho de protección fundamental, privilegiado y constitucionalmente protegido que se encuentra en cabeza del Estado, el cual deberá velar por el cumplimiento de la prevención, protección y recuperación de este derecho a todos los habitantes del territorio nacional y a su vez vigilará su prestación cuando se encuentre en cabeza de una entidad privada.

Aunado a lo anterior, también que por mandato de la ley es permitida la descentralización que consiste en la transferencia, o entrega, de competencias y/o funciones administrativas y recursos, a personas públicas creadas por el poder central del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, de las cuales se derivan dos tipos, la territorial y por servicios, la primera es la transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública que ejerce su jurisdicción sobre una sección del territorio del Estado, se otorgan competencias y funciones que son propias de la entidad a la cual se descentraliza y la segunda (servicios) es transferencia de competencias y/o funciones y recursos a una persona pública de carácter técnico o especializado, situación fáctica en el caso de marras .

Ahora bien, estos entes territoriales, son los encargados de ejercer las funciones públicas propias de su territorio, las cuales son, entre ellas la prestación de los servicios públicos como lo es la salud y a su vez están taxativamente contempladas en nuestra Constitución Política en su artículo 286 así: "las entidades territoriales son los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley." Aunado a lo anterior, la ley 80 de 1993, por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, señala que:

"... 1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles..."

De acuerdo con lo anterior y en la misma línea, con el artículo 287 CN expresa que:

“las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. “Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”. “La autonomía de las entidades territoriales está limitada por la Constitución y las Leyes”.

Acorde con lo anterior vemos que las entidades territoriales son personas jurídicas de derecho público que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud, el límite mínimo de la autonomía territorial, garantizado por la Constitución, constituye su núcleo esencial y está integrado por el conjunto de derechos, atribuciones y facultades reconocidas en la Carta Política a las entidades territoriales y a sus autoridades, para el eficiente cumplimiento de las funciones y la prestación de servicios a su cargo. En nuestro medio, el límite máximo lo señala el artículo 1° de la Constitución al establecer que Colombia es una república unitaria que trata de que solo posee un centro de impulsión política y gubernamental por tanto existe un único Estado (representado en la persona jurídica pública de la nación) el cual está organizado en secciones territoriales (representadas por las entidades territoriales) por lo tanto las entidades territoriales no pueden darse su propia Constitución ni sus propias Leyes.

Luego de este análisis normativo y jurisprudencial es notable que las funciones de prestación de servicios públicos, esta obligatoriamente en cabeza del Estado, en esta medida sus entes territoriales están obligados y facultados para administrar, vigilar y prestar estos servicios públicos con el fin de garantizar los derechos fundamentales e impedir arbitrariedades e inconsistencias en la prestación de estos servicios que el ente otorgue a particulares. En cuanto al servicio de salud, las Instituciones Prestadoras de Salud y Entidades promotoras de salud prestan los servicios públicos de salud dando cumplimiento a la política del servicio público las cuales son realizadas directamente por el Estado por medio de las ESE e indirectamente por las IPS privadas y EPS, dándoles potestades administrativas, financieras y técnicas a particulares para la prestación; pero siempre siendo el administrador, coordinador y vigía de la prestación. Desde el punto de vista prestacional, la salud es un servicio público y un fin del Estado, es por ello que:

“el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un ‘servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado’ (art. 4°, Ley 100 de 1993). En tal sentido el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud¹.”.

Aunado a la anterior “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de

¹ T-760/ 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley².

En esta medida, en nuestra ínsula, la prestación de los servicios de salud se encuentra en cabeza del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, como ya se analizó en párrafos anteriores, es el ente territorial facultado, obligado y titular de la función pública, además es el encargado de que la prestación de los servicios públicos se cumpla cabalmente con los principios y normas integrantes del sistema de salud, y que si a bien lo tiene, puede adoptar las medidas y mecanismos que considere necesarios para el pleno cumplimiento y desempeño de estos, entre ellos realizar contratos o convenios con otras entidades en las cuales delegue la prestación de ellos.

Siendo el Estado entonces, el encargado de coordinar, administrar y garantizar la salud por medio del sistema integral de seguridad social, dando cumplimiento al postulado de Colombia como Estado social de derecho, se han dejado claras las obligaciones estatales, luego entonces, la salud, como servicio público debe ser prestado de manera, pronta cumplida y eficazmente por quien tenga la obligación constitucional de hacerlo, en nuestra Isla es el Departamento Archipiélago.

Todo lo anterior nos señala que el Estado es el encargado de la protección y que se garantice la prestación de los servicios de salud a los habitantes de Colombia, como servicio público y derecho fundamental. Teniendo en cuenta que el Estado puede delegar la prestación de dichos servicios en entidades públicas y privadas para el goce efectivo y el cumplimiento Constitucional del servicio a la salud, no así delegándole la responsabilidad total a éstas, pues la responsabilidad recae en cabeza del Estado y no en sus delegados, aun cuando el Estado, deje de prestar directamente los servicios públicos, sigue siendo el directo responsable, pues al tratarse de actividades colectivas, debe asegurarse una prestación eficiente y una cobertura a todos los ciudadanos.

Ha quedado claro, qué se entiende por servicio público y que es el Estado quien debe prestarlo; por ello el artículo 365 de la Carta Política deja claro que por ser los servicios públicos una finalidad del Estado, recae en él la responsabilidad de su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, otorgándole la posibilidad de entregar la prestación a entidades públicas o particulares, sin delegar la regulación, la vigilancia y el control pues sigue siendo el Estado responsable. Cuando las instituciones encargadas de prestar el servicio de salud son de naturaleza pública, serán órganos pertenecientes a la administración, las que se llaman Empresas Sociales del Estado o cuando son entidades territoriales las que llevan el mando de la prestación del servicio de salud, sus actuaciones serán legalmente vigiladas, aun cuando sean actividades descentralizadas.

Por otro lado, el Estado Colombiano plantea como principios constitucionales la descentralización y autonomía de los entes territoriales y en razón de ello, se

² Radicación número: 5200012331000199708942-01 (17.866), (18) de febrero de dos mil diez (2.010)
Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

convierten en prestadores de servicios públicos, siendo el Estado el que presta los servicios de salud por medio de: hospitales públicos (ESES: empresas sociales del Estado), en 3 niveles de complejidad; los hospitales de primer nivel eran administrados por los municipios y los de segundo y tercer nivel por los departamentos. A estos les llegaba una porción de los recursos del sistema general de participaciones (según lo determinó la Ley 715 de 2001³) para que garantizaran el Plan de Atención Básica.

Así mismo, el H. Consejo de Estado, expresa:

“...
La responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio médico, supone que quien acude en procura de este padece una patología o afección que determina su necesidad de acudir a los centros médicos asistenciales. El enfermo o lesionado, tiene derecho a obtener, en esas condiciones, el tratamiento más idóneo disponible y, cuando así no ocurre, el prestador del servicio incurre en responsabilidad derivada de la falencia en la prestación del servicio a su cargo, cuando esta ha determinado la ocurrencia de un daño antijurídico.⁴...”

De otro lado, la misma Corporación ha sostenido que:

“...5.2. La imputabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)...⁵”

Conforme a lo anterior se concluye que el prestador del servicio de salud es el responsable de las fallas médicas que causen lesiones o daños en la salud de las personas quienes acudan a ejercer su derecho a la salud, en el caso concreto el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es el ente encargado de ésta prestación en la ínsula.

De otra parte, se determina que la competencia de la de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en la nueva visión de la 1437 de 2011, se extiende aquellas particulares que en virtud de un contrato, convenio o concesión establecido o permitido por la ley presten un servicio público, a ellas también la nueva legislación

³ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION B. Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-31-000-1998-00667-01(25574) Actor: MELIDA RUBY MAFLA CRIOLLO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE ARANZAZU, E.S.E. HOSPITAL. DE CALDAS, E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA) Temas: Falla del servicio médico. Historia clínica, omisión de datos relevantes para la atención. / Llamamiento en garantía antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001. Culpa grave del agente. Se condena a restituir el 30% de la condena a la entidad pública. / Apelación: perjuicios. Sustentación. Suficiente pedir que se hiciera la liquidación conforme a la jurisprudencia. Reitera fallo de unificación.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá, D. C, veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097). Actor: FLORENTINO MUÑOZ PIAMBA Y OTROS. Demandado: DIRECCION DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA. Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de 12 de enero de 2001 proferida por la Sala de Descongestión- Sede Cali, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

les atribuye la característica de ser juzgadas como entidades públicas, lo cual está establecido así:

“Artículo 2 ley 1437/2011 Ámbito de aplicación.

Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”. (Negrilla fuera de texto)

Así mismo el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece:

“ARTÍCULO 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. ; ~.~ 4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. 5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno. 6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones 11 aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades. 7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado. Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”

Teniendo en cuenta la norma trascrita y los argumentos anteriores el Despacho se encuentra de acuerdo con la tesis expuesta por el Juez de instancia al considerar que si está bien llamado el ente territorial a comparecer por fuero de atracción al presente proceso, tal como se aceptó en el pleito de marras y que es ésta la Jurisdicción competente para dirimir y conocer de la presente Litis. Aclara este Dispensador Judicial que con la presente decisión no se está endilgando responsabilidad al departamento pues en el transcurso del proceso y con el acervo probatorio allegado al plenario se debatirá la misma.

155

Acorde a las consideraciones expuestas, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

En consecuencia se,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMESE la providencia el auto dictado en audiencia de fecha 06 de junio de 2017, mediante el cual se negó la prosperidad del medio exceptivo invocado como falta de jurisdicción y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado.

