

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**

Manizales, dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA Nro.: **075/2021**
Medio de Control: Reparación Directa
Actor(a): LEONARDO GALLEGO SALGADO Y OTROS
Accionado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,
MUNICIPIO DE MANIZALES Y S.E.S HOSPITAL
DE CALDAS
Radicado: 17001-33-31-001-**2005-02028-00**
Instancia: Primera

Agotadas las etapas previstas en el proceso de Reparación Directa sin que se observe causal de nulidad, el Despacho dictará la sentencia que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES:

I.- LA DEMANDA

Por intermedio de apoderado judicial la parte actora, en ejercicio de la acción de Reparación Directa, demandó al entonces **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, al **MUNICIPIO DE MANIZALES** y a **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**, solicitando lo siguiente (fls 41 a 43 C.1.):

- 1. Que se declare que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y/o el MUNICIPIO DE MANIZALES- HOSPITAL DE CALDAS (E.S.E) es (son) administrativamente responsable(s) de todos los perjuicios materiales, morales y a la vida de relación ocasionados a LEONARDO GALLEGO SALGADO y MARÍA ZOILA VILLAMIL, por la falla en el servicio médico, asistencial y/o hospitalario, concretamente por la administración de dosis letales de radiación ionizante; inaplicación del adecuado diagnóstico y correspondiente tratamiento en forma oportuna; por el tardío e ineficaz manejo médico, quirúrgico y hospitalario, que se le prestó a la Señora MARIA ESPERANZA SALGADO, quien a consecuencia de las anteriores fallas en la prestación del servicio, falleció e día 26 de*

julio de 2003, ocasionando graves trastornos económicos e invaluable perjuicios de orden moral y en la vida en relación a sus hijos y su señora madre quienes le sobreviven.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y/o el MUNICIPIO DE MANIZALES- HOSPITAL DE CALDAS (E.S.E), al pago de los perjuicios de orden material y moral que por esta falla del servicio se causaron a mis poderdantes y se proceda en consecuencia al reconocimiento y pago en si favor de los siguientes:

Por Daño Material: El total de los gastos funerarios no reconocidos ni pagados aún, en los que puede haber incurrido cualquiera de mis poderdantes o por interpuesta persona con el fin de dar cristiana sepultura a la Señora MARÍA ESPERANZA SALGADO.

Por Daño Material: Lucro cesante consolidado y no consolidado, originado en lo que se pruebe a lo largo del proceso, gastaba habitualmente la Señora MARÍA ESPERANZA SALGADO en cualquiera de mis representados, como proporción del ingreso que la mencionada Señora percibía como funcionaria del Hospital Universitario de Caldas, durante el menor tiempo posible de supervivencia entre el del respectivo beneficiario y la Señora MARÍA ESPERANZA SALGADO de acuerdo con las tablas de supervivencia aprobadas y publicadas por la Superintendencia Bancaria.

Por Daño Moral: A favor del señor LEONARDO GALLEGO SALGADO, por los perjuicios morales que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma en dinero en efectivo equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

Por Daño Moral: A favor de la Señorita NATALIA CASTRO SALGADO, por los perjuicios morales que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma en dinero en efectivo equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

Por Daño Moral: A favor del Señora MARÍA ZOILA VILLAMIL, por los perjuicios morales que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma en dinero en efectivo equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

Por Daño a la Vida de Relación: A favor del señor LEONARDO GALLEGO SALGADO, por los perjuicios a la vida de relación que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los

cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma de dinero en efectivo equivalente a DOSCIENTOS Salarios Mínimos legales Mensuales Vigentes (200 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

Por Daño a la Vida de Relación: A favor de la señorita NATALIA CASTRO SALGADO, por los perjuicios a la vida de relación que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma de dinero en efectivo equivalente a CIEN Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (100 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

Por Daño a la Vida de Relación: A favor de la Señora MARÍA ZOILA VILLAMIL, por los perjuicios a la vida de relación que sufre como consecuencia de la muerte de su señora Madre, los cuales han de perdurar por el resto de su vida; la suma de dinero en efectivo equivalente a DOSCIENTOS Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (200 S.M.L.M.V), o el máximo reconocido por la jurisprudencia.

3. *Que se condene a la demanda a reconocer y pagar de sobrevivientes a mis poderdante, junto con el valor actualizado de las mesadas desde cuando la señora MARÍA ESPERANZA SALGADO adquirió el derecho al cumplir los 20 años de servicio hasta cuando sea incorporada esta novedad a la nómina de pensionados del Seguro Social y/o Hospital de Caldas, y en consecuencia pueda ser reclamada la primera mesada de pensionados del Seguro Social y/o Hospital de Caldas, y en consecuencia pueda ser reclamada la primera mesada por quienes tengan el carácter de beneficiarios según la Ley laboral aplicable.*
(...)

Las pretensiones solicitadas en la demanda, se fundamentan en los hechos que a continuación se resumen:

La señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** ingresó a trabajar en el **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** desde el año de 1981 como secretaria de la Unidad de Medicina Nuclear, área de alto riesgo por contaminación de origen radioactivo. Inicialmente su empleador le prestaba directamente los servicios en salud y luego la atendía pero como resultado de la afiliación al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**. Contando con 15 años de servicios solicitó el reconocimiento de pensión pero este le fue negado y posteriormente le fueron asignadas funciones de Auxiliar de enfermería en otras áreas.

En 1989 la señora **SALGADO VILLAMIL** comienza a quejarse de dolores en la región terminal del intestino practicándosele una Rectosigmoidoscopia; se le diagnostica una fisura anal con síndrome de intestino irritable, pero se omitió el diagnóstico radiológico. Dos años después de los primeros

síntomas, es atendida por un profesional de la medicina que le diagnosticó un carcinoma rectosigmoidees y metástasis hepática. La señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** falleció el 26 de julio de 2003, un mes después de su diagnóstico final.

Fundamentos jurídicos

Refiere que en el caso se presenta un error de diagnóstico para la enfermedad que aquejaba a la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO**, a quien en razón a ello se le brindó un tratamiento médico inadecuado, y que esta es la causa del deceso de la paciente. Para prestar el servicio en salud no se tuvo en cuenta que la paciente se desempeñó por cerca de 20 años en actividades de áreas restringidas del hospital y en ese entendido, los exámenes para el diagnóstico de cáncer eran obligatorios sobre todo porque también presentaba antecedentes de tumores cancerosos en otras partes de su cuerpo. Igualmente, se le negó el reconocimiento de su pensión, lo que la mantuvo expuesta por más tiempo en el área de medicina nuclear.

Cita apartes jurisprudenciales para fundamentar su solicitud relacionada con el reconocimiento de los perjuicios por daño a la vida de relación y refiere como normas violadas la Constitución Política, el Código Contencioso Administrativo y algunos artículos del Código Civil.

Con base lo explicado por el Consejo de Estado, refiere a los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado y argumenta que el régimen aplicable al presente caso es el de falla presunta; concluye que en el caso se encuentra acreditado un daño representado en el fallecimiento de la señora **SALGADO VILLAMIL** y un nexo causal que consiste en el desacato de las normas invocadas por parte de las entidades demandadas y porque es deber del personal médico desplegar la máxima diligencia y efectuar estudios profundos de la sintomatología de los pacientes. Igualmente explica citando pronunciamientos del Alto tribunal, que eventos denominados como alea quirúrgica o error no constitutivo de falla pueden imputarse al Estado (...) *simplemente porque no pueden considerarse como comprendidos dentro del riesgo que el paciente asumir al someterse a ellos.* (fl 58 C.1)

II. TRAMITE PROCESAL

Inicialmente la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 08 de febrero de 2006 (fl 76 C.1). Para el 10 de septiembre de 2008 se abre el proceso a pruebas, con Auto proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales (fls 234 a 236 C.1).

Para el 02 de septiembre de de 2019, este Despacho declara cerrada la etapa probatoria y corre traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro de los 10 días siguientes presenten sus alegatos de conclusión (fl 389 C.1). Vencido el término de traslado de alegatos, el proceso ingresó para proferir sentencia.

III. ACTUACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA:

S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fls 183 a 207 C.1). Se opone a la prosperidad de las pretensiones porque considera que las actividades laborales realizadas por la señora **SALGADO VILLAMIL** no incidieron en la generación de su enfermedad y, además, la atención en salud fue prestada por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** a través de la Clínica Villapilar.

Frente a los hechos, aclara que la paciente laboró en la Unidad de Medicina Nuclear pero en el cargo de Mecnógrafa sin alta exposición a materiales radioactivos; estuvo laborando en otras áreas de esa Empresa Social durante varios años. Indica que en su hoja de vida no aparece solicitud de reconocimiento pensional y reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sus servicios en salud fueron prestados por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**. Aclara que no laboró como auxiliar de enfermería y que de manera continua la paciente presentó varios trastornos de salud como lo demuestran sus incapacidades médicas.

Es cierto que el 10 de mayo de 1989 se le practicó un examen médico que arrojó como diagnóstico Hemorroides Internas grado I, pero este es un instrumento de medio y no de resultado en la medicina y no puede hablarse de un error de diagnóstico cuando el fallecimiento de la paciente se presenta más de 14 años después. A la señora **SALGADO VILLAMIL** se le practicaron otros exámenes entre 1990 y 1991, acordes para el diagnóstico médico de la época. Los demás hechos no le constan y debe acreditarse debidamente cual fue la causa del fallecimiento de la paciente.

Con relación a los fundamentos de hecho y de derecho y de las pretensiones, resalta que la paciente recibió toda la atención médica disponible en el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y explica que al parecer no reaccionó favorablemente a la intervención quirúrgica que se registra en la historia clínica en el año 2003.

No puede concluirse la existencia de un error médico porque no se sabe en qué momento se desarrolló el cáncer de colon, esto no quiere decir que los diagnósticos anteriores fueran equivocados. Aclara que al personal que se encuentra expuesto a radiaciones ionizantes no se les ordena rutinariamente exámenes para la detección del cáncer, solamente se hace un análisis sanguíneo para detectar si están siendo afectados; la señora **SALGADO VILLAMIL** no recibió grandes dosis de radiación.

Propone como excepciones las siguientes:

i) EXCEPCIÓN INNOMINADA, para que se declare todos los hechos que configuren excepciones a su favor.

ii) INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. No se configura una responsabilidad del accionado porque no existe una falla en el servicio que le sea imputable.

iii) AUSENCIA DE CULPA: El demandado obró con diligencia y cuidado durante el tiempo que prestó el servicio en salud a la paciente. La responsabilidad médica esta estructurada en un factor subjetivo que en el caso no es atribuible a la entidad.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (fls 210 a 214 C.1).

Con relación a los hechos afirma que la paciente no acudió diligentemente a un especialista para determinar un diagnóstico acertado y oportuno; el contenido de la historia clínica indica que la paciente falleció por un carcinoma rectisigmoideas con metástasis hepática, pero ello no indica que los diagnósticos anteriores fueran equivocados.

Como fundamentos de su defensa señala que el personal médico del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** actuaron de manera diligente para prestar el servicio a la paciente y pusieron a su disposición todos los medios disponibles para ese momento.

Como excepciones propone:

i) CADUCIDAD, porque desde su punto de vista la demanda fue interpuesta cuatro años después de ocurridos los hechos por fuera del término oportuno para ejercer el derecho de acción.

ii) EL ISS SIEMPRE OBRÓ CON LA PERICIA REQUERIDA PARA ESTOS CASOS, no existen elementos probatorios que acrediten una conducta imprudente o falta de idoneidad por parte de los profesionales de la salud que atendieron a la paciente; además, se pusieron a su disposición todos los medios disponibles para esa época.

iii) LA SEÑORA MARÍA ESPERANZA SALGADO SIEMPRE RECIBIÓ LAS ATENCIONES MÉDICAS QUE REQUIEREN ESTE TIPO DE PATOLOGÍAS. Reitera buena la calidad del servicio prestado por la entidad demandada.

MUNICIPIO DE MANIZALES (fls 220 a 228 C.1)

Manifiesta que no tiene conocimiento sobre los hechos descritos en la demanda y plantea su oposición frente a las pretensiones de la demanda solicitando se absuelva al ente territorial.

Como razones de su defensa acude a la Ley 100 de 1993 para explicar que las Empresas Sociales el Estado, como prestadores del servicio de salud, pertenecen al orden descentralizado de la administración y no pueden confundirse con los establecimientos públicos. La Ley 489 de 1999, señaló que éstas podían ser creadas por las entidades territoriales o por la Nación,

con patrimonio propio y autonomía administrativa y les concede la capacidad de comparecer a un juicio bien sea como demandantes o accionadas.

Plantea en su defensa la siguiente excepción:

i) FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA. Basada en la autonomía patrimonial y jurídica del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**; la señora **GLORIA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** no tenía ningún vínculo laboral con el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, ni tampoco el ente territorial tuvo intervención alguna en la atención médica prestada por esa Empresa Social.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

PARTE DEMANDANTE No intervino en esta etapa procesal

PARTE DEMANDADA. S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fls 390 a 392 C.1). Se ratifica en los argumentos presentados con la contestación de la demanda y afirma que con las pruebas allegadas no se acredita responsabilidad alguna en contra de esa Empresa Social del Estado.

Concluye que en el caso se cumplieron con todas las obligaciones frente a la paciente sin que incurriera en omisión o falla alguna. Reitera que para el momento de su deceso quien prestaba los servicios en salud a la señora **MARIA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** era el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES: No presentó alegatos de conclusión.

MUNICIPIO DE MANIZALES: No se pronunció dentro del término legal.

MINISTERIO PÚBLICO: No intervino dentro de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

I. COMPETENCIA.

Por factor funcional (Cuantía).

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 134B del C.C.A. vigente al momento de presentar la demanda, los Jueces Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

En el presente caso la cuantía se estima conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil antes de la modificación de la Ley 1395 de 2010, es decir, por el valor de la pretensión mayor cuando en la demanda se

acumulen varias. Esta pretensión se refiere a los perjuicios morales cuantificados en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes; por tanto se puede establecer claramente la competencia de esta instancia.

Por el factor territorial:

El artículo 134 D del C.C.A. señala que la competencia por razón del territorio, por regla general, se determinará por el lugar de ubicación de la sede de la entidad demandada o por el domicilio del particular demandado. En los asuntos de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas, norma que se cumple ya que los hechos que dieron origen a la demanda se presentaron en el municipio de Manizales, departamento de Caldas.

II. CADUCIDAD.

La caducidad es la sanción consagrada en la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Las normas de caducidad tienen fundamento en el principio de preclusión que rige todo proceso judicial, en la medida en que el acceder a la jurisdicción encuentra un límite temporal, frente a las situaciones particulares consagradas en la norma que determina ese lapso; es decir, se establece una oportunidad para que en uso de ella se promuevan litigios, so pena de fenecer la misma y con ella la posibilidad de tramitar una demanda judicial y llevarla a buen término.

Así mismo, se fundamenta en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo sin que sean definidas judicialmente, tornándose en ininterrumpidas. El legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de un medio de control y con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la organización jurisdiccional del Estado a efectos de que el respectivo litigio o controversia sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello.

Es la propia ley la que asigna una carga a los asociados para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración. Es de resaltar, que la caducidad, por ser de orden público, es indisponible e irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, debe declararla incluso de oficio y aún en

contra de la voluntad de las partes, pues ella opera por el sólo transcurso del tiempo.

Para el caso, el liquidado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES P.A.R. I.S.S EN LIQUIDACIÓN.**, sostiene que ha operado el fenómeno de caducidad de la acción porque entre la fecha en que se presentó la demanda y la generación del daño transcurrieron aproximadamente cuatro años.

Frente al punto, el artículo 136 numeral 8 del anterior Código Contencioso Administrativo vigente para la época en que se presentó la demanda, señala:

ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989 , Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones.
(...)

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

Para contabilizar el término de caducidad de la acción de reparación directa, se debe partir de la fecha en que se generó el daño o bien se manifestó el mismo después de la ocurrencia de los hechos, en razón a que el derecho a reclamar sólo surge a partir de que los perjuicios se han producido. En el caso, los hechos que fundamentan la demanda tuvieron ocurrencia el 26 de julio de 2003, fecha en que tuvo lugar el fallecimiento de la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** y en la cual se concreta el daño de acuerdo al certificado de defunción que fuera aportado a folio 40 C.1 del expediente.

Bajo estas condiciones, en principio los demandantes contaban hasta el 26 de julio de 2005 para ejercer su derecho de acción. Según se desprende del acta individual de reparto la demanda se presentó el 19 de julio de 2005 (fl 1 C.1), concluyéndose que no ha operado el fenómeno de la caducidad por cuanto la acción fue presentada dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del daño.

III. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

Entendida la legitimación de la causa como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, tenemos que:

- **Legitimación en la causa por activa:**

El artículo 86 del C.C.A. atribuyó la titularidad de la acción de reparación directa a toda persona interesada. En este caso quienes ejercen el derecho de acción son los hijos y la madre de la víctima directa, la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**, calidades que fueron acreditadas con los respectivos registros civiles de nacimiento aportados con la demanda y su corrección.

- **Legitimación en la causa por pasiva:**

Frente a este presupuesto procesal el Despacho se pronunciará con relación a la liquidación del **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES** y la figura de la sucesión procesal y frene a la excepción propuesta por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Sucesión procesal.

En lo que tiene que ver con el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, inicialmente existió legitimación en la causa por pasiva por cuanto los hechos que se están poniendo a consideración le son atribuidos a esta entidad que gozaba de capacidad jurídica y procesal para comparecer al proceso. No obstante, durante el transcurso del proceso la entidad fue liquidada conforme a lo ordenado en el Decreto 2013 de 2012, norma que en el artículo 6 designó como agente liquidador a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A:**

***Artículo 6º.** Designación del Liquidador. La liquidación del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación será adelantada por Fiduciaria La Previsora S. A., quien deberá designar un apoderado general de la liquidación y la Unidad de Gestión que se requiera. Para el efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social suscribirá el respectivo contrato, con cargo a los recursos de la Entidad en liquidación.*

***Parágrafo.** El cargo de Presidente del Instituto de Seguros Sociales quedará suprimido con la expedición del presente decreto.*

De acuerdo con artículo 35 del mismo Decreto, los procesos judiciales continuarían siendo atendidos por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**.

Con ocasión del proceso liquidatorio resultan aplicables las normas sobre sucesión procesal contenidas en el Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del art. 267 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto se trata de un aspecto no regulado por este. De manera precisa el artículo 60 del estatuto procesal civil, establece:

Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente.

Dado que en virtud de la sucesión procesal se alteran o sustituyen los sujetos que integran alguna de las partes, en este caso por la extinción de una persona jurídica, y habida cuenta que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES finalizó su proceso de liquidación 31 de marzo de 2015, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 254 de 2000 se autorizó al liquidador para celebrar el contrato de fiducia mercantil No 015-2015 suscrito con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A FIDUAGRARIA S.A., para asumir sus obligaciones económicas con cargo al patrimonio autónomo creado para tal fin, se declarará la sucesión procesal por ministerio de la ley y, en consecuencia, se tendrá por accionada a la **FIDUAGRARIA S.A** como administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN - P.A.R. I.S.S. EN LIQUIDACIÓN.**

Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Con la contestación a la demanda, el **MUNICIPIO DE MANIZALES** propuso la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA** al considerar que el **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** es una entidad del orden descentralizado con autonomía jurídica, administrativa y financiera y, por tanto, con capacidad para comparecer como sujeto procesal dentro de la presente acción.

Al respecto, es pertinente indicar que tal y como lo argumenta el ente territorial, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se dispuso que los servicios en salud por parte del Estado serían prestados a través de una nueva categoría de entidad pública llamada Empresas Sociales del Estado (artículo 194), con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica.

Para el caso, el **S.E.S HOSPITAL DE CLADAS** es una empresa social del estado conforme lo establece el Decreto 1412 del 31 de marzo de 1995; se

transformó en esta nueva categoría de entidad pública adquiriendo las características enunciadas en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993; de allí que cuenta con capacidad procesal para ser parte en un proceso judicial y responder con cargo a su presupuesto por las eventuales condenas judiciales que dé lugar su conducta, así como por los daños antijurídicos que deriven de su acción u omisión.

En consecuencia, no es el **MUNICIPIO DE MANIZALES** el llamado a representar a esta entidad; en su lugar debe declararse probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

IV. PROBLEMA JURÍDICO.

Problema jurídico principal:

*¿Cabe atribuir responsabilidad a la FIDUAGRARIA S.A. en su calidad de vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACIÓN P.A.R. I.S.S. y al S.E.S HOSPITAL DE CALDAS, por la supuesta falla en el servicio, específicamente en cuanto al presunto error de diagnóstico, en relación con la atención médica brindada a la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**?*

Problemas jurídicos asociados:

*¿La causa del daño, esto es, el fallecimiento de la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**, tuvo origen en la falla en el servicio atribuida a las entidades demandadas?*

En caso afirmativo, ¿Qué perjuicios se causaron?

Para resolver estos planteamientos es necesario i) realizar algunas consideraciones en relación con los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado y ii) analizar el caso en concreto en lo que tiene que ver con el daño antijurídico y la imputación.

V. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

5.1 MATERIAL PROBATORIO.

Al plenario se allegaron los siguientes medios de prueba aportados por la parte accionante:

- ✓ Constancia de servicios prestados por la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** en el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fl 4)
- ✓ Historia Clínica de la señora **SALGADO VILLAMIL** elaborada en el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fls 5 a 19)
- ✓ Historia Clínica de la señora **SALGADO VILLAMIL** elaborada por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (fls 2, 27, 30 a 37)

- ✓ Documentos relacionados con su actividad laboral en el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fls 21 a 24, 26, 29)
- ✓ Registro civil de nacimiento de NATALIA CASTRO SALGADO, LEONARDO GALLEGO SALGADO (fls 38 y 39 C.1)
- ✓ Certificado de registro civil de defunción de MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL (fl 40 C.1)
- ✓ Registro civil de nacimiento de MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL (f 72 C.1)

Aportadas por el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS.

- ✓ Documentos emitidos con ocasión de la relación laboral con la señora SALGADO VILLAMIL (fls 102 a 182 C.1)

Recaudadas durante el proceso.

- ✓ Copia de la Historia Clínica diligenciada en el S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fls 3 a 61 C.2)
- ✓ Certificación de salarios y servicios prestados por la señora SALGADO VILLAMIL al S.E.S HOSPITAL DE CALDAS (fl 2 C.)
- ✓ Informe Técnico de Medicinal Legal (fls 62 y 62 C.2)
- ✓ Historia Clínica diligenciada en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (fls 13 a 70 C.3)
- ✓ Informe pericial realizado por el doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES especialista en Gastroenterología (fs 82 a 83 C.3)
- ✓ Ampliación y aclaración del dictamen presentado por el doctor OLIVEROS WILCHES (fls 130 a 137 C.3)
- ✓ Informe pericial elaborado por el médico SIGIFREDO FRANCO MARÍN (fls 138 a 139 C.3)
- ✓ Aclaración y complementación del dictamen elaborado por el doctor SIGIFREDO FRANCO MARÍN (fl 324 C.3)

5.2 OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE.

Previo al análisis de las pruebas recaudadas y la decisión que habrá de adoptarse con la presente providencia, es necesario resolver la objeción que por error grave planteara la parte accionante durante el traslado del dictamen pericial elaborado por el doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES, en escrito visible a folio 329 del C.1.

El dictamen pericial objetado.

El informe del doctor OLIVEROS WILCHES se decretó como una prueba solicitada por el demandado **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**, con el fin de que se emitiera concepto sobre la historia clínica y en especial en relación con los últimos padecimientos de salud que le causaron la muerte a la señora **GLORIA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**. Además, debía establecer si la atención médica brindada fue oportuna, eficiente y eficaz, y que con dicha atención no hubo una falla en la prestación del servicio.

En el dictamen se concluyó: *La secuencia en el diagnóstico durante su hospitalización con relación a los exámenes, colonoscopia y tomografía fue adecuada. Únicamente no se solicitó un ACE, antígeno carcinoembrionario que debió realizarse. (...) (fl 131 y 132 C.3)*

Aclaración del dictamen

La parte actora solicitó la aclaración del anterior dictamen por cuanto i) no tuvo en cuenta las atenciones médicas de la paciente desde el año 1989, el informe sólo tiene en cuenta lo consignado a partir del año 2000; ii) el perito no explicó si el diagnóstico inicial de hemorroides fue acertado teniendo en cuenta la persistencia de los síntomas y la diferencia entre el diagnóstico oportuno y tardío de cáncer; tampoco explicó el significado de un Antígeno Carcinoembrionario y iii) El perito no emitió un análisis y un concepto con base en toda la historia clínica, sólo refirió la inexistencia de los folios que datan después el 27 de junio de 2003.

Frente a los anteriores planteamientos el perito aclaró que la historia clínica no fue allegada completamente. Así por ejemplo se evidencia que en el año 2009 se solicitaron exámenes la endoscopia digestiva alta y la colonoscopia, pero no se puede establecer si la paciente se los realizó o el resultado que éstos arrojaron.

Igualmente aclaró que tampoco existen soportes para establecer las razones por las cuales no se solicitaron o no se realizaron otros exámenes ante la persistencia de los síntomas, luego del diagnóstico inicial de hemorroides. Explica lo que significa un antígeno carcinoembrionario.

Finalmente, expone que un paciente con los síntomas de la señora **SALGADO VILLAMIL** ameritan evaluación endoscópica complementaria por ecografía o tomografía de la parte abdominal. (fls 136 a 137 C.3)

Motivos de la objeción.

Con escrito visible a folio 329 del expediente, la parte accionante objetó el dictamen con base en los siguientes argumentos: i) el perito insiste en que no hay una secuencia cronológica en el periodo 1999 a 2003, no obstante se observa que según la historia clínica, la paciente estuvo en controles médicos para los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003; ii) no se concretó si para el presente caso desde el inicio de la historia clínica el diagnóstico fue acertado y si se realizaron los exámenes pertinentes.

Pruebas recaudadas con relación a la objeción al dictamen

Con Auto del 19 de julio de 2017, se decretó un nuevo dictamen pericial, el cual fuera elaborado por el doctor SIGIFREDO FRANCO MARÍN. A continuación se destacan los siguientes apartes de esta prueba:

Tengo que aclarar primeo que es una historia muy incompleta pues es de varias instituciones distintas y de diferentes sistemas de atención médica, además de las letras ilegibles de algunas evaluaciones, fotocopias malas que no arrojan dato alguno importante.

(...) También es de anotar que se ha descrito que la aparición de un tumor de colon y este dar verdaderas manifestaciones clínicas pueden transcurrir 16 años lo que dificulta el diagnóstico al no tener seguimiento ordenado de esta patología y es importante aclarar que la Señora María Esperanza trabajaba como secretaria en el área de medicina nuclear y no estaba expuesta al manejo de los elementos radioactivos y por las constancias vistas en la historia se realizaban los controles de dosimetría y exámenes de sangre de forma seriada y sus correspondientes periodos vacacionales y por lo que se conoce este tipo de radiación no guarda relación alguna con los tumores de tubo digestivo. (fls 138 a 139)

Consideraciones del Despacho con relación a la objeción

El dictamen pericial como medio probatorio tiene por finalidad verificar hechos que interesan al proceso y que requieren de conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Para que se configure un error grave en contra de esta prueba se requiere la existencia de una equivocación calificable como grave por parte del perito, falla que debe tener una entidad suficiente para llevarlos a conclusiones equivocadas tal y como lo exige el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil aplicable al caso.

Frente a la procedencia de la objeción por error grave, la máxima Corporación en materia Contencioso Administrativa ha explicado lo siguiente:

De acuerdo con lo anterior, la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia, "(...) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil "... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada.

Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva" (...)³.

De lo anterior se sigue que, para que prospere la objeción por error grave, la experticia debe haber cambiado las cualidades del objeto examinado o haber tomado como objeto de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen⁴.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de manera tal que conduzcan a conclusiones igualmente equivocadas. Estos errores deben recaer sobre el objeto examinado bien porque se ha tomado para su observación uno diferente o se cambiaron las cualidades o atributos propios del mismo, de forma que sin esas alteraciones, las conclusiones del dictamen serían diferentes.

En este caso, tanto el dictamen del doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES como el elaborado por el doctor SIGIFREDO FRANCO MARÍN tuvieron el mismo objeto de análisis, la historia clínica de la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**, y es con base a su contenido que ambos profesionales dieron respuesta a los interrogantes planteados por las partes. Por ello, es posible afirmar que el dictamen pericial objetado no fue elaborado sobre bases equivocadas y que el objeto de observación no fue alterado; sus conclusiones tuvieron como fundamento el contenido de la misma historia clínica.

Teniendo en cuenta las conclusiones del informe y verificado el contenido del documento en el que reposan las actuaciones médicas de la demandada, se concluye que el doctor OLIVEROS WILCHES se ciñó al objeto de análisis de manera estricta y por tanto no parte de premisas falsas o equivocadas. Otra cosa es que la historia clínica sobre la cual se basaron ambos informes periciales estuviera incompleta o ilegible, aspecto que los dos profesionales de la medicina resaltaron en sus dictámenes y que dificultó la posibilidad de profundizar en el análisis de este documento. A pesar de lo anterior, el doctor OLIVEROS WILCHES si llegó a una conclusión sobre el diagnóstico de la paciente, al igual que lo hizo su colega.

Se concluye que la objeción por error grave planteada en contra del dictamen del doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES no prospera. Su contenido estuvo bien fundamentado sin que se alteraran las cualidades del objeto examinado, esto es la historia clínica de la señora **SALGADO VILLAMIL**.

5.3 ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El presente proceso se originó en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrado en el artículo 140 del C.P.A.C.A, facultando al interesado demandar del Estado la reparación del daño, cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas; es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar. Igualmente, de una lectura literal del mencionado artículo, es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen eminentemente patrimonial, porque el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares.

Sin embargo, es importante precisar que una interpretación sistemática del texto constitucional lleva a una conclusión más amplia. En efecto, al analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad humana y de los derechos humanos¹ y propende porque éstos abandonen su esfera retórica para convertirse en una realidad palpable.

Es de mayúscula importancia que a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración y al mismo tiempo, una labor de pedagogía, a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse, sobre todo si esos daños vulneran en alguna medida los derechos humanos o la dignidad de las personas².

La reparación de los daños comprende que la lesión a los derechos humanos, no se agota con el simple resarcimiento o la compensación económica; es importante que el juez adopte medidas -en cuanto su ámbito de competencia lo permita- a través de las cuales las víctimas, efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen su confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse.

¹ Artículos 1, 2 y 89 C.P.

² En igual sentido ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 15835, sentencia de 27 de noviembre de 2006, Exp. 16571, sentencia de mayo 3 de 2007, Exp. 25020, sentencia de 3 de mayo de 2007, Exp. 21511 y, sentencia de junio 6 de 2007, Exp. 15781 todas con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra.

Una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos - como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas³.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee.

Atendiendo a lo anterior, las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado, por sus hechos u omisiones, son las siguientes:

- Un daño antijurídico indemnizable y
- Un juicio de imputación desde un punto de vista fáctico y jurídico.

En cuanto al **daño**, según el profesor Juan Carlos Henao, se define como: *(...) toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil - imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos⁴*

Cuando en el caso se ha determinado la existencia del daño es menester deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede o no calificarse como **antijurídico**, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado. En este último evento, el juzgador se releva de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado.

El daño por el cual se reclama el resarcimiento, además debe tener la característica de ser **indemnizable**; en este sentido su reparación debe tener como objetivo dejar indemne a quien lo padece como si el daño nunca hubiera ocurrido o en el estado más próximo.

El **Juicio de Imputación** desde un punto de vista fáctico, abarca la relación de causalidad entre el hecho u omisión alegado y demostrado con el perjuicio experimentado y probado. Debe existir un vínculo de naturaleza directa, que no sea lógicamente posible suponer la existencia del daño sin la falla, demostrándose que el perjuicio provino necesariamente de las

³ Ley 446 de 1998, artículo 16.

⁴ JC Henao, artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado, publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

actuaciones u omisiones de la administración con un nexo de causa a efecto; es decir, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Según el principio de la causalidad, la causa produce su efecto⁵.

Esa relación de causalidad no existe o se rompe, cuando se prueba una causa extraña a la administración, la cual se torna en eximente total o parcial de la responsabilidad. Sucede cuando en la producción del daño interviene la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor, casos en los cuales no cabe deducir la responsabilidad de la administración estatal.

Desde el punto de vista jurídico, conforme con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ la imputación también abarca el estudio del fundamento del deber de reparar esto es, "el título jurídico de imputación", así en providencia del 18 de febrero de 2010, (exp 18274), puntualizó:

"De otro lado, la concreción de la imputación fáctico no supone por sí misma el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico, existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas"

Se ha establecido jurisprudencialmente también, que es al Juzgador a quien corresponde, por aplicación del principio IURA NOVIT CURIA y una vez sopesados los elementos de convicción aportados al proceso, determinar cuál es el régimen de responsabilidad que corresponde aplicar en cada caso concreto. Para ello debe tener en cuenta los tres regímenes que la jurisprudencia ha desarrollado: falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, cuyo fundamento normativo ha explicado el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 1995 (exp. 8118) en los siguientes términos:

Mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, "los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" 8art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar disposiciones en el inciso 2º del artículo 90 de la C.N. y en el

⁵ Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, pag 91

⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 18 de enero de 2012. Exp 19910.

77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C.N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95, n° 9, y 216 de la C.N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el Decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C.P.C.; 414 del C.P.P., etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como este del no enriquecimiento sin causa.⁷

Con base en lo anterior a continuación se abordará lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable en el caso específico.

EL DAÑO.

Comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, en el asunto sub examine se deriva del fallecimiento de la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**, el cual se encuentra acreditado con certificado del registro civil de defunción visible a folio 40 C.1 del expediente.

Probada la existencia de un daño antijurídico a continuación se abordará el análisis del segundo elemento, la imputación a las entidades demandadas.

IMPUTACIÓN DEL DAÑO.

Análisis Jurisprudencial. Régimen de responsabilidad aplicable:

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable por la prestación del servicio médico el Consejo de Estado ha establecido que el régimen jurídico por excelencia es el de falla en el servicio, salvo contadas excepciones que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha decantado en su jurisprudencia⁸.

En casos como el que aquí se plantea el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha precisado con relación al régimen de responsabilidad:

"(...) La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste.

En materia médica, para que pueda predicarse la existencia de una falla, la Sala ha precisado que es necesario que se demuestre que la

⁷Jurisprudencia citada por M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

⁸ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

*atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance (...)*⁹.

Conforme con el análisis realizado por la Sección Tercera del Alto Tribunal, además de la existencia de un daño antijurídico debe demostrarse que el servicio médico no cumplió con los estándares de calidad exigidos al momento de la ocurrencia del daño; igualmente, habrá de demostrarse que el prestador no fue diligente empleando todos los medios con los que disponía para brindar el servicio médico.

Una vez presentes tales elementos, la entidad demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, en otras palabras, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

El fundamento constitucional de este título de imputación es el artículo 2 de la Carta Política que describe los fines esenciales del Estado, tal y como ha sido explicado la jurisprudencial en materia contencioso administrativa. Este órgano también ha señalado que la falla en el servicio puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones consagradas no sólo en esta disposición del orden constitucional, sino también en normas que regulan temas específicos. Como consecuencia de la aplicación de un régimen subjetivo es que la prueba de la falla, que pueda estar representada en el descuido, impericia, violación a reglamentos y en general el desconocimiento al deber objetivo de cuidado, está a cargo de la parte demandante con base en el marco normativo aplicable.

En un momento dado de la evolución jurisprudencial el Consejo de Estado llevó a analizar la responsabilidad médica bajo los postulados de la falla presunta que trasladaba la carga de la prueba a la entidad de demandada y especialmente a los médicos, quienes debían probar haber cumplido una conducta carente de culpa¹⁰. Sin embargo, como ya se mencionó, en la actualidad no existe discusión de que casos como el que hoy se decide deben ser analizados por regla general dentro de los márgenes de responsabilidad subjetiva y salvo contadas excepciones decantadas por el Alto Tribunal en su jurisprudencia¹¹, es procedente la aplicación de un título objetivo bajo los planteamientos del denominado riesgo excepcional.

⁹ Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2015, C.P Danilo Rojas Betancur; exp 30102

¹⁰ Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 1992 C.P Daniel Suárez Hernández; exp 6897

¹¹ Sentencia del 25 de marzo de 2011, C.P Enrique Gil Botero, exp 20836.

Entre estos y conforme a la sentencia del 25 de marzo de 2011, se cuentan los siguientes eventos:

Cuando se usan o se apliquen procedimientos o tratamientos, siempre que la herramienta de riesgo cause el daño de manera directa o por ella misma, es decir, sin que haya habido una ejecución irregular del acto médico.

Cuando se usan medicamentos o se apliquen tratamientos o procedimientos novedosos, cuyas consecuencias o secuelas a largo plazo se desconocen.

Cuando en el acto médico se emplean sustancias peligrosas (como las usadas en la medicina nuclear)

Cuando se aplican vacunas, "porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los distintos organismos.

Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria.

Cuando el daño "se irroga por la cosa misma sin que medie el acto humano, circunstancias en las que, al margen del riesgo el elemento la responsabilidad es objetiva".¹²

Conforme al texto de la demanda la reclamación por responsabilidad médica se fundamenta en un presunto error de diagnóstico, hipótesis a la que no le resulta aplicable el régimen objetivo de daño especial.

Claro lo anterior a continuación se analizará la responsabilidad de las entidades demandadas.

Responsabilidad de las entidades demandadas

Conforme a los extractos de la historia clínica aportada con la demanda y recaudada como prueba en este proceso, la paciente recibió los siguientes diagnósticos:

- ✓ 27 de diciembre de 1983: Hemorroides Internas Grado I. II. (fl 5 C.1)
- ✓ 10 de mayo de 1989: Fisura anal, síndrome de intestino irritable, hemorroides internas (fl 12 C.1)
- ✓ 27 de diciembre de 1990: Esofagitis, Hemorroides internas Grado I.II. y síndrome de intestino irritable (fl 14 C.1)
- ✓ 14 de mayo de 1990: Reflujo Gastroesofágico, Hernia Hiatal, Esofagitis Estado II (fl 16)

¹² M.C M'Causland Sánchez, artículo: Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades; publicado en La responsabilidad extracontractual del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2016.

- ✓ 21 de marzo de 1991: Esofagitis por reflujo estado II, Hernia Hiatal por deslizamiento (fl 17 C.1)
- ✓ 30 de octubre de 1991: Ovario izquierdo tumor, Quiste simple canceroso (fl 19 C.1)
- ✓ 12 de junio de 1997: Trastorno de motilidad con contracciones inefectivas en el 98.3% (fl 28 C.1)
- ✓ 06 de abril de 2000: Tumor mediastinal- Resección, Timoma de predominio linfocítico (fl 30 C.1)
- ✓ 26 de junio de 2003: Carcinoma de rectosigmoides (fl 35 C.1)
- ✓ 02 de julio de 2003: Recto Sigmoide, Adenocarcinoma moderadamente diferenciado, infiltración al estroma y compromisos de linfáticos (fl 36 C.1)

Informe técnico de Medicina Legal y Ciencias Forenses, indica: *Me permito informarle que el pasado 20 de agosto de 2009 se recibe copia de la historia clínica de la señora SALGADO VILLAMIL en 66 folios no útiles dado que dicho historial clínico está comprendido entre junio de 1972 y octubre de 1991. (fl 62 C.2)*

Informe pericial del doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES:

En el expediente revisado se encuentra que aparentemente en octubre de 1999 se solicitaron rectosigmoidoscopia y endoscopia digestiva. No existen menos reportes de estos exámenes. Además de la consulta de junio de 2003 se llevó a cabo un diagnóstico de su enfermedad de una manera lógica, adecuada y oportuna. El diagnóstico correspondió a un cáncer de colon a los 20 cms, franqueable, no obstructivo sin resultado de patología, con una metastásico a hígado lóbulo derecho 6x5 cm. No se conoce que pasó después si la paciente fue llevada a cirugía o recibió quimioterapia.

La enfermedad se encontraba en un estado IV, avanzado por la lesión del colon y la lesión metastásico del hígado. Sin embargo en este estado es susceptible de manejo: cirugía inicial para la lesión del colon, luego quimioterapia de segunda línea por la lesión metastásico potencialmente resecable, en un segundo tiempo.

(...)

La secuencia en el diagnóstico durante su hospitalización con relación a los exámenes, colonoscopia y tomografía fue adecuada. Únicamente no se solicitó un ACE, antígeno carcinoembrionario que debió realizarse.

(...)

No se encontró en el expediente folios correspondientes a la evolución de la paciente después de su egreso el día 27 de junio del 2003 (fl 131 y 132 C.3)

En la ampliación al dictamen el perito expuso lo siguiente:

Dentro de los folios enviados y revisados aparecen referenciados octubre de 1999 y se salta a junio de 2003. Evidentemente con las

molestias del año 1999 se requería exámenes complementarios como la endoscopia digestiva alta y colonoscopia.

Aparentemente se solicitaron, pero no existen dentro de lo enviado del soporte de los folios si el paciente se los realizó (...)

Nuevamente se reitera que el orden establecido para los exámenes y diagnósticos realizados fue adecuado. Pero, entiendo que la pregunta se refiere al diagnóstico de hemorroides y a la persistencia de síntomas que debieron haber derivado en una solicitud de exámenes correspondientes. No existe soporte en los folios enviados para conocer la razón de la no solicitud previa a este episodio de la hospitalización o si los exámenes se realizaron (fls 136 a 137 C.3)

Para la valoración del dictamen pericial elaborado por el doctor OLIVEROS WILCHES es pertinente tener en cuenta que el informe debe cumplir con los requisitos legalmente exigidos para toda prueba pericial descritos en el Código de Procedimiento Civil, norma vigente para la época en que se decretó la prueba.

El dictamen elaborado por el profesional se encuentra debidamente fundamentado porque su contenido explica las razones por las cuales llegó a las conclusiones plasmadas en el informe y en los interrogantes planteados por las partes acude al contenido de la historia clínica. Tampoco contiene contradicciones que hagan ilógicas o absurdas sus conclusiones.

Es claro también que no fueron aportadas otras pruebas que desvirtúen o hagan dudoso el dictamen pericial del doctor OLIVEROS WILCHES, porque la única que eventualmente podría hacerlo es la practicada por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES. Esta institución se abstuvo de realizar su análisis dado que la historia clínica que le fuera remitida contenía anotaciones médicas anteriores al año de 1991, mientras que la paciente falleció en el año 2003. Se destaca que esta prueba fue decretada por solicitud de la parte actora y luego de que fuera allegado el informe no se solicitó una posible complementación.

Se infiere entonces que el dictamen del doctor RICARDO OLIVEROS WILCHES no fue desvirtuado y su contenido se encuentra debidamente fundamentado. A pesar de que la historia clínica no se encuentra completa y en gran parte fue diligenciada de manera manuscrita, lo que lleva a que en algunos apartes no sea posible entender el significado de las anotaciones realizadas por el profesional médico, el perito tanto en el dictamen como en su ampliación es enfático en concluir que la secuencia de exámenes y procedimientos médicos para llegar al diagnóstico en el caso de la señora **SALGADO VILLAMIL** fue adecuada.

Dado que la demanda se enfoca en un presunto error de diagnóstico es oportuno explicar que este acto médico se encuentra conformado por dos etapas: una donde se realiza la exploración del paciente, en la cual el

médico realiza el examen o reconocimiento que comprende la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, tomografías, radiografías, etc.; y otra etapa que corresponde al análisis de los exámenes practicados para finalmente concluir su juicio.

Frente a las particularidades de lo que implica el diagnóstico, la Sección Tercera ha explicado:

Igualmente, esta Corporación ha sostenido que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las fases anteriormente mencionadas, esto es, que emplee todos los recursos a su alcance en orden a recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente¹³.

En este sentido, si el médico actuó con la pericia y cuidado antes mencionada, su responsabilidad no queda comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones¹⁴.

En virtud de lo anterior, esta Corporación ha señalado que en estos casos lo decisivo es establecer si el médico empleó los recursos y los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado (...) ¹⁵

Para el caso, no se acreditó la existencia de un error de diagnóstico. Tal y como lo indicó el dictamen pericial del doctor OLIVEROS WILCHES de la historia clínica aportada no se observa que el personal médico de las instituciones demandadas y que atendieron a la señora **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL** hubiesen dejado de emplear oportunamente los recursos y procedimientos disponibles para llegar al diagnóstico que finalmente causó el fallecimiento de la paciente. Igualmente, tampoco se demostró que el seguimiento médico a la evolución de sus patologías anteriores no fuera el adecuado o hubiese una interpretación equivocada de los síntomas de la paciente.

En consecuencia, lo procedente es declarar probadas las excepciones de: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. y AUSENCIA DE CULPA propuestas por el demandado **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** porque no se probó que la prestación de sus

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

¹⁴ *Ibd.*

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Satofimio Gamboa sentencia del 18 de mayo de 2017, expediente : 76-001-23-31-000-2003-03842-01 (35613)

servicios de salud fueran inadecuados, inoportunos o erróneos; así como las denominadas EL ISS SIEMPRE OBRÓ CON LA PERICIA REQUERIDA PARA ESTOS CASOS y LA SEÑORA MARÍA ESPERANZA SALGADO SIEMPRE RECIBIÓ LAS ATENCIONES MÉDICAS QUE REQUIEREN ESTE TIPO DE PATOLOGÍAS, porque efectivamente no se probó una falla representada en un error de diagnóstico en los servicios prestados por el accionado **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES I.S.S.**

Ahora, la para la parte actora la actividad laboral que la señora **SALGADO VILLAMIL** desempeñó en el **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** en el área de Medicina Nuclear, también influyó en la generación de la enfermedad que causó su fallecimiento porque la entidad empleadora no brindó todas las medidas de protección laboral a pesar del riesgo al que se encontraba sometida.

Con respecto a la posible incidencia en la producción del daño de las funciones que como empleada de la Unidad de Medicina Nuclear desempeñaba la señora **SALGADO VILLAMIL**, se allegaron las siguientes pruebas:

En la constancia laboral visible a folio 4 del expediente se observan las funciones que la señora **SALGADO VILLAMIL** desempeñaba como secretaria en el área de Medicina Nuclear en el **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**, entre las cuales se cuentan: i) Atender el teléfono; ii) Mecanografiar documentos; iii) Redactar correspondencia y iv) Archivar correspondencia.

Oficio del 12 de abril de 1993 suscrito por el Jefe de la Unidad de Salud Ocupacional del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**, indica: *1) Los funcionarios ocupacionalmente expuestos en las áreas donde hay emisión de Radiaciones Ionizantes, son todas las personas sometidas al riesgo de radiación (...).* Incluye a la señora **SALGADO VILLAMIL** como integrante de esta unidad. (fls 22 y 23 C.1)

Oficio del 17 de mayo de 1993, indica que la señora **SALGADO VILLAMIL** sobrepasa la dosis diaria en el año 1992 (fl 24 C.1)

Oficio del 29 de enero de 1997, el Jefe de Medicina Nuclear del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** manifiesta su inconformidad por las condiciones laborales de los empleados de esta unidad (fl 26 C.1)

De estos documentos, cuya veracidad no fue cuestionada por las partes, se concluye que efectivamente el **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** omitió adoptar todas las medidas pertinentes de protección laboral para el personal que laboraba en la Unidad de Medicina Nuclear. No obstante, con estas pruebas no se acredita la incidencia de esta omisión en la generación de su enfermedad; la parte actora no demostró que la exposición a las radiaciones ionizantes fueran la causa de la patología que causó el fallecimiento de la

señora **SALGADO VILLAMIL**, y por tanto no se estableció el nexo causal entre la conducta de la entidad accionada y la generación del daño.

Los accionantes no cumplieron con la carga de demostrar el nexo causal como uno de los elementos que integran la responsabilidad del Estado y aunque se reitera, se probó una omisión por parte del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS**, el Juez carece de los conocimientos especializados que se necesitan para determinar que no adoptar todas las medidas de protección laboral, dado el lugar de trabajo de la víctima directa del daño, fuera la causa de la aparición de la enfermedad que causó su fallecimiento.

VI. CONCLUSIÓN.

El daño reclamado con esta acción no es imputable a las entidades demandadas porque no se acreditaron los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. No se probó la existencia de una falla en el servicio representada en un error de diagnóstico durante la atención médica brindada a la paciente **MARÍA ESPERANZA SALGADO VILLAMIL**. Tampoco se acreditó el nexo causal entre la conducta omisiva del **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** consistente en la no implementación de todas las medidas laborales como empleada de la Unidad de Medicina Nuclear y la aparición de la patología que causó su fallecimiento.

En consecuencia, no se encuentra comprometida la responsabilidad de las accionadas y se declararán probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. y AUSENCIA DE CULPA propuestas por el demandado **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** y las denominadas EL ISS SIMPRE OBRÓ CON LA PERICIA REQUERIDA PARA ESTOS CASOS y LA SEÑORA MARÍA ESPERANZA SALGADO SIEMPRE RECIBIÓ LAS ATENCIONES MÉDICAS QUE REQUIEREN ESTE TIPO DE PATOLOGÍAS del extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S.**

VII. CONDENA EN COSTAS

No hay lugar a la condena porque no se demostró temeridad o mala fe de las partes, tal y como lo regulaba el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, vigente para este proceso, que consagraba un criterio subjetivo para efectos de la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Tener como **SUCESOR PROCESAL** del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** – demandada- a **FIDUAGRARIA S.A** como

administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN P.A.R. I.S.S. EN LIQUIDACIÓN.**

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL HOSPITAL DE CALDAS E.S.E. y AUSENCIA DE CULPA propuestas por el demandado **S.E.S HOSPITAL DE CALDAS** y las denominadas EL ISS SIEMPRE OBRÓ CON LA PERICIA REQUERIDA PARA ESTOS CASOS y LA SEÑORA MARÍA ESPERANZA SALGADO SIEMPRE RECIBIÓ LAS ATENCIONES MÉDICAS QUE REQUIEREN ESTE TIPO DE PATOLOGÍAS del extinto **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES I.S.S.**

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por lo explicado en la parte considerativa de este fallo.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS conforme lo precisado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el aplicativo Justicia Siglo XXI.

SEXTO: RECONOCER PERSONERÍA a los abogados JOSÉ ARNULFO JIMENES DÍAZ como apoderado del S.E.S. HOSPITAL DE CALDAS y NIRSON BEDOYA MARÍN como representante judicial del PATROMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACIÓN P.A.R. I.S.S. EN LIQUIDACIÓN.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

**JACKELINE GARCÍA GÓMEZ
JUEZ**

Pfcr/P.U

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO – SISTEMA MIXTO -
MANIZALES – CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ESCRITURAL

La providencia anterior se notifica en el Estado

No. **07** del **3 DE JUNIO DE 2021**

CAROL XIMENA CASTAÑO DUQUE
Secretaria

Firmado Por:

JACKELINE GARCIA GOMEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO MANIZALES

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**6ac70193a1c90f37fb9d86113effa2073e2d87907bc4557c015cf9114e
817bcb**

Documento generado en 02/06/2021 05:06:38 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>