



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca trece (13) de noviembre dos mil veinte (2020).

Proceso : 50001-3331-007-2008-00271-01
Medio de control : Reparación Directa
Demandante : DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS
Demandado : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS
Tema : Falla médica
Decisión : Confirma

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio el día 28 de agosto de 2017, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019 y No. PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OMAR MORENO ROMERO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores LEIDY JOHANA MORENO CORTES, DIANA MARCELA MORENO CORTES y DIEGO FERNEY MORENO CORTES¹, instauraron demanda en ejercicio del medio de control de Reparación Directa, contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS, pretendiendo se declare administrativamente responsable a dicha entidad por los daños causados con ocasión a la falta de prestación de los servicios médico-asistenciales y en especial al deficiente tratamiento post-operatorio de las cirugías practicadas los días 29 de enero y 1° de marzo de 1999, a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

1.2. Pretensiones y condenas²

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

¹ En adelante la parte demandante.

² Folios 12 a 14 del expediente.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

"1. Declárese al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados tanto a la menor LEIDY MORENO CORTES, como a DORIS LUCIA CORTES TELLEZ – madre-, OMAR MORENO ROMERO –padre-, DIANA MARCELA MORENO CORTES –hermana- y DIEGO FERNEY MORENO CORTES –hermano-.

Lo anterior atendiendo la falla de prestación oportuna de los servicios médico asistenciales referidos en los hechos de este libelo demandatorio, en especial el deficiente tratamiento post-operatorio de las cirugías practicadas el 29 de Enero y 1° de Marzo de 1999, a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en el INSTITUTO ROOSEVELT.

2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se hagan las siguientes o similares condenas:

a.- PERJUICIOS MORALES.-

Pagar a DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OMAR MORENO ROMERO, LEIDY JOHANA MORENO CORTES, DIANA MARCELA MORENO CORTES y DIEGO FERNEY MORENO CORTES, o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, indemnización por los DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES ocasionados con la negligencia e ineficiencia en el tratamiento post-operatorio de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar determinados en los hechos del presente libelo demandatorio.

Se reclama para cada uno de los actores el equivalente a UN MIL GRAMOS ORO (1.000), al precio que se encuentre en la fecha de ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el BANCO DE LA REPUBLICA.

Esto teniendo en cuenta el trauma psicológico que causa en LEIDY JOHANA MORENO CORTES, el verse limitada en su capacidad para desarrollar las diferentes actividades de la vida cotidiana (jugar, estudiar, caminar) y en las deformidades físicas de su cuerpo y a sus señores padres y hermanos ver a su familiar más querido padeciendo las graves consecuencias un tratamiento irregular.

b. PERJUICIOS POR EL DAÑO A LA VIDA DE RELACION.-

Pagar a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, la suma de CUATRO MIL GRAMOS ORO (4.000) como perjuicio por el daño a la vida de relación, ocasionados por la no prestación de los servicios médico asistenciales necesarios, en especial la no practica de las sesiones de fisioterapia intensiva y dirigida prescritas por el médico operante y que trajo como consecuencia ante su no recuperación, la imposibilidad para disfrutar de los placeres que la vida le brinda a los niños de su edad, aun en forma mínima.

c. PERJUICIOS MATERIALES.-

Para LEIDY JOHANA MORENO CORTES, lo que resulte probado en el proceso, previa aplicación de las fórmulas establecidas para tal fin por el Consejo de Estado, sobre indemnización futura, teniendo en cuenta: la incapacidad laboral que determine medicina legal; que LEIDY JOHANA el día 16 de marzo del 2009 cumple sus 18 años de edad, el promedio de vida de la misma según la tabla de mortalidad vigente para el país, la cual se solicitará a la Superintendencia Bancaria.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Para el señor OMAR MORENO ROMERO, el valor de los gastos efectuados correspondiente a transporte desde la ciudad de Villavicencio a Santafé de Bogotá, de su casa a la clínica, en razón a que dichos desplazamientos para cumplir con las diferentes citas, obligatoriamente se realizan en taxi, por el grado de incapacidad de la menor LEIDY JOHANA, lo que obligaba al ISS, a brindarle dicho transporte, sin que jamás haya cumplido con ello.

d.- EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS- pagará intereses de mora a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia, atendiendo lo dispuesto por la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia C- 188 Marzo 24/99 M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Todo pago se imputará primero a intereses.

1.3. Hechos o fundamento del medio de control³

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- LEIDY JOHANA MORENO CORTES, nació el día 16 de marzo de 1991 en la ciudad de Bogotá, en la clínica del Instituto de Seguros Sociales "ISS" – San Pedro Claver.

- A los dos días de nacida, LEIDY JOHANA MORENO CORTES fue remitida a la clínica del Niño Jorge Bejarano de Bogotá, para valoración por ortopedia.

- Al mes de nacida le fue practicada a LEIDY JOHANA MORENO CORTES exámenes de RX, con los cuales le fue diagnosticado el síndrome Artrogriposis Múltiple Congénito, siendo necesario realizarle el día 1º de agosto de 1991 Cuadriceplastia Bilateral.

- LEIDY JOHANA MORENO CORTES presentó retracción de flexores y déficit en piel en dedos I, II, III, IV y V de la mano derecha por lo cual fue enyesada por un período de cuatro meses. Vencidos estos, le fue practicado nuevo examen de RX, en donde se vio la necesidad de realizarle nueva cirugía en caderas, la cual se llevó a cabo el día 17 de diciembre de 1991.

- Durante los meses de enero a marzo de 1992, la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES estuvo asistiendo a controles de rutina.

- El día 13 de octubre de 1992 la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES fue remitida a la clínica San Rafael para valoración y tratamiento integral, donde se le practicó TAC con resultados satisfactorios.

- A principios del año 1993, la parte demandante cambio de domicilio a la ciudad de FUSAGASUGA, en donde se le siguió prestando tratamiento de fisioterapia a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, al igual que controles de rutina en la clínica del Niño Jorge Bejarano de Bogotá.

- DORIS LUCIA CORTES TELLEZ, a raíz de toda la situación con su hija perdió su empleo quedando sin Seguridad Social en Salud, lo que conllevó a solicitar en el año 1997 al Instituto de Seguros Sociales "ISS", siguiera prestando el servicio médico a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, lo cual fue concedió por parte de la entidad.

³ Folios 2 a 12 del expediente.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

- Para el año 1997 luego de presentada una documentación requerida por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS", se logró autorización para la prestación del servicio de ortopedia a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.
- En el mes de febrero de 1998, se le otorgó nueva autorización de servicios a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, hasta julio de ese mismo año.
- El día 12 de febrero de 1998 la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, fue remitida a control de ortopedia en la clínica del Niño Jorge Bejarano de Bogotá.
- El día 6 de abril de 1998, la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES fue atendida en la clínica del Niño Jorge Bejarano de Bogotá, en donde se le programaron 20 sesiones entre mayo y junio. Posteriormente, a partir de junio se le programaron 10 sesiones más.
- Nuevamente se le otorgó autorización de servicios a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, hasta el mes de diciembre de 1998.
- El día 12 de noviembre de 1998, la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES fue atendida por médico especialista quien en orden de tratamiento solicitó cirugía y además, hospitalización para fortalecimiento muscular.
- A raíz de la radicación de la orden de tratamiento, se autorizó hospitalización por 30 días a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.
- La cirugía de LEIDY JOHANA MORENO CORTES se llevó a cabo el día 29 de enero de 1999.
- En el mes de marzo de 1999 le se practicaron otras intervenciones quirúrgicas a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.
- La Junta Médica del Instituto de Seguros Sociales "ISS" en reunión del 15 de abril de 1999, conceptuó que la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES debía ser atendida en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt. La hospitalización se llevó a cabo del 19 de abril al 16 de junio de 1999.
- En vista de ello, se expidieron órdenes de servicio para que se le siguiera practicando tratamiento a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.
- La prestación del servicio médico de LEIDY JOHANA MORENO CORTES por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS" fue suspendida durante los meses de julio, agosto y parte del mes de septiembre de 1999, por la no cotización de los padres de la menor.
- El Instituto de Seguros Sociales "ISS" expide nueva autorización de servicios a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, por el periodo de septiembre a diciembre de 1999.
- La menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES fue atendida nuevamente solo hasta el día 6 de junio de 2000 en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

- DORIS LUCIA CORTES TELLEZ presentó el día 15 de enero de 2001 acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales "ISS", a fin de que le fueran practicadas las fisioterapias intensivas a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.

- Una vez notificado el Instituto de Seguros Sociales "ISS" de la acción de tutela, procedió a ordenar y programar las terapias a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES.

1.4. Fundamento de derecho

Se citan como fundamento las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 5, 6, 11, 13, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 90 y 366.

Ley 100 de 1993: artículos 2, 3, 4, 5, 8 y 9.

Decreto 770 de 1975: artículo 26.

Código Contencioso Administrativo: artículo 86.

1.5. Contestación de la demanda⁴

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, manifestando como razones de su defensa que el síndrome congénito de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, le impidió un desarrollo normal desde su nacimiento.

El Instituto de Seguros Sociales "ISS" autorizó a LEIDY JOHANA MORENO CORTES la práctica de muchos procedimientos, buscando única y exclusivamente su recuperación, por lo que resulta ilógico que la parte demandante pretenda se le responsabilice por la discapacidad de la menor.

En las historias clínicas de los diferentes centros asistenciales que atendieron a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, se puede observar el gran número de procedimientos cubiertos por el Instituto de Seguros Sociales "ISS".

No es posible endilgarle responsabilidad a la entidad por el daño causado a la menor a raíz del síndrome Artrogriposis Múltiple Congénito, más cuando el Instituto de los Seguros Sociales "ISS" siempre procuró por brindarle a LEIDY JOHANA MORENO CORTES los tratamientos médicos necesarios para mejorar su condición de vida.

2. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, en providencia del 28 de agosto de 2017, resolvió:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

⁴ Folios 128 a 143 del expediente.

⁵ Folios 994 a 1010 del expediente.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

SEGUNDO: No condenar en costas. Por secretaría, liquidense los gastos del proceso, en caso existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, le serán reembolsados a la parte demandante.

TERCERO: Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones de rigor."

Como sustento de su decisión, el *A quo* señaló que el diagnóstico médico de la menor desde antes de su nacimiento era el de artrogriposis múltiple congénita, síndrome que según lo dispuesto por su médico tratante dentro de la audiencia de testimonio rendida en el proceso de la referencia, producía discapacidad usualmente progresiva en las extremidades, en especial de miembros inferiores. Adicionalmente, que se trataba de un padecimiento con tendencia a la reaparición de las deformidades que se había ido corrigiendo con cirugías. Por ello, debía aplicarse la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual, en el caso de probarse la falla del servicio médico, ésta se confundirá con el daño mismo.

Que del acervo probatorio se pudo establecer que LEIDY JOHANA MORENO CORTES nació el 16 de marzo de 1991 diagnosticada con el mencionado síndrome, por la cual tuvo que ser sometida en principio a dos intervenciones quirúrgicas, lo cual conllevó a que la paciente estuviera hospitalizada hasta el mes de marzo de 1992, tal y como constaba en la Historia Clínica.

Con posterioridad, el día 13 de octubre de 1992 fue remitida al Hospital San Rafael para valoración y tratamiento integral. Luego de ello, tuvo consulta con neurología y genética los días 12 de abril y 13 de mayo de 1993, respectivamente. Igualmente, se le autorizó el 18 de junio de 1993 intervención quirúrgica.

Dentro del material probatorio no hubo rastro de las atenciones que se le hubieren prestado a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES desde el mes de octubre de 1994 al mes de octubre de 1997, ya que solo hay nueva anotación realizada el 30 de octubre de 1997, donde se indicó que la menor asistió a consulta porque se pretendía recuperar movilidad de partes de su cuerpo, quedando de esa manera claro, que ella dejó de recibir tratamiento médico y asistencial, sin poderse identificar las causas de tal circunstancia.

Así mismo se evidenció que la menor luego de que volviera a sus controles, continuó con los tratamientos médicos y asistenciales necesarios para su recuperación. También, fue sometida a intervenciones quirúrgicas, la primera de ellas, el día 12 de febrero de 1998, respecto de la cual recibió controles especializados en los meses de marzo y abril de ese año, así como consulta de rehabilitación el día 7 de abril de la misma anualidad.

Posteriormente, le fueron autorizadas las citas con especialidad en ortopedia de fechas 24 de agosto y 5 de noviembre de 1998, con sus respectivos controles los días 12 y 17 de noviembre de ese mismo año, fecha ésta última en la que se le ordenó a la menor hospitalización por 30 días, para fisioterapias intensivas, así como intervención quirúrgica para reducción de luxación osteotomía femoral izquierda, entre otros servicios.

Igual se evidenció que LEIDY JOHANA MORENO CORTES, permaneció hospitalizada en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt desde el 23 de

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS". hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

diciembre de 1998 hasta el 5 de marzo de 1999, acreditándose así la atención que requería la paciente para el manejo adecuado de su diagnóstico, pues en dicho término se llevaron a cabo las intervenciones realizadas el día 29 de enero y 1º de marzo de 1999, respecto de las cuales se dijo en la demanda hubo negligencia post-operatoria.

Luego de ello, tuvo control operatorio el 18 de marzo de 1999, en donde se le ordenó nueva hospitalización para el manejo de la cadera, siendo recluida en el mismo Instituto, desde el 19 de abril hasta el 16 de junio de 1999, tal y como consta a folio 11 del expediente.

De la revisión de la historia clínica en especial de las anotaciones de evolución del paciente, se tiene que nuevamente se pierde el rastro desde el 1º de julio de 1999 hasta el 6 de junio de 2000, fecha última en la que se verificó que tuvo consulta de ortopedia.

Como corolario de lo expuesto, la primera instancia consideró que a LEIDY JOHANA MORENO CORTES, le fue oportunamente diagnosticado el síndrome. Así mismo, se evidenció que a la menor le fueron prestados de manera oportuna y eficiente, tanto la atención médica como los tratamientos que se requería de acuerdo a su patología.

Empero, de las pruebas recaudadas se concluía una negligencia por parte de los padres de la menor, en atención a que en dos oportunidades se notó la ausencia a los controles médicos ordenados a LEIDY JOHANA MORENO CORTES por parte del Instituto de Ortopedia Roosevelt, la primera desde octubre de 1994 a octubre de 1997 y la segunda desde el 1 de julio de 1999 hasta el 6 de junio de 2000, lapso que conllevó a que la paciente tuviera un retraso en su recuperación y por ende, una desmejora a su estado de salud, aunado al hecho de que con posterioridad a la presentación de la demanda, no se estaba siguiendo el plan de manejo casero relacionado con el tratamiento de rehabilitación.

Así las cosas, no obró material probatorio que permitiera inducir o establecer la falla en la prestación del servicio médico asistencial por parte del Instituto de Seguros Sociales.

No hubo condena en costas, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

2.1. Recurso de apelación⁶

La parte demandante interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

En ese sentido indicó, que la primera instancia endilgó responsabilidad en cabeza de los padres de la menor alegando una ausencia en los controles que le habían sido ordenados por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, situación que a su parecer conllevó a un retraso en su recuperación y a un desmejoramiento en el estado de Salud de LEIDY JOHANA MORENO

⁶ Folios 1012 a 1017 del expediente

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

CORTES; sin embargo, desconoció la mala atención que brindó la entidad demandada.

Menciona además, que dentro del expediente se encuentra un extenso material probatorio que demuestra la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales "ISS", que en muchos casos actuó de manera tardía, lo cual ocasionó retraso en la recuperación de la menor.

La menor desde su nacimiento fue diagnosticada con una enfermedad que ameritaba un tratamiento constante que le permitiera una evolución en su estado de salud, lo cual no fue posible por los insistentes retrasos en las autorizaciones, para las diferentes atenciones, tratamientos y procedimientos por parte de la entidad demandada.

Si la obligación de la entidad demandada era prestar un servicio médico obligatorio y ello no se llevó a cabo de manera diligente, ya que en varias oportunidades no se hizo, la falla entonces, estaba debidamente probada.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Meta admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de agosto de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio. Posteriormente, se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y vencido este, el traslado al Ministerio Público ante esa Corporación, para que emitiera concepto.

3.1. Alegatos de segunda instancia

Solo la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la primera instancia.

3.2. Concepto del Ministerio Público

El Representante del Ministerio Público Delegado ante el Tribunal Administrativo del Meta, no emitió concepto dentro del presente asunto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 30 de enero de 2001, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

En este sentido, según el artículo 133 del Decreto – Ley 01 de 1984 “Código Contencioso Administrativo”, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁷, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos (2) años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

Se encuentra que la demanda se presentó dentro los dos años siguientes al hecho que dio origen a la alegada responsabilidad del ente demandado, dado que los procedimientos quirúrgicos con los cuales se pretende demostrar de manera específica la deficiente prestación del servicio médico a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, acaecieron los días 29 de enero y 1° de marzo de 1999 y el medio de control se interpuso el 30 de enero de 2001.

4.3. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar, si hay lugar a revocar la sentencia proferida el día 28 de agosto de 2017, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, que denegó las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, deberá determinarse si la entidad demandada es administrativamente responsables a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, por la tardía prestación de los servicios médicos asistenciales -*autorizaciones, procedimientos y tratamientos*- a los que se vio expuesta la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, específicamente luego de las intervenciones quirúrgicas realizadas los días 29 de enero y 1° de marzo de 1999, para tratar los padecimientos originados a raíz del síndrome congénito de artrogriposis múltiple que la aquejaba desde el primer mes de su nacimiento.

⁷ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*”

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, la Sala constatará los elementos que configuran la responsabilidad de la entidad demandada, mediante el previo análisis del material probatorio relevante.

4.3.1. Material probatorio relevante

Para ello, se tiene que obran dentro del plenario los siguientes documentos los cuales a pesar de que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸, pues no cuentan con reparos de ningún tipo. Es necesario indicar en este punto, que la Sala no relacionará todo el material probatorio allegado al proceso sino solo aquel que considere relevante traer nuevamente a colación para resolver de fondo el problema jurídico planteado en esta instancia. Ello habida cuenta que la primera instancia en el capítulo de la relación de hechos probados procedió a detallar toda la documentación al respecto. Ellos son:

1) Copia del registro civil de nacimiento de LEIDY JOHANA MORENO CORTES, donde consta que nació el día 16 de marzo 1991 (folio 24 del expediente).

2) Copia de la historia clínica pediátrica patológica médico-quirúrgica elaborada por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" con respecto a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en donde se evidencia que el día 13 de abril de 1991 con tan solo un mes de nacida, se le diagnosticó artrogriposis múltiple congénita. Que a partir de ello, le fueron autorizados y ordenados los siguientes procedimientos y tratamientos: cirugía para tratar deformidad en flexión y dedos de la mano, terapias de rehabilitación, colocación de férula en mano derecha, cirugía de cadera llevada a cabo el 1° de agosto de 1991, autorización para cirugía el día 17 de diciembre de 1991. Todo lo anterior, con sus controles durante los meses de agosto, octubre y noviembre de ese año. Así mismo, consta que el día 12 de diciembre de 1991 ingresó por hospitalización para tratamiento ortopédico por retracción de rodilla y luxación de caderas, con su respectiva evolución. Que posteriormente, fue atendida el 3 de marzo de 1992 para cambio de espica de yeso. Que el 13 de octubre de 1992, fue remitida al Hospital San Rafael para valoración y tratamiento integral, por compromiso en dedos de la mano derecho con deformidad en flexión. Que los días 12 de abril y 13 de mayo de 1993, asistió a consultas de neurología y genética, respectivamente. Que el día 23 de junio de 1993 se le realizó procedimiento quirúrgico. Que el 13 de octubre 1994 le fue practicada por la sociedad médico quirúrgica de Nuestra Señora de Belén de Fusagasuba Ltda., estudio radiológico. Y luego, el día 4 de noviembre de 1994 remisión a consulta de servicio ortopédico pediátrico, el cual se llevó a cabo el 17 del mismo mes y año (folios 27 a 39; 229 a 230; 233 a 243; 236 a 237; 241 a 242; 244 del expediente).

3) Copia del escrito del 17 de octubre de 1997 presentado por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ y OMAR MORENO ROMERO, en calidad de padres de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, al Instituto de Seguros Sociales "ISS", en donde manifestaron lo siguiente:

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

"La presente es para comentarles que la niña LEYDY (sic) JOHANA CORTES nació el 16 de Marzo de 1991.

En el seguro social para más exactitud en la clínica San Pedro Claver Bogotá, fue atendida desde entonces siendo operada a los 4 meses de edad.

La operación de las rodillas, estuvo enyesada hasta que la operaron de la cadera en la clínica del niño Jorge Bejarano; luego fue remitida al centro de atención de Fusagasugá para fisioterapia por cambio de domicilio en abril de 1995.

Desde entonces no recibe atención médica por situación económica y cambio de domicilio a Villavicencio.

Yo necesito saber qué posibilidad tengo en el seguro social respecto a la niña puesto que fue operada antes de cumplir el año de edad.

Pues la niña ya cumplió 6 años y no camina, veo la necesidad de acudir al seguro social para continuar el tratamiento de rehabilitación puesto que nuestra situación económica no nos permite pagar la atención médica que ella necesita." (Folio 40 del expediente)

- 4) Copia de autorización de servicios en la especialidad de ortopedia expedida por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, por el término comprendido entre el 23 de octubre de 1997 al 23 de enero de 1998 (folio 41 del expediente).
- 5) Copia de orden de servicios del 29 de octubre de 1997, expedida por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES (folio 42 del expediente).
- 6) Copia de interconsulta por ortopedia del 30 de octubre de 1997 a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES (43 del expediente).
- 7) Copia de autorización de servicios en la especialidad de ortopedia expedida por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, por el término comprendido entre el 9 de febrero de 1998 al 8 de julio de 1998 (folio 44 del expediente).
- 8) Copia de la referencia del 12 de febrero de 1998 elaborada por el profesional médico de especialidad ortopedista de la seccional Meta del Instituto de Seguros Sociales "ISS", a través de la cual solicita remisión de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, a la clínica Niño – Jorge Bejarano ubicada en la ciudad de Bogotá, para continuar tratamiento médico (folio 45 del expediente).
- 9) Copia del oficio S.R. 569 del 2 de abril de 1998, a través del cual el Instituto de Seguros Sociales "ISS", remite a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES, a la clínica Niño – Jorge Bejarano ubicada en la ciudad de Bogotá, para control especializado por ortopedia el día 6 de abril a las 12:15 p.m. (folio 46 del expediente).
- 10) Copia de órdenes de servicios fechadas 7 de marzo y 6 de abril de 1998 de imagenología a nombre de LEIDY JOHANA MORENO CORTES (folios 47 a 48 del expediente)

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

11) Copia de la hoja clínica para remisión de pacientes del Instituto de Seguros Sociales "ISS", a nombre de LEIDY JOHANA MORENO CORTES, para servicio de fisioterapia (folios 49 a 50 del expediente).

12) Copia de autorización de servicios en la especialidad de ortopedia expedida por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, por el término comprendido entre el 11 de agosto de 1998 al 31 de diciembre de 1998 (folio 51 del expediente).

13) Copia de remisión por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS" a LEIDY JOHANA MORENO CORTES a la clínica Niño – Jorge Bejarano, para control especializado de ortopedia el día 24 de agosto de 1998 (folio 52 del expediente).

14) Copia de remisión por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS" a LEIDY JOHANA MORENO CORTES al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, para valoración especializada de ortopedia el día 5 de noviembre 1998 (folio 53 del expediente).

15) Copia de la atención llevada a cabo el día 12 de noviembre de 1998 a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por especialista en ortopedia. La orden de tratamiento recomendó hospitalización urgente para tratamiento muscular (folios 56 a 60 del expediente).

16) Copia de la referencia del 17 de noviembre de 1998 elaborada por el Instituto de Seguros Sociales "ISS", a través de la cual ordena a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, entre otras cosas, hospitalización por treinta días para fisioterapias intensivas; reducción de luxación y osteotomía femoral izquierda; y acetábulo plastia osteotomías (folio 61 del expediente).

17) Copia del oficio GS-EPS-255 del 9 de diciembre de 1998 suscrito por el Gerente de la Seccional Meta del Instituto de Seguros Sociales "ISS", en el cual da respuesta a una petición elevada de manera verbal por la madre de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en los siguientes términos:

"1. Como quiera que su hija nació el 16 de marzo de 1991, será aplicable lo previsto en el artículo 26 del decreto 770 del 75, que establece que los niños que nacieron con discapacidades físicas cuando sus padres eran afiliados al ISS, tienen derecho en cualquier tiempo a todas las prestaciones asistenciales medicoquirúrgicas, farmacéuticos, hospitalarios cuando la enfermedad se haya presentado al momento del nacimiento o durante el primer año de vida; que este padecimiento tenga pronóstico de curación; y que la intervención o tratamiento no se haya podido practicar según juicio del servicio médico durante ese primer año de edad.

De lo anterior de (sic) deduce que el menor no puede sufrir las consecuencias de que la intervención o tratamiento no se haya podido efectuar, mientras sus padres eran cotizantes y menos que al perder el afiliado su capacidad de pago, también el menor pierda el derecho que había adquirido pero que por causas extrañas como lo es el criterio científico dicho derecho se encontraba en suspenso.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Por lo tanto esta gerencia, mal podría exigir un número de semanas de cotización, cuando de hecho estamos frente a un derecho adquirido, cual es la prestación de los servicios asistenciales de cualquier nivel, relacionados con esa enfermedad durante toda su vida, por prescripción legal. (...)." (Folios 62 a 63 del expediente)

18) Copia de remisión del 22 de diciembre de 1998 por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS" a LEIDY JOHANA MORENO CORTES al Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, para hospitalización urgente para tratamiento muscular (folio 63 del expediente).

19) Copia de la historia clínica No. 76311 elaborada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt respecto a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en donde se plasmó que la paciente fue hospitalizada desde el día 23 de diciembre de 1998. Que el día 3 de febrero de 1999 se le realizó cirugía correctoras de cadera y pierna y se encontraba pendiente la de pie y rodilla. Así mismo, que se le estaban realizando fisioterapias tres veces al día (folios 65 a 67 del expediente).

20) Copia de la referencia del 31 de marzo de 1999 elaborada por la clínica Carlos Hugo Estrada Castro, a través de la cual ordenó a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, valoración y tratamiento integral por ortopedia. Así mismo, la realización de radiografías de cadera y rodilla izquierda. Por último, fisioterapias tres veces al día (folios 68 a 70 del expediente).

21) Copia del escrito de aceptación de oferta No. 103 del 31 de marzo de 1999 por parte del Instituto de Seguros Sociales "ISS" en atención a la propuesta de servicio presentada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt a procedimiento establecido para la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES de "CONTROL CIRUGIA DE MANO, CAMBIO EN SALA DE YESO, RETIRO DE ESPICA DE YESO, COLOCACION DE TUBO DE YESO INGUINOPELVICO EN EL M.I.I. Y COLOCACION DE BOTA CORTA DE YESO EN M.I.D., SESENTA SESIONES DE TERAPIA FISICA." (folios 71 a 72 del expediente).

22) Copia del oficio DAA-CCHE-0290 del 15 de abril de 1999, a través del cual se informa sobre el concepto expedido por la Junta Médica en relación a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en los siguientes términos:

"En atención a su oficio EPS-DC-085, muy respetuosamente me permito informar que en el día de hoy se realizó JUNTA MEDICA por el servicio de ORTOPEDIA, a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES y el concepto fue el siguiente:

"la menor debe continuar su manejo en el Instituto de Franklin D. Roosevelt. La terapia debe ser integral situación que no existe en el medio". (Folio 75 del expediente)

23) Copia de la atención llevada a cabo el día 1° de julio de 1999 a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por especialista en ortopedia. En ella se expidieron órdenes de servicio de: caminador, valoración para lograr extensión de rodilla izquierda y flexión en la derecha. De igual forma, control en 2 meses (folios 77 a 79 del expediente).

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

24) Copia del escrito del 24 de agosto de 1999 presentado por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ, en calidad de madre de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES al Instituto de Seguros Sociales "ISS", en el cual manifestó:

(...)

- La enfermedad que acosa a mi hija se ha presentado desde el primer día de su nacimiento habiendo sido atendida quirúrgicamente tres meses después de nacida, quedando pendiente aún y después de ocho años de nacida otras intervenciones.

- El Instituto de los Seguros Sociales ha convocado juntas médicas en varias oportunidades de donde se ha obtenido conceptos claros de que su padecimiento tiene un pronóstico de curabilidad.

- Los correspondientes resúmenes de las juntas médicas se encuentran en la historia clínica que allí se lleva a mi hija.

- En la actualidad y como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa nuestro país, mi compañero permanente y yo nos encontramos desempleados y por tal motivo hace dos meses no hemos podido hacer la siguiente cotización al Instituto de los Seguros Sociales.

- Como he sabido, después de rendidos los conceptos por parte de las juntas médicas, se ha ordenado una atención permanente para mi hija por cuanto requiere de constantes terapias además de ser necesarias otras intervenciones quirúrgicas para su final curación. Concepto que además han sido ratificados por profesionales especialistas del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

(...) – Informo al señor Gerente E.P.S. EDGAR BARRERA, que después de dos largos meses he sido muy bien atendida en su despacho y espero se me dé una pronta solución al problema de mi hija; solución que espero sea de carácter permanente hasta y (sic) tanto se de (sic) una curación a mi hija. (...)." (Folios 80 a 81 del expediente)

25) Copia del oficio SM-EPSJ105 del 6 de septiembre de 1999 suscrito por el Instituto de los Seguros Sociales "ISS" dando respuesta al derecho de petición presentado por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ, en donde se manifestó que dicha entidad expediría el correspondiente certificado para la prestación de los servicios médicos de la LEIDY JOHANA MORENO CORTES, previa remisión de un resumen de la historia clínica de la paciente (folio 82 del expediente).

26) Copia de la autorización de servicios en la especialidad de ortopedia expedida por el Instituto de Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, por el término comprendido entre el 13 de septiembre de 1999 al 30 de diciembre de 1999 (folio 85 del expediente).

27) Copia de la atención llevada a cabo el día 6 de enero de 2000 a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por especialista en ortopedia. En ella se recomendó fisioterapias intensivas para recuperar y fortalecer movimiento muscular. Dicho documento fue radicado en la seccional Meta del Instituto de los Seguros Sociales "ISS" el día 22 de junio de ese mismo año (folio 86 del expediente).

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

28) Copia del escrito fechado 9 de junio de 2000 presentado por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ al Instituto de los Seguros Sociales "ISS", solicitando se le prestara a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, los servicios requeridos por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt (folio 87).

29) Copia del control de terapias realizadas a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el mes de julio -13, 14, 17, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 y 31-, agosto -1, 2, 4, 8, 9, 10, 14, 25, 28, 29, 30 y 31- y septiembre -1, 4, 5, 6, 7, 8, 11 y 13- (folios 88 a 89 del expediente).

30) Copia de la atención llevada a cabo el día 4° de enero de 2001 a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, por especialista en ortopedia. En ella se recomendó autorizar 20 fisioterapias intensivas para evitar nuevos procedimientos. Además se ordenó, ortesis en extensión para rodilla de uso nocturno (folios 93 y 94 del expediente).

31) Copia de la acción de tutela presentada el día 15 de enero de 2001 por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ, actuando en su calidad de madre de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, contra el Instituto de los Seguros Sociales "ISS", alegando no haberse practicado la totalidad de las sesiones de fisioterapias ordenadas por el médico tratante (folios 96 a 99 del expediente).

32) Copia de la orden de servicios del 22 de enero de 2001 emitida por el Instituto de los Seguros Sociales "ISS" a favor de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, para la práctica de veinte sesiones de fisioterapias intensivas, las cuales se llevaron a cabo en el mes de enero -29, 30 y 31- y febrero -1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23 y 26- (folios 100 a 101 del expediente).

33) Copia de la hoja de consulta externa de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, elaborada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde se evidencia las fechas en las cuales fue atendida la paciente. Ellas fueron: 5 de noviembre de 1998, 12 de noviembre de 1998, 10 de diciembre de 1998, 18 de marzo de 1999, 6 de abril de 1999, 19 de abril de 1999, 1° de julio de 1999, 2 de agosto de 1999 –no asistió a control-, 6 de junio de 2000, 4 de julio de 2000 –no asistió a control-, 21 de noviembre de 2000, 28 de diciembre de 2000, 4 de enero de 2001, 11 de enero de 2001, 15 de febrero de 2001, (folios 102 a 105 del expediente; 52 a 53 del cuaderno de anexos No. 2).

34) Copia de los resúmenes parciales y finales de la historia clínica de la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES, elaborados por el médico tratante del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en el que se relacionó los procedimientos a los que fue sometida la menor los días 29 de enero y 1° de marzo del año 1999 (folios 106 a 110 del expediente).

35) Copia del control de terapias realizadas a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES en la Clínica Carlos Hugo Estrada, en los meses de julio -12, 13, 14, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28 y 31-, agosto -1, 2, 4, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30 y 31- y septiembre -1, 4, 5, 6, 7, 8, 11 y 13- del año 2000 (folios 162 a 164 del expediente).

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

36) Copia del control de terapias realizadas a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES en la Clínica Carlos Hugo Estrada, en los meses de enero -29, 30 y 31-, febrero -1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 27 y 28-, marzo -1-, mayo -8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 25, 29, 30 y 31- y junio -4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14 y 19- del año 2001 (folios 158 a 161; 165 a 166 del expediente).

37) Copia del oficio EPS DC CA 615 del 20 de junio de 2001, por medio del cual el Instituto de los Seguros Sociales "ISS" – Seccional Meta, relacionó los procedimientos autorizados por dicha EPS a la paciente LEIDY JOHANA MORENO CORTES, en el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, a partir del 31 de marzo de 1999. Ellos fueron: tratamiento hospitalario – cirugía, tratamiento integral, sesiones terapias físicas, consultas por cambio de yeso (folio 167 del expediente).

38) Copia del resumen de la historia clínica elaborada por la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, dentro del Plan de Atención Domiciliaria "PAD", en la cual se relacionó todos y cada uno de los servicios prestados a la mencionada paciente durante el año 2002. En ese sentido, en cuanto al primer semestre se llevaron a cabo las visitas médicas domiciliarias, los controles, visitas de enfermería, programación de actividades de fisioterapia, informe de fisioterapias cumplidas, informe de fisioterapias, actividades de nutrición. Así mismo, en el segundo semestre lo concerniente a las actividades de fisioterapias, visitas médicas domiciliarias, los controles y visitas de enfermería. Todo ello con sus respectivos anexos (folios 305 a 326 del expediente).

39) Testimonio rendido el día 3 de diciembre de 2003 dentro del proceso de la referencia, por parte del Médico tratante Dr. IVAN CARLOS URIBE PRADA de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, al servicio del Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde manifestó entre otras cosas, lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO: Dígame al Despacho si recuerda cual es la enfermedad que padece la menor Leydi (sic) Johana Cortes. CONTESTO: Si, se trata de un síndrome de contracturas congénitas múltiples (artrogriposis múltiple congénita), que se caracteriza por la presencia al nacimiento de rigidez y deformidades en las articulaciones, asociadas a degeneración de los músculos de la extremidad. Esto produce una discapacidad de grado variable, usualmente progresiva en las extremidades, el caso de la paciente en cuestión compromete las cuatro extremidades, pero de manera mucho más importante los miembros inferiores. (...) PREGUNTADO: Dígame al despacho cual fue el tratamiento postoperatorio que requería las anteriores intervenciones quirúrgicas practicadas a la menor Leydi (sic) Johana Moreno. CONTESTO: La artrogriposis múltiple se caracteriza por una tendencia a la reparación de las deformidades que se ha corregido con cirugía a través del crecimiento. El único recurso terapéutico para evitar la reparación de las mismas es la utilización de férulas y aparatos ortopédicos, asociada de manera importante a una fisioterapia intensiva y permanente para mantener la movilidad de las articulaciones y fortalecer la función muscular que aún puede existir. Estas medidas deben extenderse a todo el período de crecimiento del paciente para evitar las deformidades. PREGUNTADO. Dígame al despacho si se cumplió con dicho tratamiento postoperatorio y a quien le correspondía autorizarlo y costearlo. CONTESTO: EL manejo postoperatorio de uso de férulas y fisioterapia fue extremadamente irregular, llegando a ser casi nulo desde el período de 1999 en que se realizaron las cirugías hasta la fecha actual. Tengo

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCÍA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

entendido que esto se debió únicamente a la falta de autorización de las terapias por parte de la EPS de la paciente (...). PREGUNTADO: Dígame al despacho como a pesar de las múltiples cirugías practicadas a la menor Leydi (sic) Johana Moreno, y a la necesidad de la fisioterapia intensiva y dirigida ordenada tanto el día (16) de junio de 1999, cuando la menor fue dada de alta en el Instituto Rousvelt (sic), así como en la orden de servicio No. 60368 para fisioterapia, expedida cuando asistió a control el día 1° de julio de 1999, sin embargo, solamente hasta un año después esto es el primero de julio del 2000 se logró hacer un control a la menor donde usted como médico tratante hizo ver los graves perjuicios sufridos en la humanidad de la menor por no haberse realizado el tratamiento postoperatorio adecuado. CONTESTO: Si recuerdo haber hecho en los últimos años, desde el postoperatorio inmediato, varias cartas e informes dirigidas al Instituto del Seguro Social explicando la importancia de las terapias físicas y la alta posibilidad de un deterioro progresivo de la condición de la paciente si estas no se llevaban a cabo (...)."(Folios 455 a 458 del expediente)

40) Copia de la hoja de consulta externa de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, elaborada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt, en donde se evidencia las fechas en las cuales fue atendida la paciente. Ellas fueron: 23 de marzo de 2004, 15 de junio de 2004, 29 de junio de 2004, 3 de agosto de 2004, 26 de octubre de 2004, 24 de septiembre de 2004, 30 de noviembre de 2004, 8 de febrero de 2005, 8 de marzo de 2005, 10 de mayo de 2005 -orden de hospitalización-, 19 de julio de 2005 -control en 3 meses-, 7 de febrero de 2006 -control en 6 meses-, 12 de diciembre de 2006 -evolución satisfactoria, control en 6 meses- y 11 de diciembre de 2007 -control en 4 meses- (folios 1 a 2; 44 a 47; 54 a 56 del cuaderno de anexos No. 2 del expediente).

41) Copia del resumen final de la epicrisis elaborada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, con fecha de ingreso 7 de junio de 2004 y de salida 10 del mismo mes y año, atendida por el médico Dr. IVAN CARLOS URIBE PRADA (folio 61 del cuaderno de anexos No. 2 del expediente).

42) Copia del resumen final de la epicrisis elaborada por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, con fecha de ingreso 1° de mayo de 2005 y de salida 29 del mismo mes y año, atendida por el médico Dr. IVAN CARLOS URIBE PRADA, en donde recibió terapia física intensiva diaria (folios 3 a 43 del cuaderno de anexos No. 2 del expediente).

4.3.2. Del régimen de imputación aplicable

La Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril 2012⁹, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Por ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al Operador Judicial de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria¹⁰.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición del Honorable Consejo de Estado se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño de la parte demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño.

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, de manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual ésta solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió insatisfactoria, tardía o de manera ineficiente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación cuyos elementos han sido descritos reiteradamente por el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 16.739 de la siguiente manera:

"En cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía".

Ahora bien, para que pueda predicarse una falla en la prestación del servicio médico, el Honorable Consejo de Estado ha precisado que¹¹:

"Es necesario que se demuestre que la atención médica 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 dañoso¹². 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"¹³.

Por virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por Colombia¹⁴, los estados signatarios reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", garantía que la Carta Política de 1991 tradujo en el deber estatal de garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En ese sentido, el Honorable Consejo de Estado ha interpretado ese derecho social fundamental no solo como la posibilidad formal de acceder a esa clase de servicios, sino a que estos se presten de manera eficiente, digna, responsable, diligente y de acuerdo con la *lex artis*; por lo tanto, debe traducirse en la obligación de brindar una atención de calidad que permita al usuario tener las mejores expectativas frente a la situación que lo llevó a buscar el servicio médico.

Este deber, se insiste, no supone una obligación de resultado para el prestador del servicio, sino que constituye una garantía del usuario o del paciente a obtener la atención en las mejores condiciones disponibles, bajo el entendido de que quien acude en busca de un servicio médico confía en que será tratado de manera adecuada.

4.3.2.1. Daño

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado también ha reiterado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵ y del Estado, impone considerar dos

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo de 2006, exp. 14400, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹² Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", del 22 de agosto de 2012, exp. 26025, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", del 25 de febrero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp.17149, actor: Fair Benjamín Calvache y otros.

¹³ En este sentido puede consultarse de la Sección Tercera, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01(14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez y otros, demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

¹⁴ Ley 74 de 1968.

¹⁵ (...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"¹⁶; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"¹⁷; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁹.

En cuanto al daño antijurídico, la Jurisprudencia Constitucional en sentencia C-254 de 2003, señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima". Así pues, y siguiendo lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, ha señalado en sentencias C-333 de 1996 y C-918 de 2002 "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".

De igual manera, la Jurisprudencia Constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución".

Debe quedar claro que es un concepto constante en la Jurisprudencia del Honorable Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala

AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión". MARTIN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹⁶ LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁷ SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁸ "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

el precedente un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"²⁰. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²¹, anormal²² y que se trate de una situación jurídicamente protegida²³.

Dicho lo anterior, se tiene que en el presente caso, el daño que pretende la parte demandante le sea endilgado a la entidad demandada y por ende indemnizado, se generó como consecuencia de la tardía prestación de los servicios médicos asistenciales -*autorizaciones, procedimientos y tratamientos*- a los que se vio expuesta la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, específicamente luego de las intervenciones quirúrgicas realizadas los días 29 de enero y 1° de marzo de 1999, para tratar los padecimientos originados a raíz del síndrome congénito de artrogriposis múltiple que la aquejaba desde el primer mes de su nacimiento.

Lo primero que debe indicarse, es que en eventos de falla médica no solo la muerte o las lesiones corporales son los únicos daños indemnizables; también están comprendidos, entre otros, los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por una presunta lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz cuando de autorizaciones, procedimientos o tratamientos se trata.

Al respecto cabe tener en cuenta que el derecho a la salud, tal como lo ha expuesto la Honorable Corte Constitucional, es un derecho autónomo:

"la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal, para pasar a proteger el derecho fundamental autónomo a la salud"²⁴. Para la jurisprudencia constitucional (...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.²⁵"

²⁰ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

²¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

²² "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

²³ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁴ Así por ejemplo, en la Sentencia T- 845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió "(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)"

²⁵ En la sentencia T- 736 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte consideró que imponer costos económicos no previstos por la ley a una persona para acceder a la servicio de salud que requiere "(...) afecta su derecho fundamental a la salud, ya que se le imponen límites no previstos en la ley, para que acceda a su tratamiento y a la vez la entidad se libra de su obligación de brindar integralmente los tratamientos y medicamentos al paciente." En esta ocasión la Corte consideró especialmente grave la violación del derecho del accionante, por tratarse de una persona de la tercera edad. Previamente, en la sentencia T- 438 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández) la Corte Constitucional consideró violatorio del derecho a la salud de una persona cambiar un servicio incluido dentro del Plan Obligatorio (oxígeno con pipetas) por otro, también incluido dentro del Plan (oxígeno con generador), que resulta más oneroso para el paciente.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

Y en el entendido de que el derecho a la Salud es autónomo, resulta procedente considerar también la autonomía del daño que se configura cuando se produce la lesión de alguna de las facultades que emanan del mismo, aun cuando no se demuestre un detrimento a la vida.

Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional:

"-Debe ser integral:

"(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud"²⁷

A su vez, la Honorable Corte Constitucional señala:

"(...) -Debe ser oportuno:

"La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta.²⁸ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas."

De conformidad con lo anterior cabe afirmar que la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES tenía derecho a recibir en razón a su padecimiento, un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que

²⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

²⁷ Sentencia T- 1059 de 2006(MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierro Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Linett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

fuera dable a la entidad demandada omitir alguna de las obligaciones a su cargo.

Así las cosas, se tiene probado que a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES le fue diagnosticado desde el primer mes de su nacimiento el llamado síndrome congénito de artrogriposis múltiple, lo cual impuso la necesidad de someterla desde temprana edad a una serie de procedimientos quirúrgicos y terapias de rehabilitación para el fortalecimiento muscular, todo ello tendiente a lograr según así lo permitiera su afectación, la mayor movilidad posible en extremidades superiores e inferiores.

Del material probatorio transcrito en párrafos precedentes, se observa que desde el momento mismo en el que la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, fue diagnosticada con el síndrome congénito de artrogriposis múltiple -13 de abril del año 1991-, el Instituto de los Seguros Sociales "ISS", en su calidad de prestador del servicio médico de salud, autorizó se le realizaran cirugías en cadera y rodilla para tratar las deformidades en dichas partes del cuerpo. Todo ello, con las respectivas terapias de recuperación.

Que durante el lapso comprendido entre finales del año de 1994 y hasta aproximadamente el mes de octubre de 1997 no se relacionó información alguna de procedimientos o tratamientos que se le hubieren practicado a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES; sin embargo, y según lo manifestado en escrito presentado por DORIS LUCIA CORTES TELLEZ al Instituto de Seguros Sociales "ISS", ello se debió a circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad demandada, como lo fueron, la situación económica por la que estaba atravesando la familia aunado a un cambio de domicilio.

A partir de ese momento y aun después de la interposición del medio de control de la referencia, el Instituto de Seguros Sociales "ISS" ha venido autorizando las consultas médicas con especialistas en ortopedia pediátrica, los procedimientos quirúrgicos, los tratamientos y las terapias físicas que han sido requeridas por remisión expresa de los médicos tratantes de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, aun incluso cuando los padres de la paciente no eran cotizantes del sistema de salud, atendiendo a lo previsto en el artículo 26 del Decreto 770 de 1975 norma que dispuso que *"los hijos de los asegurados amparados por el Seguro de Enfermedad General y Maternidad, tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondientes servicios para médicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento durante el primer año de vida. Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación (...)"*.

Bajo esa premisa, para la Sala las declaraciones del médico tratante de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES dentro del testimonio rendido en el proceso de la referencia, carecen de sustento probatorio, más cuando es claro que la entidad demandada no ha dejado de brindarle a la paciente una atención integral acorde al padecimiento que presenta como consecuencia del síndrome congénito de artrogriposis múltiple, tanto es así, que MORENO CORTES hace parte del Plan de Atención Domiciliaria "PAD", en donde se le

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

han prestado los servicios de visitas médicas domiciliarias, controles, visitas de enfermería, actividades de fisioterapia, actividades de nutrición, entre otras.

Es más, dentro del extenso material referenciado se encuentra probado que la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, desde su diagnóstico en el año 1991 ha sido sometida a más de trece intervenciones quirúrgicas, todas ellas en procura de mejores condiciones de movilidad en extremidades superiores e inferiores. Así también, ha estado sometida a la colocación de férulas y fisioterapias para evitar deformidades en articulaciones y músculos.

Debe aclararse en este punto, que tampoco es de recibo lo argumentado por la parte demandante sobre la desidia de la entidad demandada en la prestación de servicios médicos por el período comprendido entre finales de noviembre de 1999 y mediados de junio del año 2000 aun cuando existía orden expedida por el Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt para fisioterapias intensivas, ya que si bien no consta ningún tipo de atención hacia la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES durante ese lapso de tiempo, lo cierto es, que no se demostró que ello se hubiere dado como consecuencia de la desatención del Instituto de Seguros Sociales "ISS" a la ordenado por el médico tratante adscrito a esa institución. Es decir, que se hubiere probado que esa entidad omitió de manera intencional cumplir con las obligaciones a su cargo.

De lo que si hay constancia, es que luego de enviado un escrito por parte de DORIS LUCIA CORTES TELLEZ, madre de la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, al Instituto de Seguros Sociales "ISS" advirtiendo de esa situación, dicha entidad procedió de manera inmediata a la autorización de las fisioterapias ordenadas por parte del médico tratante que laboraba al servicio de la Instituto de Ortopedia Infantil Roosevelt.

Por último, a pesar de haberse demostrado que la parte demandante interpuso el día 15 de enero de 2001 acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales "ISS", por no habersele practicado a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES, la totalidad de las sesiones de fisioterapias ordenadas por el médico tratante, también lo es, que advertido de ello, la entidad procedió a expedir la orden de servicios fechada 22 de enero de 2001, probando así, que no buscó de ninguna forma dilatar el tratamiento de la paciente ni condicionar la prestación del servicio de Salud hasta existir una decisión constitucional que se lo impusiera.

Frente a todo lo antes expuesto, para la Sala resulta suficiente considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del Instituto de los Seguros Sociales "ISS", porque se reitera, no se omitieron las valoraciones y los procedimientos que fueron recomendados por los profesionales que atendieron a la menor LEIDY JOHANA MORENO CORTES; a su vez, no se observa se hubiere dilatado la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr su recuperación dentro de los límites permitidos por el síndrome congénito de artrogonosis múltiple.

Para la Sala entonces, no se configuró el daño por cuya reparación demandó la parte actora, ya que no se demostró la lesión del derecho constitucional a

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

recibir atención oportuna y eficaz cuando de autorizaciones, procedimientos o tratamientos se trataba.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil aplicable por virtud de la remisión expresa que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo preceptúa:

"Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". (Subrayado de la Sala)

La norma transcrita desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo. Ello significa, que los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su *onus probandi*, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su *causa petendi*; si es el demandado, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses.

Sobre la carga de la prueba, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 4 de febrero de 2010. Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS, consideró:

"(...) 2.3.2. Las reglas de la carga de la prueba y su aplicación al sub júdice.

La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto". La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir - incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente- con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta - la aludida carga -, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba -

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCÍA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida-.

En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta¹³, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues

“[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: "sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza"

De conformidad con lo anterior, y como quiera que en el caso en estudio no se demostró el primer elemento de la responsabilidad como lo es el daño alegado por la parte demandante, no existe por lo tanto, fundamento para revocar la decisión de primera instancia, siendo entonces, que deba confirmarse la sentencia recurrida, atendiendo a las precisas consideraciones expuestas en precedente.

5. Otros aspectos

5.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas²⁹, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el día veintiocho (28) de agosto del año dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- ORDENARSE que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

²⁹, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 50001-3331-007-2008-00271-01

Demandante: DORIS LUCIA CORTES TELLEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS" hoy FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO "FIDUAGRARIA S.A." como administradora del patrimonio autónomo de remanentes del ISS

CUARTO.- ORDENESE que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión virtual de la fecha


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada