

SERVICIO DE ATENCION INICIAL DE URGENCIAS – Paseo de la muerte

Pues bien, la Sala si encuentra que las anteriores disposiciones normativas sirven de fundamento legal para endilgar las conductas que les fueron reprochadas a las clínicas actoras, por cuanto ellas contienen el supuesto fáctico que fue desconocido y que dio lugar a la sanción impuesta en los actos administrativos demandados, como se verá enseguida. De tal manera que la descripción típica de las normas vulneradas, sí se adecua a la conducta reprochada a las demandantes. Es así como, mientras el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 dispone que la atención inicial de urgencias, debe ser prestada obligatoriamente por todas las entidades públicas o privadas a todas las personas sin distingo alguno y sin necesidad de contrato previo, el artículo 188 idem garantiza la atención inicial de urgencias a todos los usuarios. Si las clínicas a las que fue llevado el paciente en búsqueda del ventilador de la UCI pediátrica no contaban con ese equipo dada su complejidad, tenían como entidades receptoras que prestar la atención inicial de urgencias con el fin al menos de lograr la estabilización de los signos vitales del paciente, mientras se ubicaba con certeza la clínica que si lo tuviera disponible y evitar a toda costa el recorrido infructuoso al que fue sometido el menor. Y es que no se requiere tener conocimientos en medicina sino apenas contar con razones lógicas para deducir que, si una institución prestadora de salud no se encuentra en capacidad de otorgarle la atención de urgencias a un paciente que la requiera, su deber no puede ser el de limitarse a decir que no puede porque no tiene convenio con el Distrito o que no tiene el equipo que se requiere, sino que su deber es el de procurar a toda costa, estabilizar sus signos vitales de modo tal que su situación de salud no se empeore sino que mejore con el transcurrir del tiempo. Lo anterior por cuanto si bien es cierto nadie está obligado a lo imposible, igualmente lo es que la actitud censurable de las clínicas investigadas por lo cual les fue impuesta la sanción económica, consistió en la indolencia y falta de diligencia demostrada por el personal de urgencias el día de los hechos.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 160 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 168 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 188 / DECRETO 1259 DE 1994 / DECRETO 783 DE 2000 – ARTICULO 12 / CIRCULAR 014 DE 1995 – NUMERAL 4 / RESOLUCION 1320 DE 1996

NOTA DE RELATORIA: Caso similar, Sección Primera, sentencia de 18 de febrero de 1999, Rad. 4285, MP. Ernesto Rafael Ariza Muñoz; sentencia de 18 de agosto de 2005, Rad. 199-00890-01, MP. Camilo Arciniegas Andrade.

DESCONCENTRACION DE FUNCIONES – Facultades de distribuir y reasignar competencias de la Superintendencia Nacional de Salud

De otra parte, no puede dejarse de lado como lo hicieron el apoderado de las demandantes y el a quo, la figura administrativa de la desconcentración de funciones que en este caso el Superintendente Nacional de Salud efectuó en varios de sus subalternos, entre ellos, en la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad que adelantó la actuación administrativa cuestionada, al expedir la Resolución 1320 de 1996 “Por la cual se distribuye y reasignan competencias en las dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud”. La Sala encuentra que en el caso sub examine, las funciones sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud no estaban radicadas en cabeza del Superintendente como representante legal de la entidad, sino de la entidad en general, error en el que incurrió la parte demandante al considerar que la función sancionatoria era propia del cargo del Superintendente, por ello es que se

encuentran consignadas en el artículo 5° y no en el 7° del Decreto 1259 de 1994. Por tanto, lo que hizo el Superintendente Nacional de Salud dentro del ámbito de sus facultades legales, fue distribuir las competencias dentro de las distintas dependencias sin que para ello requiriera de una ley expresa que lo facultara para ello, pues ya existía la facultad general concedida en el Decreto 1259 de 1994 (art. 7 numerales 13 y 14), que le otorgó un campo amplio para que distribuyera las competencias entre las dependencias de la entidad, en procura de lograr una eficiente prestación de los servicios. Dado lo anteriormente expuesto, no operó en el caso en estudio una “delegación” de funciones puesto que esta figura administrativa supone que la función a delegar está en cabeza de quien delega, según lo establece el artículo 211 de la Constitución Política. Por tanto, el Superintendente Nacional de Salud contaba con facultades legales para distribuir y reasignar competencias en los distintos funcionarios de la entidad, como expresión de la facultad señalada en el artículo 209 de la Constitución

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209 / DECRETO 1259 DE 1994 – ARTICULO 7 NUMERALES 14 Y 13 / DECRETO 1259 DE 1994 – ARTICULO 5

GRADUACION DE LA PENA

De acuerdo con las anteriores transcripciones legales, se observa que la sanción consagrada en la Resolución 1320 de 1996 reprodujo en los mismos términos la sanción tipificada en el Decreto 1259 de 1994, pues en ambas legislaciones se tiene como supuesto fáctico la omisión en la atención inicial de urgencias por parte de las instituciones públicas o privadas que presten el servicio de salud, así como es idéntico el quantum punitivo, al señalar que la multa no puede exceder los 1.000 s.m.l.m.v. Es preciso acotar que ni el Decreto ni la Resolución interna que reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud que sirvieron de fundamento legal a los actos acusados, exigieron la graduación de la pena dependiendo de si esta sería a título doloso o culposo como lo echa de menos la parte actora. Y es que no puede perderse de vista que las sanciones impartidas a las clínicas actoras, se profirieron en el marco de un proceso administrativo y no de uno penal, los cuales difieren ostensiblemente por lo que mientras el primero propende por la protección de su propia organización y funcionamiento dada la importancia del interés público amenazado, el proceso penal procura el restablecimiento del orden social en abstracto al perseguirse fines retributivos, preventivos y resocializadores.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1259 DE 1994 – ARTICULO 5 NUMERAL 23

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de Julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 47001-23-31-000-2006-00829-01

Actor: CLINICA DE LA MUJER, CLINICA MAR CARIBE Y CLINICA EL PRADO DE LA CIUDAD DE SANTA MARTA

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Superintendencia Nacional de Salud contra la sentencia de marzo 3 de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la entidad de vigilancia y control, impuso sanción de multa a cada una de las actoras, por la negativa en la prestación del servicio de atención inicial de urgencias.

I. LA DEMANDA

La demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada por el apoderado de las Clínicas de La Mujer, expediente radicado 47-001-2331-002-2006-829-00, proceso que mediante Auto del 11 de marzo de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena¹, fue acumulado bajo una misma cuerda con los procesos expedientes radicados bajo los números 47-001-2331-002-2006-00827-00 actora Clínica El Prado y 47-001-2331-002-2006-820-00 actora Clínica Mar Caribe.

Mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, las actoras solicitan se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones

Para el caso de la Clínica de la Mujer:

-Declarar la nulidad de la Resolución N° 1686 de noviembre 15 de 2005 *“Por medio de la cual se sanciona a la Clínica de la Mujer Ltda. con nit. 819.000.364-7”*

¹ Visible a folios 334 y 335 del Cuaderno 1, al considerar que se cumplían las exigencias del artículo 157 CPC, en la medida en que las varias pretensiones son pasibles de acumulación por la similitud de las circunstancias fácticas y por tratarse de la misma autoridad nacional demandada.

expedida por la Directora General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud.

-Nulidad de la Resolución N° 2015 de diciembre 20 de 2005 proferida por la misma funcionaria, que confirmó la Resolución 1686 de 2005, al resolver el recurso de reposición interpuesto.

-Nulidad de la Resolución N° 499 de marzo 17 de 2006 expedida por el Superintendente Nacional de Salud, *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 1686 del 15 de noviembre de 2005”*.

Para el caso de la Clínica Mar Caribe:

-Declarar la nulidad de la Resolución N° 1516 de octubre 14 de 2005, por medio de la cual la Directora General para el Control del Sistema de Calidad impone una sanción pecuniaria a COLSALUD-Clínica Mar Caribe, por la violación de las normas legales que regulan la atención inicial de urgencias.

-Nulidad de la Resolución N° 1979 de diciembre 19 de 2005 proferida por la misma funcionaria, que al resolver el recurso de reposición interpuesto, confirmó la Resolución 1516.

-Nulidad de la Resolución N° 0498 de marzo 17 de 2006, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 1516.

Para el caso de la Clínica El Prado:

-Declarar la nulidad de la Resolución N° 1661 de noviembre 10 de 2005, por medio de la cual la Directora General para el Control del Sistema de Calidad impone una sanción pecuniaria a la Clínica El Prado-Sociedad Médica de Santa Marta, por la violación de normas legales que regulan la atención inicial de urgencias.

-Nulidad de la Resolución N° 2037 de diciembre 26 de 2005 proferida por la misma funcionaria, que al resolver el recurso de reposición interpuesto, confirmó la Resolución 1661.

-Nulidad de la Resolución N° 495 de marzo 17 de 2006 expedida por el Superintendente Nacional de Salud, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 1661, confirmándola.

En cada uno de los procesos se solicita a título de restablecimiento del derecho, se disponga que las clínicas no están obligadas a cancelar suma alguna por concepto de la sanción impuesta o en caso de darse el pago, les sea reintegrado el mismo respectivamente actualizado. Así mismo que se condene a la Superintendencia Nacional de Salud a pagar a la Clínica de La Mujer, una suma equivalente a cien (100) s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios morales que la sanción les ocasionó.

1.2. Hechos

El día 28 de mayo de 2005 la señora Yeneiris Frogoso Soto condujo a su hijo Jhon Jairo de cinco meses de edad al servicio de urgencias del Puesto de Salud de Mamatoco (Santa Marta), donde fue atendido, pero por carencia de elementos suficientes para brindar la atención que requería, se ordenó su remisión al Hospital Central Julio Méndez Barreneche. La madre del infante fue quien condujo directamente a su hijo al Hospital Julio Méndez, del cual lo devolvieron al Puesto de Salud de Mamatoco porque “no tenían ni para una aguja”.

En este puesto de salud, el médico de turno dispuso la consecución de una ambulancia y acompañó a la madre del menor hasta la Clínica Mar Caribe donde no lo atendieron por carencia de un ventilador disponible en la Unidad de Cuidados Intensivos. De allí el niño fue trasladado a la Clínica de La Milagrosa donde fue atendido y valorado por el médico de turno, quien ordenó su hospitalización inmediata, pero no fue posible porque no habían camas en la Unidad de Cuidados Intensivos.

Afirma el apoderado de la actora que la atención brindada por el médico de esta Clínica, la valoración que le hizo y la orden de hospitalización impartida constituyen la atención inicial de urgencias, según el artículo 12 del Decreto 783 de 2000.

En vista de que el niño no pudo ser hospitalizado en la Clínica La Milagrosa, el menor fue trasladado a la Clínica El Prado, donde tampoco pudo ser atendido por falta de disponibilidad de camas y ventiladores. De allí fue conducido luego a la Clínica de La Mujer, donde manifestaron que carecían del servicio de cuidados intensivos pediátricos. Ante esta situación, trasladaron al menor finalmente al Hospital Central Julio Méndez Barreneche, en donde lo atendieron y le suministraron algunos medicamentos, no obstante lo cual el menor falleció.

Debido a versiones periodísticas del Diario del Magdalena del 30 de mayo de 2005, la Dirección General del Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó a los representantes legales de las Clínicas involucradas en los hechos, la remisión de la Historia Clínica de la atención de urgencias brindada al menor, copia del registro consecutivo de ingresos de pacientes y copia del resumen de atención al egreso del servicio dado al paciente. Requerimientos que los hizo la Superintendencia con fundamento en las facultades dadas al Superintendente Nacional de Salud en los artículos 4, 5 y 12 del Decreto 1259 de 1994

Manifiesta que sus representadas respondieron los requerimientos informando que el día 28 de mayo, había llegado a la Institución un personal paramédico del Distrito averiguando sobre camas disponibles ya que un bebé de cinco meses requería de unidad de cuidados intensivos. Comenta que en el caso de la Clínica de La Mujer, ésta no contaba con UCI pediátrica ya que sólo tenía UCI neonatal y que estaba completamente llena, de tal forma que al área de urgencias no ingresó el paciente Jhon Jairo Fragoso ni su señora madre, motivo por el cual en ningún momento utilizaron los servicios de la institución de hecho no reposaba ninguna Historia Clínica del paciente.

Señala que mediante Auto 001590 de septiembre 8 de 2005 la Directora General para el Control del Sistema de Calidad, ordenó abrir investigación administrativa en contra de La Clínica de la Mujer y le dio traslado para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción en un término ininteligible “dentro de los tres (10) días” hábiles siguientes a la notificación.

Menciona que el auto indicó que la Clínica debería dar explicaciones acerca de las razones por las cuales negó al menor John Fragoso Soto la prestación inicial de

urgencias, “vulnerando al parecer lo dispuesto en los artículos 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993 y las instrucciones impartidas en la Circular 014 de 1995 en su numeral 4° por la Superintendencia Nacional de Salud en concordancia con el artículo 12 del Decreto 783 de 200.”.

Advierte el apoderado de las actoras que estas normas son de carácter prescriptivo al enunciar la voluntad de la autoridad normativa para unos destinatarios determinados, pero carecen de la condición de ser un enunciado tipificador de una falta administrativa merecedora de una sanción correccional.

Sostiene que la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad mediante los actos administrativos demandados, bajo el argumento de que era un deber de las Clínicas a través del médico de turno, prestar la atención inicial de urgencia al menor y no entorpecerla mediante trámites administrativos, decidió sancionar a las actoras con multa equivalente a trescientos cincuenta s.m.l.m.v. para cada una de ellas.

Contra estos actos administrativos sancionatorios se interpusieron los recursos de reposición y apelación, aduciendo violación al debido proceso, al derecho de defensa y dosificación informal de la sanción, así como la indebida apreciación de las pruebas, interpretación errónea de las normas y falsa motivación.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

El apoderado de las actoras cita como violados los siguientes artículos de la Constitución Política: 1°, 2°, 6°, 29, 83, 121 y 209; los artículos 168 y 188 inciso 1° de la Ley 100 de 1993; 12 del Decreto 783 de 2000; 5° del Código Penal y 13 de la Ley 734 de 2002. Fundamenta el concepto de violación mediante ocho cargos que se resumen así:

Primer cargo: Incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción impuesta cuya consagración en una norma legal no fue dada a conocer a las demandantes. Lo anterior, por cuanto la Directora General para el Control del Sistema de Calidad al imponer las respectivas sanciones, agregó un fundamento normativo distinto del que no se había hecho alusión en el pliego de cargos o solicitud de explicaciones, incongruencia que constituye violación al debido proceso.

Mientras en el pliego de cargos se le informó que al parecer se habían vulnerado los artículos 168 y 188 inciso 1° de la Ley 100 de 1993, el numeral 4° de la Resolución 014 del 28 de diciembre de 1995 y el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, al negarle la atención inicial de urgencia al menor Fragoso Soto, en los actos atacados de nulidad informó que su fundamento se encontraba en la Resolución 1320 de 1996 en la que se encontraba tipificada la supuesta conducta reprochable en que incurrieron las sancionadas, por lo que considera que los actos violaron los artículos 1, 2, 6, 29 y 121 de la Constitución Política

El segundo cargo de la demanda consiste en la violación de los principios de legalidad del juicio y tipicidad de la pena así como el de reserva legal, al considerar que la sanción impuesta por la demandada violó el debido proceso de las actoras, derecho constitucional que tiene operancia en las actuaciones administrativas según el inciso 1° del artículo 29 de la Constitución Política. Apoya su postura citando apartes de las sentencias C-818 de 2005, C-921 de 2001 y C-475 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional.

Lo anterior porque en los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993; en el artículo 12 del Decreto 783 de 2000 y en el numeral 4° de la Circular 014 de diciembre de 1995, normas aducidas como vulneradas en los actos administrativos demandados, de manera alguna tipifican legalmente como falta el hecho de que una entidad del sistema de seguridad social en salud no preste oportunamente la atención inicial de urgencias, pues estas disposiciones sólo se limitan a definir el concepto de atención inicial de urgencias y a garantizar su prestación a todos los usuarios.

Por tanto, afirma que la conducta no está prevista como falta sancionable en las normas que se consideran vulneradas por la Superintendencia Nacional de Salud, tanto en los pliegos de cargos como en las resoluciones sancionatorias.

El tercer cargo lo denominó la demandante violación a la reserva legal en materia sancionatoria y de legalidad de la competencia, al considerar que a lo largo de los actos administrativos demandados aparecen citadas mas no señaladas como vulneradas, normas que facultan a la Superintendencia Nacional de Salud para imponer sanciones a las entidades sometidas a su vigilancia y control.

Entre ellas, el artículo 5°, numeral 25 literal b), del Decreto 1259 de 1994 que dispone: *Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1000) s.m.l.m.v. a favor de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía: b) A las entidades públicas o privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector a que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago.*

Por su parte, la Resolución 1320 de 1996 en el artículo 3° establece entre otras funciones de la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad: “9. *Vigilar la atención inicial de urgencias, por parte de las entidades del sector público y privado en cuanto a oportunidad, eficiencia y calidad. (...).* 14. *Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1000) s.m.l.v. a favor de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía: a) a las entidades públicas o privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector a que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago...*”.

Afirma el apoderado de las actoras que, al parecer en esta última disposición se encuentra tipificada la falta sancionatoria, disposición que considera inconstitucional en virtud del principio denominado de reserva legal, conforme al cual el Estado debe someter el desarrollo de determinadas materias o asuntos jurídicos necesariamente a la ley, o al menos tener como fundamento la preexistencia de ésta.

Lo anterior porque si bien es cierto que para dictar la Resolución 1320 de 1996 el Superintendente Nacional de Salud se fundamentó en el artículo 7°, numerales 13 y 14 del Decreto 1259 de 1994, con esta decisión se violó el artículo 121 constitucional por cuanto este funcionario no podía mediante una Resolución o una Circular, bajo el disfraz de distribuir o reasignar funciones, crear una competencia que la ley le ha dado a la Superintendencia, en cabeza suya en un funcionario subordinado, a quien la ley no lo ha autorizado, para reprimir el hecho del no suministro de la atención inicial de urgencias.

El cuarto cargo de la demanda consiste en la ausencia de adecuación típica, que se evidencia en el hecho de que las conductas de las demandantes en los

hechos investigados por la demandada, no se adecuan a la descripción sancionatoria del artículo 5° numeral 25 literal b) del Decreto 1259 de 1994, ni en el supuesto normativo del artículo 12 del Decreto 783 de 2000, que establece que la atención inicial de urgencias está constituida por varias fases o acciones.

Señala el apoderado de la actora que en el expediente obra prueba demostrativa de que esa atención inicial de urgencias al menor Fragoso Soto, fue prestada en el Centro de Salud de Mamatoco y en la Clínica de la Milagrosa, donde el médico que atendió al menor después de estabilizarlo, dispuso su remisión a un centro de mayor complejidad que contara con el servicio de UCI pediátrica.

Advierte que prueba de la anterior afirmación se encuentra en la Historia Clínica tramitada por la doctora Milena Scarpatti médica de turno del Centro de Salud de Mamatoco; en la declaración rendida por la señora Yeneiris Fragoso Soto, madre del menor ante la Personería Distrital de Santa Marta; la declaración de la auxiliar de enfermería Rosalba Margarita Pitre; la declaración del médico Efrén Enrique Calero Guardiola de la Clínica La Milagrosa; de la doctora Delfina Almanza de la Secretaría de Salud Distrital. Mediante las anteriores pruebas se acredita que la atención "inicial" se le brindó al paciente.

Para la demandante cuando en las Clínica de la Mujer y en la Clínica El Prado se hizo presente el menor Fragoso Soto en compañía de la médica Milena Scarpatty y el personal paramédico de la ambulancia N° 6 de la ESE Alejandro Próspero Reverdand, no fue para que le prestaran el servicio inicial de urgencias porque éste ya se le había prestado en la Clínica La Milagrosa y en el Puesto de Salud de Mamatoco, sino para que se le internara en una unidad de cuidados intensivos pediátrica y no neonatal.

Destaca que en el caso de las Clínicas de La Mujer y El Prado, no podían prestar el servicio de UCI pediátrico al menor, por cuanto carecían de la Unidad y en el caso de la Clínica Mar Caribe, no tenía disponibilidad de la UCI en la fecha de los hechos, porque era la que unidad clínica que contaba en la ciudad con este servicio y por ello estaba congestionada. Por tanto, no se le puede exigir que al no poder prestar servicios en la UCI, a cambio de ello se debía haber prestado una urgencia inicial que no se le solicitaba y que ya se le había prestado. Se presenta entonces una causal de inculpabilidad, es decir, de exclusión del injusto que no merece sanción.

El quinto cargo de la demanda alude a la violación al principio de la culpabilidad en materia sancionatoria que excluye la responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, que tienen aplicación no sólo para las conductas de carácter penal sino cualquier otra administrativa como expresión del derecho sancionatorio, principio que encuentra su fundamento en los artículos 5° del Código Penal, 14 de la Ley 200 de 1995 y 13 de la Ley 734 de 2002.

Menciona que en los actos acusados no se hizo esfuerzo alguno por establecer si existe o no culpabilidad y a qué título, pues apenas se limitaron a cuestionar la comisión de una falta en que incurrieron las actoras, pero no se pronunciaron acerca del dolo o culpa grave de la omisión en la prestación de la atención de urgencias.

El sexto cargo lo hace consistir la demandante en la violación del régimen probatorio por omisión en la práctica de pruebas y falta de valoración de las mismas, lo cual conduce a falsa motivación de los actos demandados y vulneración al debido proceso de la Clínica.

Sostiene que lo anterior se evidencia porque al interponer los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones contentivas de las sanciones en contra de las actoras, se denegó la práctica de una serie de pruebas con el argumento de que estaban encaminadas a probar que las sancionadas no contaban con el servicio de UCI pediátrico o que se encontraba congestionado, lo cual no se aceptó porque la actuación administrativa obedeció a que la Institución no había cumplido con su obligación legal de brindar la atención inicial de urgencias al menor.

Lo anterior indica que había una preconcepción de los hechos y que fuera cual fuere la realidad de los mismos, todo debía mirarse desde la óptica particular de la demandada. De allí que los actos acusados al omitir la práctica de pruebas, incurrieron en una vía de hecho que es procedente predicar. Cita un aparte de la sentencia T-329 de julio 25 de 1996.

Menciona que la explicación de los hechos dada por el Gerente de la Clínica de La Mujer a la Superintendencia Nacional de Salud, sólo fue tomado en cuenta por la

demandada para demostrar la falta de atención en urgencias, pero no le dio el valor probatorio que merece, privilegiando o valorando a su amaño en cambio las declaraciones de la madre del menor, de los doctores Carlos Calero que atendió al menor en la Clínica La Milagrosa, Delfina Almanza de la Secretaría Distrital de Salud y del doctor Jorge Rocha y Darío Cujía, violando el debido proceso administrativo incurriendo en una vía de hecho. Apoya la anterior afirmación con fundamento en transcripciones de sentencias proferidas por la Corte Constitucional relativas a la procedencia de la tutela contra sentencias por haberse incurrido en vía de hecho en la valoración probatoria.

Finalmente dice con fundamento en citas doctrinales de Foerster y García *que “si en la motivación se incurre en un error jurídico o de apreciación de los hechos y de las pruebas, se está frente a una causal de nulidad del acto, la denominada falsa motivación”*.

El séptimo cargo según la actora se evidencia por la violación de los principios que rigen la actuación administrativa y el principio de la Buena Fe, consagrados en los artículos 209 y 83 de la Constitución Política respectivamente, por cuanto en los actos atacados se desestimaron las explicaciones dadas por los gerentes de las Clínicas investigadas, privilegiando las pruebas que los responsabilizan resultando parcializadas.

Informa que la parcialización de la Superintendencia es de tal consideración que en el fondo lo que pretende es sepultar la enorme responsabilidad social que le cabe a esa entidad y al Ministerio de Protección Social, en el caos hospitalario a que tienen sumida a la sociedad de Santa Marta por la ineficiencia en el manejo de la red hospitalaria.

Lo anterior porque cuando la Constitución Política establece que la salud es un servicio público, no es para trasladar la responsabilidad de su prestación a los particulares pues es una obligación que corresponde al Estado.

Se cuestiona de quién es la responsabilidad de que en el Hospital Central Julio Méndez Barreneche no hubiera habido forma de atender al menor como era debido, suministrándole el servicio de unidad de cuidados intensivos que requería devolviéndolo al Centro de Salud de Mamatoco en peores condiciones. La respuesta no puede ser otra que del Estado.

Según la actora la Superintendencia demandada no ha hecho nada para asegurar que los recursos destinados a la salud lleguen oportunamente a las empresas prestadoras de salud por los servicios que suministran por contrato al Estado o al Distrito de Santa Marta. Censura que el Ministerio de la Protección Social es el responsable por haber ordenado el cierre sin adoptar las medidas de contingencia para reemplazar los servicios de cuidados intensivos pediátricos, responsabilidad que se ha pretendido trasladar a las clínicas privadas.

En cuanto a la violación del principio de buena fe, considera que se evidencia en la resolución que decidió el recurso de apelación al afirmar que la Clínica de La Mujer: *“dicha Clínica no hace honor al nombre que despliega protegiendo el sufrimiento de una madre (sic) cuyo único ‘delito’ pareciera ser la pobreza”*, expresión que considera corresponde más al lenguaje de un sindicalistas de baja laya.

El octavo y último cargo consiste en la violación a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad de la sanción, en la medida en que la actuación sancionatoria administrativa, debe implicar la búsqueda de los medios adecuados al fin y la razonabilidad requiere que el medio utilizado, en cantidad y modo de disposición, sea adecuado al fin propuesto y que entre el medio utilizado (sanción) y el fin que se persiga debe existir proporción.

Sostuvo el apoderado de las demandantes que la entidad de vigilancia y control demandada, no tuvo en cuenta que el hecho o la conducta sancionada es una sola, y por la vía de aplicar una sanción de (350) s.m.l.m.v. para cada una de las clínicas sancionadas, logró el incremento de la subcuenta de solidaridad en (2.100) s.m.l.m.v., con exceso del tope de su capacidad sancionadora, que es de (1.000), lo cual evidencia la desproporción en las sanciones, casi una confiscación, que está proscrita en el artículo 34 de la Carta Política. No obstante lo anterior, afirma que la Superintendencia adelantó un solo expediente rompiendo la conexidad, al proferir actos administrativos independientes para de esta manera justificar la imposición de sanciones mucho más allá del tope legal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia Nacional de Salud presentó escrito² mediante el cual solicitó no fueran acogidas las pretensiones de la demanda y por el contrario abogó por la defensa de los actos administrativos demandados.

En primera medida consideró la apoderada de la demandada que las pretensiones de la demandante lo que evidencian es el propósito de sustraerse de las obligaciones de garantizar el acceso a la salud, buscando restringirlo y limitarlo. Fundamenta la anterior afirmación refiriéndose **in extenso** y analizando aspectos como el del sistema general de seguridad social en salud.

En cuanto al tema de las funciones y competencias de la Superintendencia Nacional de Salud afirmó que encuentra su fundamento normativo en las siguientes disposiciones legales: el artículo 233 de la Ley 100 de 1993; artículo 57 de la Ley 812 de 2003; artículos 3, 4 y 5 del Decreto 1259 de 1994 y 8 del Decreto 2309 de 2002, así como en la Resolución 1320 de 1996 expedida por el Superintendente.

Respecto del tema de la competencia de la Dirección General para imponer sanciones, sostuvo que su fundamento legal se encuentra en el artículo 12, numeral 5 del Decreto Ley 1259 de 1994 y en la Resolución 1320 de 1996, artículo 14 literales a) y b).

Afirma la apoderada de la entidad demandada que no cabe duda acerca de la competencia de la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad para conocer de la prestación del servicio de salud dentro de un Sistema e imponer las sanciones en caso de su incumplimiento, como aconteció con los actos acusados.

Luego se refirió al tema acerca de lo que se entiende por Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención de salud del sistema general de seguridad social en salud y de las características del mismo, con fundamento en los artículos 5 y 6 del Decreto 2309 de 2002, según los cuales el Sistema tiene como objetivo inescindible la calidad de la prestación de los servicios de salud para los actores encargados de brindarla, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 227 de la Ley 100 de 1993, bajo los principios de oportunidad, accesibilidad, integralidad y atención humanitaria entre otros.

² Visible a folios 163 a 195 del cuaderno 1

Afirma que con fundamento en el Decreto 1259 de 1994 que le otorga a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad para imponer sanciones, fue que el Superintendente Nacional de Salud profirió la Resolución 1320 de 1996, que en el artículo 14 literal c) asignó la función de vigilar la atención inicial de urgencias, por parte de las entidades del sector público y privado, en cuanto a oportunidad, eficiencia y calidad, dando cumplimiento al numeral 9 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en las anteriores afirmaciones, a juicio de la demandada no le asiste la razón a la demandante al afirmar que se violó el principio de la reserva legal en materia sancionatoria y la legalidad de la competencia, pues la Dirección General que emitió la resolución sancionatoria, tenía plena facultad para ello.

Menciona que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como las clínicas sancionadas tienen obligaciones que son de diferente índole, de tal forma que atendiendo a las mismas, les corresponde la prestación de la atención inicial de urgencias en condiciones de oportunidad y eficiencia, sin que haya motivo alguno para la omisión de la misma. Lo anterior con fundamento en el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2309 de 2002, la Resolución 1439 de 2002, la Ley 715 de 2001.

En cuanto al tema puntual de la atención inicial de urgencias y su obligatoriedad, la apoderada de la Superintendencia afirmó que este concepto se encuentra consignado en las siguientes legislaciones: artículo 3° de la Ley 10 de 1990; artículos 168 de la Ley 100 de 1993; en el artículo 12 del Decreto 783 de 2000; en el artículo 10 de la Resolución 5261 de 1994 y en la Circular 14 de 1995.

Respecto a las obligaciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, sostiene que en el artículo 153, numeral 9, de la Ley 100 de 1993 se destaca como fundamento de dicho servicio, la calidad de atención. Por lo anterior sostiene que, toda institución que preste servicios de salud está en la obligación de prestar atención inicial de urgencias, sea cual fuere la capacidad socioeconómica del solicitante del servicio.

Destaca que la atención inicial de urgencias corresponde a las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato.

Por tanto, la oportuna atención inicial de urgencias alude a que las acciones realizadas de urgencia, tiendan a estabilizar al paciente en sus signos vitales.

En cuanto a la actuación desplegada adujo que en la etapa gubernativa, se dieron serios elementos de juicio que condujeron a colegir que al menor le fue negada la atención inicial de urgencias, no existiendo en esta etapa procesal ni en la gubernativa, ninguna prueba que llevara a desvirtuar los hechos que demostraran que efectivamente la demandada, dispuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar propias de la atención inicial de urgencias, pues al contrario se infiere la negación de la atención solicitada para el menor.

Afirma que la omisión de las sancionadas transgredió pilares del Estado Social de Derecho fincados en la dignidad del ser humano, por cuanto tenían el deber de prestar atención inmediata al menor, debido a su calidad de persona, a lo crítico de su estado de salud, circunstancias que merecían toda la atención de las IPS, a fin de evitarle el paseo de institución a institución.

Destacó que no se puede pasar por alto el deber constitucional consagrado en el artículo 44, relativo a la especial protección que se les debe brindar a los menores de edad, postulado que ha sido objeto de abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Respecto de los actos administrativos demandados que impusieron las sanciones objeto de nulidad, sostuvo que la actitud de la Clínica de La Mujer frente a la prestación que solicitaba el menor Fragoso Soto, no reunió las características de una atención en condiciones dignas, razón por la que se inició la investigación administrativa sobre la cual guardó silencio la demandada pese a estar debidamente comunicada, desconociendo que se trataba de un menor de edad que requería de atención inicial de urgencias, donde estaba de por medio el derecho no solo a la salud sino a la vida.

En cuanto a la Resolución 1686 de noviembre 15 de 2005 considera la vocera de la Superintendencia que valoró en primer lugar la historia clínica tramitada por la Doctora Milena Scarpati médica de turno del Centro de Salud de Mamatoco y en segundo término la declaración de la señora Yeneris Fragoso Soto madre del menor. Los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación, previo el

análisis probatorio de la historia clínica, de los testimonios rendidos por la señora Fragoso, los doctores Scarpati y Calero, resolvieron confirmar la sanción recurrida.

Teniendo de presente que la actuación administrativa se surtió legalmente, afirma que no le asiste la razón a la demandante al señalar que hubo violación al debido proceso, pues la Superintendencia en las dos instancias encontró que la actora no brindó la atención inicial de urgencias al menor Fragoso Soto, pues no hizo lo pertinente para estabilizar los signos vitales, no realizó un diagnóstico de impresión y no definió el destino del paciente, razón por la cual fue que la demandada consideró que se violaron los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993, el numeral 4° de la Circular 014 de 1995 y el artículo 12 del Decreto 783 de 2000.

Señala que la entidad de vigilancia y control fundamentó sus decisiones en la normatividad vigente, en primer lugar la que determina sus competencias, en segundo lugar la que regula la atención inicial de urgencias, por lo que fácil es colegir que no hubo en manera alguna violación al debido proceso como lo depreca la actora. Incluso destaca que no se puede desconocer que la demandada tuvo la oportunidad de interponer los recursos legales que fueron resueltos con observancia de las pruebas obrantes en el plenario

Desestimó la afirmación de la parte demandante en cuanto a la supuesta violación al debido proceso, por cuanto esta violación sólo se presenta cuando se pretermiten términos legalmente establecidos o cuando no se decretan pruebas conducentes, es decir, cuando se ignoran las formas de juzgamiento, pero no cuando el investigador se nutre de las pruebas obrantes en el proceso, como aconteció en el **sub iudice**.

Respecto del pliego de cargos, la sanción impuesta y la tipicidad de la conducta sostiene el apoderado de la demandada que contienen interpretaciones equivocadas al considerar, como lo hizo la actora, que se evidencia una incongruencia entre la disposición vulnerada y la norma con la cual se fundamentó la sanción. Lo anterior, por cuanto una cosa son las normas violadas y otra la competencia del ente de control para imponer sanción por la violación de las normas anunciadas.

Advierte que no cabe duda que en la Resolución 1686 de 2005 la Superintendencia encontró que la actora vulneró los artículos 168, 188 de la Ley 100 de 1993, el numeral 4 de la Circular 14 de 1995 y el artículo 12 del Decreto 1283 de 2000, fundamentos legales en los que encontró mérito para sancionarla, al ser clara la tipificación de la conducta, pero como quiera que esa sanción debe ser soportada en una competencia, ésta se encuentra en la Resolución 1320 de 1996. artículo 3 numerales 9 y 14 literal a).

En cuanto a los términos tipicidad y culpabilidad que echa de menos la parte actora, considera la demandada que son términos que se usan en el derecho penal o disciplinario, pero que en el derecho administrativo lo que se debe observar es si la acción o la omisión de la persona causó un daño independientemente de la intención.

Afirma que los actos demandados sí determinan la competencia funcional de la Dirección General para el Área de Control de Calidad de la Superintendencia para imponer sanciones, tal y como se contempló en el Auto de Apertura de Investigación 1590 de 2005 y luego en la Resolución 1686 de 2005.

Destacó el hecho de que, contrario a como lo entendió la actora, las disposiciones que sirvieron de marco legal para la expedición de los actos acusados, sí tipifican la conducta sancionada, toda vez que las mismas hacen mención a la obligación de las aseguradoras para el cubrimiento de la atención inicial de urgencias, con las actividades de diagnóstico y la remisión del paciente, las cuales incumplió la demandante.

En punto a la censura relativa a la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, la representante de la Superintendencia aduce que el fundamento y función de la pena administrativa no tiene el carácter retributivo que tiene en materia penal, sino que destaca en él lo correctivo o ejemplificador. Por tanto, durante la etapa sancionatoria, su representada con miras a hacer prevalecer el criterio de proporcionalidad, acopió precisamente estos principios que sirvieron de directriz para definir el monto de la sanción.

Además de lo anterior, sostuvo que no se puede desconocer que en la proporción de la sanción, convergen ciertas situaciones que incrementan o reducen la pena, las cuales fueron precisadas al resolver el recurso de apelación en la vía

gubernativa. Entre estas situaciones están: la magnitud del daño causado, la condición de debilidad manifiesta del paciente, la insensibilidad frente a la urgencia y la diligencia o el descuido en la labor desplegada.

Frente al cargo de la demanda relativo a la legalidad de los actos acusados y la supuesta falsa motivación endilgada por la actora, sostiene el vocero de la demandada que con fundamento en los antecedentes de los actos acusados, no se puede predicar la falsa motivación por cuanto no existe una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que haya motivado la producción de los mencionados actos. Al contrario, dice que lo que resulta evidente es que la actora hace esfuerzos por determinar que la Clínica de La Mujer no estaba obligada a prestar la atención inicial de urgencias, al haber ya sido prestada por la Clínica La Milagrosa, argumento que no es válido por cuanto la sancionada tenía la obligación de prestar dicha atención hasta lograr la estabilización del paciente.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: la que denominó legalidad de la actuación por inexistencia de causal que afecte la validez de los actos administrativos; la excepción de ineptitud de la demanda por ausencia de cargos imputables a la demandada, hecho que impide la solicitud de restablecimiento del derecho por ausencia de daño y la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa al considerar que en la actuación administrativa, la actora sostuvo que el acopio probatorio era precario por fundarse exclusivamente en prueba testimonial. Por tanto dice que no todas las violaciones alegadas en la etapa contenciosa fueron alegadas en la vía gubernativa.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Clínica demandante presentó escrito contentivo de alegatos de conclusión³, mediante el cual reiteró in extenso los planteamientos con base en los cuales fincó los cargos de la demanda.

La Superintendencia Nacional de Salud no intervino en esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA APELADA

³ Figura a folios 338 a 366 del cuaderno principal

El Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las pretensiones de la demanda por lo que declaró la nulidad de los actos demandados y que, como consecuencia de las nulidades decretadas, ninguna de las clínicas actoras –De La Mujer, El Prado y Mar Caribe-, están obligadas a cancelar suma alguna por concepto de las multas que les habían sido impuestas⁴.

En primer lugar, sobre las excepciones propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud consideró que no alcanzan a enervar los cargos de la demanda, motivo por el cual no accedió a ninguna de ellas por tratarse de planteamientos que versan sobre el fondo del tema cuestionado.

Para el a quo el tema central de discusión consiste en que la imposición de la sanción no tuvo como fundamento la negativa de atención del infante en una Unidad de Cuidados Intensivos pediátricos, sino el hecho de que las sancionadas no brindaron la atención inicial de urgencias al menor. Así mismo considera que el otro tema en análisis consiste en que el marco normativo puesto de presente en los actos acusados para la imposición de la sanción, no tipifica legalmente como falta ni aún como tipo abierto, el hecho de que una entidad de seguridad social en salud no haya prestado oportunamente la atención inicial de urgencias y, que como ésta es una sola, no tenía por qué darse o repetirse en todas las instituciones prestadoras de salud.

No obstante se pronunció frente a cada uno de los ocho cargos planteados en la demanda, en los siguientes términos:

Respecto de la supuesta incongruencia entre el pliego de cargos o solicitud de explicación y la sanción impuesta, consideró que ciertamente en ellos no se invocó la Resolución 1320 de 1996, por lo que no fue técnicamente bien elaborado ya que el pliego de cargos hizo referencia a una serie de disposiciones que consagran la obligatoriedad de prestar la atención inicial de urgencia, en las cuales no se mencionan las consecuencias y la sanción que tenía el incumplimiento de esa obligación, al tiempo que no precisó las normas infringidas, que serían las contenidas en el artículo 12, numeral 5 del Decreto Ley 1259 de 1994 y en la Resolución 1320 de 1996, que sí sanciona la omisión.

Por tanto sí encontró por esta razón violación al debido proceso de la actora.

⁴ Mediante providencia visible a folios 368 a 387 del Cuaderno 1.

En cuanto a los cargos segundo y tercero de la demanda que tienen que ver con la violación al debido proceso por falta de adecuación típica de la conducta sancionada, a juicio de la primera instancia ninguna de las preceptivas invocadas como vulneradas -artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993; 12 del Decreto 783 de 2000 y la Resolución 014 de diciembre de 2005-, tipifican como falta la no prestación oportuna de dicha atención inicial de urgencias, puesto que ninguna de ellas describe conducta o comportamiento que tenga la condición de ilícito de forma clara y expresa como lo exige la Corte Constitucional.

Lo anterior, por cuanto considera que la atención inicial de urgencias no obstante sus diversas fases o acciones es una sola y, no tenía por qué darse o repetirse en las instituciones prestadoras de salud demandadas a donde fue llevado el menor en busca de un ventilador en una unidad de cuidados intensivos pediátricas, pues ya esa fase inicial había cumplido sus primeras acciones y se encontraba en la fase final del procedimiento.

La primera instancia valoró las siguientes declaraciones rendidas ante esa instancia judicial: la de la doctora Milena Scarpatti Benavides, médica que atendió al menor en el Puesto de Salud de Mamatoco y quien acompañó al menor en la ambulancia en búsqueda de la atención de nivel superior de urgencia; la declaración de la enfermera Rosalba Margarita Pitre, quien también estuvo presente en la ambulancias el día de los hechos investigados; de la doctora Cecilia Cohen Prado Subgerente de asistencia de la ESE Alejandro Próspero Reverand; la del doctor Efrén Enrique Calero médico de urgencias de la Clínica La Milagrosa. Aduce que las anteriores declaraciones coincidieron en afirmar que el menor requería era de atención en Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos y no de atención inicial de urgencias.

Del mismo modo analizó el cuestionario respondido por el Tribunal de Ética Médica del Magdalena, Cesar, Guajira y Distrito de San Marta, en el que respondió que no era necesario volver a evaluar al menor en cada una de las clínicas a donde fue llevado, pues el paciente lo que requería era atención de UCI pediátrica.

Sostuvo la primera instancia que pretender que al menor lo atendieron en todas las instituciones hospitalarias a donde fue remitido, porque la inicial entidad que le

prestó el servicio no contaba “*con la capacidad o los recursos para la complejidad del caso*”, antes que favorecerlo podía agravarle su situación, haciendo ineficiente cualquier atención distinta a la que el niño requería que era la de un ventilador en una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica.

Descartó la afirmación de la defensa de la demandada según la cual, la tipicidad de la conducta sólo opera en tratándose de asuntos penales o disciplinarios, pues es reconocida la potestad sancionadora de la administración como expresión del *ius puniendi* del Estado, dentro del cual convergen el derecho penal, el derecho administrativo sancionador en sus vertientes de policía administrativa y disciplinaria.

De forma enfática determinó que a ninguna de las clínicas investigadas, incluida la de La Mujer, le cabe responsabilidad alguna, porque a ninguna de ellas se le hizo remisión con el fin de que se le prestara el servicio de atención inicial de urgencias, pues ninguna de las clínicas contaba en ese momento con la capacidad técnica para responder a la compleja salud del menor, tal y como lo prevé el párrafo del artículo 4 del Decreto 412 de 1994.

Por tanto consideró que habiendo sido remitido el menor al Hospital Julio Méndez Barreneche, quedaba bajo su responsabilidad la admisión del menor, la atención inicial de urgencia y su estabilización como entidad remisoría, por lo que mal puede imputarse esa responsabilidad a las clínicas investigadas ya que no contaban con la disponibilidad de UCI pediátrica.

De tal modo que la conducta endilgada a las actoras no se amolda a las normas que se dicen infringidas, por lo que la conducta es atípica. Por tanto, esta censura fue acogida por el a quo.

Frente al tercer cargo de la demanda relativo a la reserva legal y legalidad de la competencia, señaló el a quo que el Decreto Ley 1259 de 1994 preservó estos principios cuando asignó a la Superintendencia Nacional de Salud, la facultad de sancionar con multa a las entidades públicas o privadas que prestan el servicio de salud al no suministrar la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, por estar contenida esta sanción en un decreto con fuerza de ley expedido por el Presidente de la República como legislador extraordinario y porque la conducta que daba lugar a la sanción, estaba nítidamente descrita

Sin embargo sostuvo que este principio resultó vulnerado, cuando el Superintendente Nacional de Salud se despojó de esta atribución propia de su cargo, al expedir la Resolución 1320 de 1996 mediante la cual reasignó esta función a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad, lo cual desconoció también el artículo 121 superior, pues sólo el legislador podía atribuir a esta Dirección General del ente de vigilancia y control, la competencia para sancionar como quiera que se había radicado esta facultad en el titular de la Superintendencia y no en su Director, al no haber sido consignada en el artículo 12, numeral 5, del Decreto 1259 de 1994. Por lo anterior, prosperó este planteamiento de reproche.

Respecto del cargo endilgado por la actora relativo al principio de culpabilidad, el Tribunal Administrativo del Magdalena consideró que los actos administrativos por sí solos muestran que la Superintendencia Nacional de Salud, se satisfizo con la comprobación objetiva de que las actoras omitieron prestar una atención inicial de urgencias, pese a que ésta no les fue solicitada ni era requerida por la existencia previa de su prestación.

Por lo anterior dijo que la demandada, dedujo objetivamente la responsabilidad y sancionó sin siquiera preocuparse por establecer si hubo intención dañosa o culposa en el proceder de las demandantes. De allí que al no establecer la demandada, a qué título –doloso o culposo- actuaron las demandantes, incurrió en violación al principio de culpabilidad. En suma, fue acogida esta censura.

Frente a la omisión en la práctica de pruebas y no valoración de las que obraban en la actuación administrativa, apreció la primera instancia que se evidencia por el hecho de que la Superintendencia negó la prueba solicitada por la Clínica de La Mujer el interponer el recurso de reposición contra la Resolución 1686 del 15 de noviembre de 2005, con la cual pretendía acreditar que no contaba el día de los hechos investigados, con el servicio de UCI Pediátrica pues sólo había UCI Neonatal, así como buscaba demostrar los servicios autorizados a la clínica.

De acuerdo con esta omisión para el fallador lo que se evidencia es que a la demandada sólo le interesaba dejar por sentado que la clínica sancionada, había omitido la prestación de atención inicial de urgencias al menor, por lo que juzga que la actividad probatoria desplegada por la Superintendencia no se orientó a

establecer si la demandante tenía o no razones fundadas para no prestar el servicio que requería el menor, que era el ventilador en la UCI Pediátrica, lo que hubiera permitido demostrar que no había mala fe o dolo o culpa grave en la infracción. Por tanto, no se le dio a la actora la “oportunidad imparcial y previa para el ejercicio del derecho de defensa”, como lo alegó su apoderado.

El séptimo cargo referente a la violación de los principios de economía y de imparcialidad que orientan la actuación administrativa, que repercuten en el desconocimiento del principio de buena fe en que incurrieron los actos acusados según la demandante porque fue evidente que la actividad investigativa y sancionatoria desplegada por la Superintendencia de Salud, tenía como único propósito sentar el precedente de escarmentar, cuando en el fondo lo que hizo fue opacar la responsabilidad del caos hospitalario de la ciudad por la ineficiencia en el manejo de la red hospitalaria.

Según el Tribunal, la actora no explicó la violación al principio de economía, acerca de la imparcialidad con el fin de que la Superintendencia estableciera precedentes ejemplarizantes, el material probatorio es poco convincente al efecto. Adujo también que si la demandada hubiera sido imparcial en la indagación que adelantó, debió haber establecido las razones por las cuales no se evitó el peregrinar del menor en busca de una UCI Pediátrica y por qué el Hospital Central Julio Méndez Barreneche se negó a recibir al menor, cuando tenía según los varios declarantes contaba con UCI para menores y no esperar al fatal periplo para luego recibir al menor y no prestarle la atención debida. Con esta omisión, además de vulnerarse los principios que orientan la actuación administrativa, desconoció el material probatorio allegado al expediente. Fue acogido parcialmente el cargo, por violación al principio de imparcialidad.

Respecto de la violación al principio de la buena fe, para la primera instancia no forma parte del debido proceso y no fue objeto de discusión en vía gubernativa, por lo que no fue acogido como argumento de cargo.

Finalmente en cuanto a la violación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad de la sanción, sostuvo que a pesar de que no está demostrado que se hubiera adelantado una sola actuación administrativa que dio lugar a la sanción con 350 s.m.l.m.v. a cada una de las clínicas investigadas, por lo que se habría excedido en el tope de los 1.000 s.m.l.m.v. límite de su capacidad

sancionatoria, consideró el Tribunal que ese adelantamiento unificado no se constituye en razón para que cada institución hospitalaria no hubiese podido ser sancionada de manera independiente, acudiendo precisamente a los principios invocados como violentados. Por tanto denegó la prosperidad de este cargo.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La Superintendencia Nacional de Salud a través de apoderada judicial, presentó recurso de apelación⁵ mediante el cual solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativa del Magdalena mediante los siguientes planteamientos:

Señaló que la primera instancia no efectuó un riguroso examen con sustento legal, al no expresar la razón por la que no declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda, al considerar que no era suficiente la afirmación del fallo según la cual, las demandas se adecuaron a las exigencias del artículo 137 CCA, además de que en las acciones incoadas se estructuraron cargos que sólo al final del estudio de fondo, la Sala se pronunciará.

Respecto de la excepción denominada por la demandada indebido agotamiento de la vía gubernativa, el recurrente reprochó la afirmación del a quo según la cual, la circunstancia de que con los cargos que se endilgan a los actos administrativos acusados se pretenda demostrar que las demandadas no estaban obligadas a suministrar la atención requerida por el menor, no guarda relación con el agotamiento de la vía gubernativa.

Lo anterior por cuanto el a quo olvidó analizar todo el contenido de la excepción en los términos en que fue planteada en la contestación de la demanda, como quiera que entiende que el agotamiento de la vía gubernativa se presenta en razón a que según los artículos 135 y 50 CCA, para poder acudir a la etapa judicial no sólo se debieron haber interpuesto los recursos procedentes sino que se debieron haber presentado los argumentos configurativos de la causal de nulidad, alegaciones que constituirían causal de revocatoria de los actos acusados, con el fin de que la administración hubiera tenido la oportunidad de revisar sus propios actos.

⁵ Figura a folios 398 a 404 del Cuaderno Principal

Aduce que en el caso en estudio, en la vía gubernativa, a la actora no se le controvertió la valoración de las pruebas allegadas al proceso, por cuanto sólo se hizo mención de las mismas en la vía contenciosa, lo que se traduce en que las razones que allá la soportaron, no sólo no la configuraron sino que además difieren de las que se ofrecen en la etapa jurisdiccional que tampoco sirven para estructurar esta causal.

En cuanto al fondo de los cargos de la demanda efectuado por el a quo, consideró el apelante que denotan falta de claridad y conocimiento en la normatividad que regula la atención inicial de urgencias, por cuanto el artículo 160 de la Ley 100 de 1993, establece que la atención inicial de urgencias y la obligatoriedad de todas las entidades públicas y privadas de prestarla, no está sometida a requisito alguno.

El artículo 12 del Decreto 783 de 2000 determina las acciones consistentes en la atención inicial de urgencias, dentro de las cuales se tiene, las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales, censurando el hecho de que según la realidad de los hechos investigados, en las diferentes clínicas a donde fue llevado el menor Fragoso Soto, hubiera sido una recepcionista la que hubiera informado que no tenía disponibilidad de camas y ni siquiera permitió que un médico valorara al paciente.

Con fundamento en una de las varias declaraciones de la doctora Milena Scarpetty, médica que acompañó al menor en la ambulancia, afirmó que en el caso estudiado se incurrió en el denominado “paseo de la muerte”, el cual es censurado por la legislación señalada por la Superintendencia en los actos acusados y sus correspondientes recursos.

Por lo anterior, cuestiona el hecho de que la administración no podía ser indolente frente a un drama como el de un menor en estado de indefensión no solo por su escasa edad sino por el estado crítico de salud que debía ser atendido, según lo dispuesto en el literal b) del Decreto 783 de 2000 y practicársele un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato inmediato, pero es que ni siquiera se le dio la oportunidad de ingresar a la Clínica de La Mujer y ser valorado por un médico.

Señaló que en el caso en estudio, no se hizo siquiera un mínimo esfuerzo por prestar la atención inicial de urgencias al paciente, de acuerdo con las explicaciones rendidas por el Gerente de la Clínica de la Mujer acerca de los hechos acontecidos el 28 de mayo de 2005 al afirmar: *“El día 28 de mayo de 2005, en horas de la noche se acercó a nuestra institución un personal paramédico del Distrito averiguando sobre camas disponibles, pues necesitaban atención inmediata para un bebé de cinco meses de nacido en malas condiciones que requería unidad de cuidados intensivos pediátrica. Se les informó que la Clínica no cuenta con UCI pediátrica, solo tiene UCI neonatal y que además en la fecha mencionada estaba totalmente llena de tal forma que en el área de urgencias no ingresó el paciente Jhon Fragoso, ni su señora madre, motivo por el cual en ningún motivo utilizaron los servicios de la institución y por lo tanto no reposa ninguna Historia Clínica del paciente en mención”*.

Afirmó la apelante que si bien es cierto el menor fue atendido en la Clínica La Milagrosa, no se cumplieron los señalamientos del literal a) del artículo 12 del Decreto 783 de 2000, por cuanto al paciente nunca se le estabilizaron sus signos vitales y por el contrario, en criterio de la médica que acompañaba al bebé en la ambulancia, era necesario la atención en la UCI ya que su estado de salud estaba muy deteriorado y requería de forma inmediata de asistencia ventilatoria, la cual no fue suplida en ninguna de las instituciones a las cuales llevaron al paciente, al no permitírsele si quiera el ingreso.

La apelante destacó que el menor Fragoso Soto debió haber sido remitido a un centro hospitalario donde pudiera haber sido estabilizado, pero es que ni siquiera fue recibido ni mucho menos valorado por un médico en las clínicas a donde fue llevado, por cuanto éstas solo se limitaron a hacer un diagnóstico pero no estabilizaron los signos vitales del paciente, motivo por el cual insistió en que no se concretó la atención inicial de urgencias.

Recalcó que de acuerdo con la Circular 14 de 1995, la entidad que haya prestado la atención inicial de urgencia, tiene la responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que lo dé de alta, si no ha sido objeto de remisión. Si el paciente si fue remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora, además si la entidad que recibe en primera instancia no cuenta con la capacidad técnico científica para atenderlo, y debe remitirlo, la

entidad receptora también está obligada a prestar la atención inicial de urgencias, hasta alcanzar la estabilización del paciente en sus signos vitales.

Menciona que si ninguna de las clínicas sancionadas cumplió con los preceptos normativos de la Circular 14 de 1995, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues ese actuar debe ser sancionado como lo fue a través de los actos atacados. Cuestiona que si esta vulneración no es adecuación típica, entonces qué lo viene a ser para el Tribunal de primera instancia.

Frente a la incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción, considera la recurrente que no pueden ser acogidos los argumentos expuestos en el fallo apelado, toda vez que una cosa es el pliego de cargos y otra el acto administrativo que impuso la sanción. Dice que en ninguno de los dos se puede interpretar como lo hizo el a quo, que el ente de control sancionó por incumplimiento a la Resolución 1320 de 1996.

Sostuvo que no es cierto que el pliego de cargos no fue elaborado técnicamente, por el hecho de que no hubiera citado la Resolución 1320 o el Decreto 1259, pues tal y como se observa en las resoluciones demandadas que impusieron la sanción, se trata de la competencia que tenía para la época de los hechos la Superintendencia Nacional de Salud, para sancionar actos por incumplimiento en la atención inicial de urgencias, de acuerdo con los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993, numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y el artículo 12 del Decreto 783 de 2000 y, a la competencia para sancionar la cual se fundamenta en la Resolución 1320 de 1996 y el Decreto 1259 de 1994 para imponer multas, entre otras sanciones.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

Fueron presentados tanto por el apoderado de la Clínica de La Mujer así como por el apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud, mediante los cuales reiteraron los argumentos a través de los cuales solicitan se confirme o se revoque según el caso, el fallo apelado⁶.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

⁶ Obran a folios 8 al 15 y 16 al 39 del Cuaderno de segunda instancia

El Delegado de la Procuraduría General de la Nación presentó concepto mediante el cual consideró que no obstante la prosperidad parcial del recurso de apelación, el fallo apelado debe ser confirmado, toda vez que existen otros pilares de la sentencia que la demandada olvidó incluir dentro de la impugnación que se tornan inmodificables para el superior funcional y que tienen la virtud, por sí mismos, de fundar la nulidad de los actos administrativos cuestionados.

Aunado a lo anteriormente expuesto, sostuvo que los cargos relacionados con la falsa motivación de los actos acusados, también tiene vocación de prosperidad por lo que, por este aspecto consideró que debería confirmarse la decisión de la primera instancia.

Es así como para el Delegado del Ministerio Público, los aspectos que no fueron objeto de impugnación por parte de la demandada fueron los relativos a la violación a los principios de reserva de ley y legalidad de la competencia, al considerar el a quo que el Superintendente Nacional de Salud se despojó de su facultad sancionatoria para asignársela a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad.

El otro punto que tampoco fue objeto de reproche por la recurrente fue el de la violación al principio de culpabilidad, al apreciar la primera instancia que la Superintendencia Nacional de Salud se conformó con la comprobación objetiva de que las clínicas sancionadas omitieron prestar una atención inicial de urgencias, sin preocuparse por establecer si fue a título doloso o culposo.

A juicio del Agente de la Procuraduría General de la Nación, el fallo apelado se debe confirmar con independencia de si los argumentos del recurso son o no acogidos por la Sala, por cuanto existen otros que la apelante olvidó incluir que se tornan fundamentales para la decisión del ad quem, aspectos que además tienen la virtud de fundar la nulidad de los actos demandados.

Mencionó que de acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación, no es procedente plantear hechos nuevos que no fueron objeto de discusión en los recursos de la vía gubernativa, aunque sí es posible mejorar los argumentos siempre y cuando no se cambie la petición que se hizo en la vía gubernativa.

En todo caso se refirió al tema propuesto en la apelación relativo a la excepción denominada indebido agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la demandada. A juicio de la vista pública esta excepción fue correctamente desestimada por el a quo, como quiera que la Superintendencia Nacional de Salud si tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los defectos presentados al practicarse la prueba testimonial y la correspondiente valoración (de las declaraciones de la doctora Milena Scarpetty, Rosalba Pitre y Yeneisis Fragoso Soto), tal y como lo evidencia la Resolución 0499 de 2006 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 1686 de 2005.

Respecto del argumento de apelación según el cual, ninguna de las sancionadas cumplió con las normas de la Circular 14 de 1995 por lo que ésta se constituye en una verdadera adecuación típica de las conductas omisivas, considera el Ministerio Público que este punto de discusión se refiere a la falsa motivación de los actos atacados.

Luego de citar jurisprudencia relativa a este tema, afirmó que las resoluciones expedidas por la demandada, señalaron que la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia dispuso ordenar la apertura de investigación administrativa por incurrir las demandantes en vulneración de los artículos 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993, el numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, al haber negado la prestación de la atención inicial de urgencia del menor Jhon Jairo Fragoso Soto el 29 de mayo de 2005.

Menciona que del contenido de estas disposiciones legales invocadas como vulneradas en los actos demandados, surge la obligatoriedad de la prestación de la atención inicial de urgencias a cargo de los prestadores de servicios de salud públicos o privados a todas las personas que la requieran. En cuanto a la prueba testimonial practicada en el proceso judicial, dan cuenta que al menor le fue prestada la atención inicial de urgencia y que por su estado de gravedad requería su remisión a una Unidad de Cuidados Intensivos. Tal y como lo confirman los testimonios de la doctora Milena Scarpatty, Rosalba Pitre, Cecilia Cohen Prado y del doctor Efrén Enrique Calero.

Con fundamento en el contenido de las anteriores declaraciones, para el Agente Ministerial se encuentra demostrada la falsa motivación de los actos

administrativos demandados, pues la realidad acredita que la atención inicial de urgencias sí se le prestó al menor, no obstante se requería de un nivel de complejidad en la atención. Por tanto la administración dio razones engañosas, contrarias a la verdad de las cuales no tuvo certeza, por lo que el recurso de apelación no puede prosperar en este sentido.

La Procuraduría descartó la supuesta incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción, al considerar que evidentemente se ordenó la apertura de la investigación administrativa por incurrir, las entidades demandantes, en vulneración a lo dispuesto en los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993, el numeral 4 de la Circular 014 de 1995 y el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, al negar la prestación de la atención inicial de urgencias del menor John Fragoso el 29 de mayo de 2005 y fue bajo el supuesto incumplimiento de estas normas, que fueron efectivamente sancionadas, sin que fuera necesario en esta etapa inicial en la cual se solicitan explicaciones sobre los hechos ocurridos, establecer las normas que imponen las respectivas sanciones por incumplimiento de esta obligación de prestar dicha atención de urgencias, por lo que para el Delegado de la Procuraduría, el recurso resulta próspero en este punto, sin embargo no resulta suficiente para revocar el fallo impugnado.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Los actos administrativos demandados

No se efectuará la transcripción de los actos acusados en un sólo acápite sino que se hará alusión a ellos a lo largo del presente análisis.

6.2. Alcance del Recurso de apelación

Los planteamientos de inconformidad planteados por la apoderada de la Superintendencia Nacional de Salud, son los siguientes: en primer lugar, afirmó que la primera instancia no acogió la excepción de inepta demanda al considerar que *“en las demandas se estructuran y sustentan diversos cargos, sobre los cuales será necesario realizar ‘riguroso examen’, sólo al final del cual podrá la sala pronunciarse sobre su viabilidad”*. A juicio de la apelante el riguroso examen que advirtió el a quo no se llevó a cabo, al no plantear la razón legal por la cual se despachaba desfavorablemente la excepción.

En segundo término, consideró la impugnante que tampoco comparte la decisión del a quo de no haber acogido la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, al considerar que el Tribunal no analizó todo el contenido de los planteamientos expuestos en la excepción, pues en la vía gubernativa no se le controvertió la valoración de pruebas allegadas al proceso (que según las demandantes fue precario por fundarse solamente en prueba testimonial lo cual devino en vulneración al debido proceso), toda vez que sobre las mismas no hubo pronunciamiento alguno por parte de las implicadas en sede administrativa ya que sólo hicieron mención a aquellas en la vía contenciosa.

A renglón seguido la recurrente cuestionó la decisión de fondo de la primera instancia, al considerar que desconoció la legislación que regula el tema de la atención inicial de urgencias, entre otras normativas, las consagradas en la Ley 100 de 1993, el Decreto 783 de 2000 y la Circular 014 de 1995, que sirvieron de fundamento para la imposición de las sanciones a las clínicas demandantes.

Finalmente se refirió a la supuesta incongruencia del pliego de cargos y las resoluciones sancionatorias, al considerar que se trata de actos administrativos distintos y, que se debe diferenciar el marco normativo que resultó vulnerado por las conductas omisivas de las clínicas sancionadas y las normas que le otorgan la competencia a la Superintendencia para imponerlas.

Pues bien, luego de analizados con detenimiento los anteriores puntos de discrepancia, la Sala encuentra que las excepciones planteadas por la entidad pública demandada en la contestación de la demanda y reiteradas en la censura, en el fondo contienen verdaderos argumentos de fondo que atacan la decisión apelada.

Tan cierto resulta lo anterior, que la recurrente mediante las excepciones propuestas lo que pretendía a toda costa era, expresar las razones que justificaban la legalidad de las multas pecuniarias impartidas a las clínicas actoras en los actos demandados, por no haber prestado la atención inicial de urgencias al menor Jhon Jairo Fragoso Soto, situación que indudablemente se constituye en un verdadero argumento de apelación –y no en una simple excepción como la denominó-, al atacar el fondo de la decisión adoptada por el a quo que declaró la

nulidad de las resoluciones sancionatorias, luego de considerar que el menor no la requería porque ya se le había prestado en una ocasión.

En virtud de las anteriores circunstancias, la Sala interpretará las excepciones como verdaderos argumentos de apelación frente al fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por lo cual procederá al estudio de fondo del asunto.

6.2.1. En cuanto a la ausencia de adecuación típica y la supuesta violación a los principios de legalidad y tipicidad

A juicio del apoderado de las actoras, las normas invocadas como vulneradas por las clínicas sancionadas en los actos administrativos demandados -artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993; 12 del Decreto 783 de 2000 y el numeral 4 de la Circular 014 de 1995-, no tipifican como falta el hecho de que una IPS no preste la atención inicial de urgencias. Así mismo aduce que las conductas por las cuales fueron sancionadas por la Superintendencia Nacional de Salud, no se adecuan a la descripción sancionatoria del artículo 5° numeral 25 literal b) del Decreto 1259 de 1994, ni en el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, como quiera que la atención inicial de urgencias sí se le prestó al menor John Fragoso Soto ya que no se debía prestar sino una sola vez. Aduce también que, en el caso de las Clínicas de La Mujer y el Prado no tenían Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos mientras que la Clínica Mar Caribe, a pesar de sí tenerla, no estaba disponible el día de los hechos investigados, motivo por el cual no incurrieron en conducta típica irregular alguna.

Mientras el a quo acogió estos cargos al considerar que las conductas reprochadas a las sancionadas, no se adecuaban a la descripción típica de las normas invocadas como vulneradas, además que la atención inicial de urgencias no tenía por qué ser prestada por las clínicas sancionadas nuevamente –con fundamento en un concepto del Tribunal de Ética Médica del Magdalena, Cesar, Guajira y Distrito de Santa Marta-, la apelante sostuvo lo siguiente:

Que la primera instancia desconoció el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 según el cual la atención de urgencias no está sometida a requisito alguno; el artículo 12 del Decreto 783 de 2000 determina las acciones que contienen la atención inicial de urgencias, entre ellas, la de estabilización de signos vitales; las IPS al negar la

atención inicial en urgencias al menor fueron indolentes e incurrieron en el denominado “paseo de la muerte”; las clínicas sancionadas desconocieron la Circular 014 de 1995, relacionada con el tema de la responsabilidad entre las IPS al prestar la atención inicial de urgencias.

La Sala acoge los anteriores planteamientos del apelante, con fundamento en las siguientes consideraciones: en cuanto al marco normativo invocado como vulnerado en las resoluciones demandadas, fue el siguiente:

La Resolución 1686 de noviembre 15 de 2005 por la cual se sancionó a la Clínica de La Mujer⁷, estableció lo siguiente:

“III. NORMAS VULNERADAS:

Por las anteriores consideraciones y conforme a los hallazgos, este Despacho considera que (sic) CLINICA DE LA MUJER LTDA. vulneró las preceptivas normativas contenidas en los artículos 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993, numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y artículo 12 del Decreto 783 de 2000, al negarle la atención inicial de urgencias del menor Jhon Jairo Fragozo Soto, el día 29 de mayo de 2005, llevando a que este realizara recorridos innecesarios sin recibir ninguna clase de atención en salud”. (subrayas del Despacho)

La Resolución N° 1516 de octubre 14 de 2005 por la cual la Superintendencia Nacional de Salud sancionó a la Clínica Mar Caribe⁸, determinó:

“...Razones suficientes para que este Despacho considere que la Compañía Colombiana de Salud Colsalud S.A.-Clínica Mar Caribe de la ciudad de Santa Marta vulneró en forma manifiesta los mandatos normativos que rigen la obligatoriedad para las instituciones públicas y/o privadas de brindar atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo solicite, como lo son (sic) dispuesto en, artículo 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993 numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y artículo 12 del decreto 783 de 2000, al negarle una recepcionista la atención inicial de urgencias al menor Jhon Jairo Fragozo el pasado 29 de mayo de 2005, sin previamente poner en conocimiento del personal médico la presencia del menor en una ambulancia en el servicio de urgencias de la Clínica Mar Caribe”. (subrayas fuera de texto)

A su turno la Resolución N° 1661 de noviembre 10 de 2005 mediante la cual sancionó a la Clínica El Prado⁹, consideró lo siguiente:

⁷ Visible a folios 45 al 51 del Cuaderno 1

⁸ Obra a folios 44 a 53 del Cuaderno 2

⁹ Figura a folios 48 a 52 del Cuaderno 3

“Razones suficientes para que este Despacho considere que la Clínica El Prado Sociedad Médica de Santa Marta Ltda., de la ciudad de Santa Marta vulneró en forma manifiesta los mandatos normativos que rigen la obligatoriedad para las instituciones públicas y/o privadas de brindar la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo solicite, como lo dispone el Artículo 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993 numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y artículo 12 del Decreto 783 de 2000 al negarle una recepcionista la atención inicial de urgencias al menor Jhon Jairo Fragoso el pasado 29 de mayo de 2005, sin previamente poner en conocimiento del personal médico la presencia del menor en una ambulancia en el servicio de urgencias de la Clínica El Prado”. (subrayas del Despacho)

Como se observa la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, de manera unívoca consideró que las tres IPS transgredieron el mismo ordenamiento normativo, es decir, los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993, el 12 del Decreto 783 de 2000 y el numeral 4 de la Circular 014 de 1995, que disponen lo siguiente:

**“LEY 100 DE 1993
(Diciembre 23)**

"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

(...)

ARTICULO. 168.-Atención inicial de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.

PARAGRAFO.-Los procedimientos de cobro y pago, así como las tarifas de estos servicios serán definidos por el Gobierno Nacional, de acuerdo con las recomendaciones del consejo nacional de seguridad social en salud.

(...)

ARTICULO. 188. - Garantía de atención a los usuarios. Modificado por el art. 121, Decreto Ley 2150 de 1995. Derogado por el art. 21, Decreto Nacional 128 de 2010, **seis meses después de su entrada en vigencia.** Las instituciones prestadoras de servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios.

Cuando ocurran hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del sistema general de seguridad social en salud, éstos podrán solicitar reclamación ante el comité técnico-científico que designará la entidad de salud a la cual esté afiliado. En caso de inconformidad, podrá

solicitar un nuevo concepto por parte de un comité similar que designará la dirección seccional de salud de la respectiva entidad territorial en donde está afiliado. El Gobierno Nacional reglamentará la materia". (subrayas del despacho)

**“DECRETO 783 DE 2000
(Mayo 3)**

Por el cual se modifican los Decretos 1486 de 1994, 1922 de 1994, 723 de 1997, y 046 y 047 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 12. El artículo 10 del Decreto 047 de 2000, quedará así:

"Artículo 10. Atención inicial de urgencias. En concordancia con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, durante los primeros treinta días a partir de la afiliación del trabajador dependiente se cubrirá únicamente la atención inicial de urgencias, es decir, todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia consistentes en:

- a) Las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales;
- b) La realización de un diagnóstico de impresión;
- c) La definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

Las autoridades de inspección y vigilancia velarán por el estricto cumplimiento de esta disposición.

En ningún caso se podrá exigir contrato u orden previa para la atención inicial de urgencias. No obstante, conforme las disposiciones legales es deber de las Entidades Promotoras de Salud a efectos de proteger a sus afiliados, velar por la racionalidad y pertinencia de los servicios prestados y garantizar el pago ágil y oportuno a la institución de salud a la cual ingresó el afiliado, expedir las correspondientes autorizaciones, cartas de garantía o documentos equivalentes, esenciales en el proceso de pago de cuentas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1600 del Código Civil.

Una vez se establezca la persona y se defina su destino inmediato, será requisito indispensable para la realización de los siguientes procedimientos la autorización por parte de la Entidad Promotora de Salud.

Parágrafo. Los trabajadores independientes y sus beneficiarios tendrán derecho a partir de la fecha de su afiliación y pago a los beneficios señalados en el Plan Obligatorio de Salud." (subrayas fuera de texto)

“CIRCULAR EXTERNA No. 014 de 1995

(28 de Diciembre)

PARA: GOBERNADORES, ALCALDES, FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, JEFES DE DIRECCIONES SECCIONALES, DISTRITALES Y MUNICIPALES DE SALUD, DIRECTORES, GERENTES O REPRESENTANTES LEGALES DE ENTIDADES QUE PRESTEN SERVICIOS DE SALUD PUBLICAS Y PRIVADAS Y GERENTES Y REPRESENTANTES LEGALES DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, ENTIDADES ADMINISTRADORES DEL REGIMEN SUBSIDADIO, CAJAS DE PREVISION SOCIAL Y ENTIDADES RESPONSABLES DE LAS PERSONAS EXCEPCIONADAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

DE: SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

ASUNTO : ATENCIÓN DE URGENCIAS

(...)

4. RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN

4.1 Atención inicial de urgencias

La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas la personas, independientemente de su capacidad socioeconómica. (Artículo 2 Ley 10 de 1990, Artículo 2 Decreto 412 de 1992 y Artículo 168 Ley 100 de 1993) y del régimen al cual se encuentre afiliado. No se requiere convenio o autorización previa de la Entidad Promotora de Salud respectiva o de cualquier otra entidad responsable o remisión de profesional médico, o pago de cuotas moderadoras. (Artículo 168 Ley 100 de 1993, Artículo 10 Resolución 5261 de 1994 Minsalud). Esta atención, no podrá estar condicionada por garantía alguna de pago posterior, ni afiliación previa al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que lo dé de alta si no ha sido objeto de remisión. Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora. Esta responsabilidad está enmarcada por los servicios que preste, el nivel de atención y grado de complejidad de cada entidad, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud. Si la entidad que recibe en primera instancia al paciente, no cuenta con la capacidad técnico científica para atenderlo, y debe remitirlo, la entidad

receptora también está obligada a prestar la atención inicial de urgencias hasta alcanzar la estabilización del paciente en sus signos vitales. (subrayas y negritas fuera de texto)

Pues bien, la Sala si encuentra que las anteriores disposiciones normativas sirven de fundamento legal para endilgar las conductas que les fueron reprochadas a las clínicas actoras, por cuanto ellas contienen el supuesto fáctico que fue desconocido y que dio lugar a la sanción impuesta en los actos administrativos demandados, como se verá enseguida. De tal manera que la descripción típica de las normas vulneradas, sí se adecua a la conducta reprochada a las demandantes.

Es así como, mientras el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 dispone que la atención inicial de urgencias, debe ser prestada obligatoriamente por todas las entidades públicas o privadas a todas las personas sin distingo alguno y sin necesidad de contrato previo, el artículo 188 **idem** garantiza la atención inicial de urgencias a todos los usuarios.

Por tanto, contrario a como lo entiende el apoderado de las actoras, las tres clínicas sancionadas sí estaban en la obligación de prestar la atención inicial de urgencias al niño Jhon Jairo Fragozo Soto, repárese que así lo dispone taxativamente el inciso final del numeral 4.1. de la Circular 014 de 1995: ***“Si la entidad que recibe en primera instancia al paciente, no cuenta con la capacidad técnico científica para atenderlo, y debe remitirlo, la entidad receptora también está obligada a prestar la atención inicial de urgencias hasta alcanzar la estabilización del paciente en sus signos vitales”.***

En relación con los apartes que se subrayan y destacan con negrita, llama la atención de la Sala que tal y como lo afirmó el a quo, a folio 283 del Cuaderno de la Clínica El Prado obra respuesta del Tribunal de Ética Médica del Magdalena, Cesar, Guajira y Distrito de Santa Marta del 4 de junio de 2008 en el que conceptuó lo siguiente: *“No era necesario devolver nuevamente al niño ya que lo habían evaluado por la atención de urgencias; debido a que en el Centro de Salud, se le había realizado. Por su mal estado general (Insuficiencia Respiratoria Aguda), este paciente menor, requería atención de Unidad en Cuidados Intensivos (UCI), pediátrica”.*

La Sala no comparte la anterior prueba por cuanto en primer lugar, desconoce el aparte subrayado del numeral 4.1. de la Circular 014 de 1995 según el cual, si las clínicas a las que fue llevado el paciente en búsqueda del ventilador de la UCI pediátrica no contaban con ese equipo dada su complejidad, tenían como entidades receptoras que prestar la atención inicial de urgencias **con el fin al menos de lograr la estabilización de los signos vitales del paciente**, mientras se ubicaba con certeza la clínica que si lo tuviera disponible y evitar a toda costa el recorrido infructuoso al que fue sometido el menor.

Por tanto, el hecho de que el niño hubiera sido valorado por un médico en la Clínica La Milagrosa¹⁰ que según el acopio probatorio viene a constituir la atención inicial de urgencias, no puede negar que a las clínicas sancionadas a donde luego fue conducido el menor, les fuera relevada tal obligación, pues el estado de salud del niño se agravaba con el tiempo, motivo por el cual no puede ser de recibo que resultaba suficiente con que una entidad lo hubiera atendido inicialmente para que las demás se abstuvieran de hacerlo.

Recuérdese que según el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, la atención inicial de urgencias implica todas aquellas acciones que se le practican a un paciente consistentes en: i) actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales; ii) la realización de un diagnóstico de impresión y iii) la definición del destino inmediato de la persona tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad.

Por tanto, era deber de las clínicas sancionadas, al no contar con la unidad de cuidados intensivos pediátricos que requería el menor, al menos haberlo valorado con el fin de estabilizarle sus signos vitales para evitar a toda costa que su estado de salud se agravara, mientras ubicaban la clínica que sí disponía del equipo complejo de atención que lo pudiera atender y no como sucedió, que ni siquiera lo valoraron ni lo hicieron bajar de la ambulancia.

Y es que no se requiere tener conocimientos en medicina sino apenas contar con razones lógicas para deducir que, si una institución prestadora de salud no se encuentra en capacidad de otorgarle la atención de urgencias a un paciente que la requiera, su deber no puede ser el de limitarse a decir que no puede porque no tiene convenio con el Distrito o que no tiene el equipo que se requiere, sino que su

¹⁰ De acuerdo con la misma certificación del Tribunal de Ética Médica y por la declaración testimonial del doctor Carlos Enrique Calero que prestó la atención inicial de urgencias en la Clínica La Milagrosa

deber es el de procurar a toda costa, estabilizar sus signos vitales de modo tal que su situación de salud no se empeore sino que mejore con el transcurrir del tiempo.

De allí, que no es de recibo la excusa del apoderado de las demandantes quien afirma que sus pro hijadas están excluidas de responsabilidad alguna por cuanto en el caso de las Clínicas de La Mujer y el Prado, ellas no contaban con el equipo de Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrico que era el que necesitaba el menor y que la Clínica Mar Caribe sí lo tenía pero que estaba ocupado en ese momento. En síntesis se puede afirmar que la falta de una UCI pediátrica no excluía la prestación de la atención de urgencias, así se hubiere prestado una inicial.

Lo anterior por cuanto si bien es cierto nadie está obligado a lo imposible, igualmente lo es que la actitud censurable de las clínicas investigadas por lo cual les fue impuesta la sanción económica, consistió en la indolencia y falta de diligencia demostrada por el personal de urgencias el día de los hechos.

Un aparte jurisprudencial de esta Sala estableció lo siguiente:

“De conformidad con los artículos 44, 48, 49 y 50 de la Constitución Política, y su desarrollo legal anteriormente citado, el Estado tiene el deber de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias. En consecuencia, ninguna Institución Prestadora de Servicios de Salud puede negarse a prestarla”. (Sentencia del 18 de agosto de 2005 rad. 25000-23-24-000-1999-00890-01 M.P. Camilo Arciniégas Andrade)

Sobre el particular los actos administrativos demandados tuvieron en cuenta las siguientes pruebas para fundamentar la tipicidad de la conducta reprochable a las sancionadas, debido a la ausencia de atención inicial de urgencias:

En el caso de la **Resolución 1686 de noviembre 15 de 2005**, la Historia Clínica tramitada por la doctora Milena Scarpatti médica del Centro de Salud de Mamamotoco que acompañó en la ambulancia a la madre del menor y a su hijo; la declaración de la madre del paciente señora Yeneisis Fragoso Soto y la declaración de la auxiliar de enfermería que también estuvo en la ambulancia señora Rosalba Margarita Pitre, quienes en forma coincidente declararon que en la **Clínica de La Mujer**, no recibieron al niño porque no tenían cama en UCI Pediátrica.

Al respecto la Resolución 1686 de 2005 sostuvo lo siguiente:

“Por lo tanto era deber de la Clínica de La Mujer, a través de su profesional médico que se encontraba de turno en el servicio de urgencias prestarle la atención al menor y no anteponer trámite administrativo a la urgencia y mucho menos dejar en manos del personal administrativo de decidir si se atiende o no la urgencia, tal y como se vivió en la Clínica de La Mujer, según las declaraciones arriba transcritas, donde se negó el servicio para el niño Jhon Jairo por la recepcionista de la Institución, sin tomarse el mínimo esfuerzo de informar al personal médico de turno, de la existencia del paciente, para que por lo menos previo a la negación de la atención se conociera el estado de salud del mismo y fuera definida la condición de urgencias por parte del profesional de la medicina y no por un funcionario que no tiene conocimientos para decidir si se atiende o no a un paciente, lo que obliga a la Clínica de La Mujer a tomar las medidas necesarias que garanticen la atención inicial de urgencias a quien lo solicite, sin importar la condición en que lo hace.

Así las cosas, el hecho de haber sido conducido el menor Jhon Jairo Fragoso Soto a la Clínica de La Mujer y solicitado los servicios por parte de la tripulación de la ambulancia n° 06 de la ESE Alejandro Própero Reverand, no eximía a la Clínica de haber brindado por lo menos la ATENCION INICIAL DE URGENCIAS, tal y como se expresó en las consideraciones anteriores, hecho que si bien no pudo ser la causa de su deceso, sí incrementó el riesgo de muerte al no garantizarle ninguna clase de atención en salud, abandonándolo a su propia suerte a la espera de que otra institución se dignara a recibirlo, lo cual como obra en infolios nunca sucedió, debiendo regresar al Hospital Julio Méndez Barreneche donde falleció”. (subrayas del despacho)

Por su parte, la administración al expedir la **Resolución 1516 de 2005** fundamentó la falta de atención inicial de urgencias del personal de la **Clínica Mar Caribe**, en los siguientes términos:

“Finalmente al haber quedado plenamente demostrado con la declaración de la madre del menor, Yeneisis Fragoso Soto, el informe de la auxiliar Rosalba Margarita Pitre y las constancias dejadas en la historia clínica del menor Jhon Fragoso con puño y letra de la doctora Milena Scarpeti, que los mismos se hicieron presentes a las instalaciones de la Clínica Mar Caribe con la ambulancia N° 06 en donde se transportaba al menor Jhon Jairo Fragoso, solicitando la atención del menor en el servicio de urgencias y que su requerimiento no fue satisfecho, bien por no existir disponibilidad de camas en UCI pediátrica, ora porque no existía convenio con el Distrito para atender Convenios no es argumento exculpativo, toda vez que la institución antes de negar el servicio de urgencia estaba en la obligación de prestarle la atención primaria y determinar si lo solicitado por la enfermera era o no necesario, para lo cual el único que podía definir la urgencia y trazar el tratamiento que efectivamente se le debía prestar al menor era médico, por cuanto es a él a quien le corresponde definir la condición de urgencia del menor, teniendo en cuenta que una auxiliar

de enfermería no goza de los conocimientos profesionales, técnicos ni científicos para determinar cuál es la conducta médica que debía seguirse con el paciente, de tal suerte que antes de negarse un servicio el equipo médico de la Institución estaba en la obligación de valorar al paciente, máxime si este se encontraba en espera de su atención en la puerta de entrada de la institución a la espera de ser atendido, aunado al hecho que quien reclamaba la atención era un menor, a quien sus derechos fundamentales prevalecen sobre todos los demás como lo estipula el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia".
(subrayas del Despacho)

A su vez, **la Resolución 1661 de noviembre 10 de 2005** por medio de la cual se sancionó a la **Clínica El Prado**, determinó que la falta de atención inicial de urgencias se evidenció así:

"Por otro lado, tampoco resulta de recibo que se considere que el hecho que el menor ingresó a la Clínica La Milagrosa, significaba que efectivamente hubiera recibido algún tipo de atención médica que contribuyera a mejorar su condición clínica, ya que esa Clínica sólo se limitó a valorarlo físicamente y recomendar que el paciente fuera ingresado a una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, porque en una eventualidad podría requerirlo, sin realizar ninguna acción terapéutica al paciente, por lo tanto al solicitar la tripulación de la ambulancia N° 06 del Hospital Alejandro Próspero Reverand la prestación del servicio de urgencias en la Clínica El Prado, era deber del médico de turno de brindar la atención al menor acorde con su nivel de complejidad y no entorpecer trámites administrativos a la urgencia y mucho menos dejar en manos del personal administrativo de decidir si se atiende o no la urgencia, tal y como se vivió en la Clínica El Prado, según declaraciones coincidentes de la doctora Milena Scarpetti, la auxiliar de enfermería Rosalba Pitre, la madre del menor Yeneisis Fragoso, cuando manifiestan que se presentaron a la Clínica del Prado informando de la necesidad inminente de que se atendiera a un menor que se encontraba dentro de la ambulancia al frente del servicio de Urgencias, siendo negado el servicio por la recepcionista de la Institución, sin tomarse el mínimo esfuerzo de informar al personal médico de turno en el servicio de urgencias de la existencia del paciente, para que por lo menos previo a la negación de la atención se conociera el estado de salud del mismo y fuera definida la condición de urgencias por parte del profesional de la medicina y no por una funcionaria que no tiene conocimientos para decidir si se atiende a un paciente o no. Por consiguiente corresponde a la Clínica El Prado tomar las medidas necesarias que garanticen la atención inicial de urgencias a quien lo solicite sin importar la condición en que lo hace".
(subrayas fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores motivaciones, la Sala observa que la investigación administrativa que condujo luego a las sanciones pecuniarias impartidas a las actoras, obedeció al hecho de que las actoras, pese a que se abstuvieron de prestar la atención inicial de urgencias al menor Fragoso Soto, con el argumento

de que ya se la había prestado el médico de turno de la Clínica La Milagrosa y porque no contaban con Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos o que la tenían pero ocupada, lo que censuró la Superintendencia Nacional de Salud y es el fondo del asunto que es compartido por esta instancia, es que las demandantes no hicieron nada por valorar al niño con el ánimo de estabilizarle al menos sus signos vitales y definir el destino inmediato del menor a un centro hospitalario que sí contara con la UCI pediátrica.

Acerca del acopio probatorio que demuestra la omisión en la atención inicial de urgencias del menor Jhon Jairo Fragoso Soto, se cuenta con las siguientes:

Historia Clínica tramitada por la doctora Milena Scarpatti médica del Centro de Salud de Mamatoco, quien acompañó al menor Jhon Jairo y a su madre, durante el recorrido el día de los hechos cuestionados, quien afirmó:

“29/V/V 00+30

1 a.m. Llegamos Hospital Central, donde se contra remite por no haber recursos. No es aceptado en la Clínica Mar Caribe. No fue atendido por no haber convenio. Se habla con la Trabajadora Social de Salud Distrital, quien decide remitir a Clínica Milagrosa, es atendido, ante el estado del pte, médico de turno decide que ya necesita UCI y ellos no tienen disponibilidad de camas, luego vamos Clínica El Prado-Clínica de La Mujer (...)(Fl. 60 de la Carpeta N° 1 Clínica de La Mujer)

Obra a folios 41 a 47 de la Carpeta N° 2, Diligencia de declaración rendida por la doctora Scarpatty Benavides el 28 de octubre de 2005 ante una funcionaria comisionada de la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual afirmó lo siguiente:

“...Inmediatamente nos dirigimos hacia la **Clínica Mar Caribe**, éramos, la auxiliar de turno, el chofer de turno, mi persona, la madre del niño y el paciente. La recepcionista de la clínica Mar Caribe nos manifiesta que no nos podían recibir al paciente porque no había convenio con salud distrital, nos dirigimos entonces a la Clínica La Milagrosa. Allá si nos reciben al niño, pero cuando el médico de turno lo revisa manifiesta que el niño está en regulares condiciones generales y que podría llegar a requerir un ventilador y que ellos no contaban con ninguno. Que nos lo lleváramos para la **Clínica El Prado**. Allá nos dijeron que no tenían cama en el momento, llamamos a la doctora Delfidia Almanza, funcionaria de Salud Distrital, quien nos manifestó que ella va a llamar a la **Clínica de La Mujer**, y que nos dirijamos hacia allá. Cuando llegamos a la Clínica nos recibió el recepcionista o enfermero y nos manifestó que no tenían camas disponibles y que no tenían convenio con Salud Distrital. En vista de esto decidimos dirigirnos a la casa de la

doctora Cecilia Cohen, Jefe del Area Técnico Científica de la ESE Alejandro Prospero Reverand, le contamos el caso del menor y ella decidió llamar al doctor Senen Bernier para que por favor nos recibieran al niño, que era el médico de filtro allá en el Hospital(...)

También se cuenta en el expediente, con la declaración rendida por la señora Yeneisis Fragoso Soto madre del menor fallecido, quien declaró lo siguiente a la funcionaria comisionada de la Superintendencia Nacional de Salud.

“(...) Entonces nos dirigimos a la Mar Caribe y allá dijeron que no tenían convenio con el Gobierno, la doctora se sintió como mal y empezaron hablar que cómo era justo que no atendieran al niño de ahí salimos a la Clínica La Milagrosa, el médico atendió al niño lo valoró y dijo que él se quedaría con el niño pero quien le garantizaba que no entrara a un estado de shock y que tenían que entubarlo en una sala de UCI neonatal y que la clínica no tenía esa sala de UCI. Pero le dijo a la doctora delante de mí y a la enfermera que se fuera a otro centro asistencial y se plantara. Nos dirigimos a la del Prado, allí dijeron que no estaba el que daba las órdenes para ingresar al paciente y que él se iba a comunicar y que si decía que sí ella llamaba a la doctora que estaba en la ambulancia, de ahí cogimos a la clínica de la mujer, allí también rechazó al niño, la doctora Milena ya no podía hacer más nada sino que se dirigió a la casa de una funcionaria de la ESE Cecilia Cohen y ella se quedó con la enfermera ahí y me mandaron nuevamente al hospital, al llegar al hospital el médico que estaba de turno bajándonos de la ambulancia me dice que compre una fórmula, doctor yo le dije yo no tengo un peso y usted debe entender comprender que soy de bajos recursos y no tengo un peso...” (figura a folios 35 a 39 de la Carpeta N°2)

La otra declaración que tiene valor importante porque demuestra la falta de atención inicial de urgencias por parte de las actoras, es la que rindió ante el ente de vigilancia la auxiliar de enfermería señora Rosalba Margarita Pitre Sarmiento, quien declaró sobre los hechos lo siguiente:

“(...)en vista de que no nos atendieron en el Hospital Central nos dirigimos a la Clínica La Milagrosa en esta Clínica nos atiende el doctor Calero y valora al niño en la ambulancia y lo ausculta y le cambia la sonda por una más gruesa y al observar el médico que el niño está en malas condiciones dice que el niño necesita una UCI neonatal, motivo por el cual no se hospitaliza porque requería ventilador, hago referencia de lo expresado por el médico al valorar al niño. En vista del concepto médico nos dirigimos a la Clínica El Prado y nos dijeron que allá no recibían SISBEN, eso lo dijo la recepcionista, no me acuerdo el nombre. Se me paso que cuando estábamos en la Clínica La Milagrosa, el doctor llamo a la funcionaria Delfina Almanza de Distrisalud por teléfono para que nos recibieran al niño en la Clínica El Prado. Nos dijeron que no tenían cama y que no se recibía SISBEN, en vista de esto nos regresamos al hospital Central y nos lo recibe el doctor SENEN BERNIER y el niño queda recluido en esa institución en

compañía de su mamá...” (Fl. 48 a 53 Carpeta 2)

De importancia para la Sala se constituye la declaración del doctor Efrén Enrique Calero Guardiola, médico que prestó la atención inicial de urgencias al menor en la Clínica La Milagrosa, quien afirmó lo siguiente:

“...Si se trata del caso de un paciente de seis meses de edad de nombre JHON JAIRÓ FRAGOSO, que consultó a la Clínica La Milagrosa el día, no me acuerdo pero sí entre la hora 1:30 y 1:45 de la madrugada y que en primera instancia había sido referido del Próspero Reverdad hacia Mamatoco, hospital, Clínica Mar Caribe al parecer por referencia de enfermera, médico acompañante de la remisión, la doctora de Mamatoco no lo habían podido recibir en la Clínica Mar Caribe por citar la ausencia de un documento, registro civil. Una vez que llega el paciente a la Clínica yo estaba en el servicio de urgencias, oí el ruido de la ambulancia, salí yo mismo a recibir al paciente, venía con oxígeno...vi que el paciente podría entrar tarde o temprano en cansancio muscular, es ahí cuando analizo y concluyo de que el paciente va a necesitar una UCI pediátricos con asistencia de ventilador como conozco que nosotros, la Clínica La Milagrosa, no poseemos UCI pediátrico y ventilador para manejar este caso me dirigí a la parte de recepción y personalmente le solicité a la recepcionista de turno ... Posteriormente me enteré que en forma extraña, no se por qué el paciente no fue dejado siquiera de bajar de la ambulancia y que empezó a ser llevado a las clínicas de La Mujer y regresando al hospital Central. Posterior a un lapso en el momento en que sale de la Milagrosa hasta el hospital transcurrieron aproximadamente cinco horas donde se produce el fallecimiento”. (subrayas del Despacho)

Son coincidentes las anteriores declaraciones en ratificar, la omisión en la atención inicial de urgencias al paciente Fragoso Soto en las clínicas actoras.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, contrario a como lo resolvió el a quo los cargos de la demanda relacionados con la ausencia de tipicidad de la conducta por la cual fueron sancionadas las clínicas sancionadas, sí se encuadran y se ajustan en la descripción normativa de las disposiciones invocadas como vulneradas.

Frente al reproche del apoderado de las actoras según el cual, los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993, el 12 del Decreto 783 de 2000 y la Circular 014 de 1995, son normas de carácter prescriptivo que no contienen enunciado tipificador de una falta administrativa merecedora de sanción, al considerar que éstas si se encuentran descritas en la Resolución 1320 de 1996 y en el Decreto 1259 de 1994, disposiciones que no fueron invocadas como vulneradas por los actos

administrativos demandados, la Sala estima que no es un argumento de recibo por las siguientes razones.

Al leer con atención la Resolución 1686 de noviembre 15 de 2005 se observa que su epígrafe dice lo siguiente: “LA DIRECTORA GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD, en uso de sus facultades legales concedidas en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1259 de 1994 y específicamente el artículo 3° A LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD, numeral 14 literal a) de la Resolución 1320 de 1996”.

El numeral 1.3. de la misma resolución relativo a la Apertura de Investigación Administrativa, señaló: “Mediante Auto N° 01590 del 8 de septiembre de 2005, la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad, dispuso ordenar apertura investigación administrativa a la Clínica de La Mujer Ltda. con Nit. 819.000.364-7, por incurrir en presunta vulneración a lo dispuesto en los artículos 168 y 188 inciso primero de la Ley 100 de 1993, numeral 4 de la Circular 014 del 28 de diciembre de 1995 y artículo 12 del Decreto 783 de 2000, al negar al parecer la prestación de la atención inicial de urgencias del menor Jhon Jairo Fragoso Soto, el día 29 de mayo de 2005”.

Al verificar el contenido del Auto N° 01590 del 8 de septiembre de 2005 visible a folios 17 a 23 de la Carpeta N° 1 su epígrafe dice: “LA DIRECTORA GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas en el artículo 4 numerales 1 y 4; artículo 12 literales i) del Decreto 1259 de 1994 y el artículo 3, “A la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad” numerales 9, 14, literal a; y 16 de la Resolución N° 1320 de 1996”.

A juicio de la Sala, si bien es cierto las disposiciones que fueron invocadas por la demandada como vulneradas por las actoras fueron los artículos 168 y 188 de la Ley 100 de 1993; el artículo 12 del Decreto 783 de 2000 y el numeral 4.1. de la Circular 014 de 1995, que efectivamente no contienen las sanciones por la no prestación de la atención inicial de urgencias, igualmente lo es que esta omisión fue subsanada al invocar en los epígrafes tanto de la resolución sancionatoria 1686 de 2005 como en el Auto 1590 de 2005 que abrió la investigación a la Clínica de La Mujer, las normas que la facultaban para imponer la sanción y para abrir la investigación, respectivamente.

En suma, observa la Sala que la demandada lo que hizo fue, aludir a las normas sancionatorias del Decreto 1259 de 1994 y Resolución 1320 de 1996, cuando enunció las legislaciones que le daban la competencia para imponer la sanción, situación que para la Sala, por manera alguna torna en ilegal la Resolución 1686 de 2005 como lo solicitaron las demandantes.

En efecto el Auto 1590 de 2005 por el cual se abrió la investigación en contra de la Clínica de La Mujer, invocó el artículo 4 numerales 1 y 5 así como el artículo 12 literal i) del Decreto 1259 de junio 20 de 1994 y el artículo 3 numeral 14 literal a) de la Resolución 1320 de 1996, legislaciones que a su vez fueron invocadas en el epígrafe de la Resolución 1686 de 2006 objeto de demanda que impuso multa de 350 s.m.l.m.v. en contra de la mencionada Clínica.

Resulta necesario acotar que igual situación se presenta, con el Auto N° 01583 del 7 de septiembre de 2005¹¹ por el cual se ordenó abrir investigación en contra de la Clínica Mar Caribe y en la Resolución 1516 de octubre 14 de 2005¹² que impuso la sanción de 350 s.m.l.m.v. a la citada Clínica; así como en el Auto N° 01588 del 7 de septiembre de 2005¹³ por el cual se abrió la investigación a la Clínica El Prado y la Resolución 1661 de noviembre 10 de 2005¹⁴ que impuso la sanción de 350 s.m.l.m.v.

El Decreto 1259 de Junio 20 de 1994 *“Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud”*, establece:

Artículo 4°. Sujetos de inspección, vigilancia, y control. Corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control de los siguientes sujetos:

1. Los que tienen a su cargo la gestión de recursos públicos, destinados a la prestación de servicios en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

(...)

5. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, que integran los subsectores oficial y privado del sector salud, así como de otros sectores cualquiera sea su naturaleza y denominación.

¹¹ Figura a folios 35 a 42 de la Carpeta 1

¹² Ver folios 44 a 48 Carpeta 1

¹³ Obra a folios 25 a 33 Carpeta 1

¹⁴ Folio 48 a 52 del cuaderno 3

(...)

Artículo 12º. Funciones particulares de las direcciones. Además de las funciones de carácter general que le corresponden a todas las direcciones, cumplirán las siguientes de acuerdo con su naturaleza:

(...)

5. DE LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD. La Dirección General para el control del sistema de calidad tendrá las siguientes funciones de carácter particular:

(...)

i) Vigilar la atención inicial de urgencias, por parte de las entidades del sector público y privado, en cuando a oportunidad, eficiencia y calidad;"

La Resolución 1320 de 1996 "*Por la cual se distribuyen y reasignan competencias en las dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud*", señala:

"Artículo 3º. Reasignar las siguientes funciones:

(...)

A LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD:

(...)

9- Vigilar la atención inicial de urgencias, por parte de las entidades del sector público y privado en cuanto a oportunidad, eficiencia y calidad.

(...)

14- Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía:

a) A las entidades públicas o privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector a que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago.

(...)

16- Verificar que las instituciones prestadoras de salud garanticen la atención a los usuarios sin discriminación alguna”.

Como se observa, las anteriores disposiciones del Decreto 1259 de 1994 y de la Resolución 1320 de 1996, son las legislaciones que consagran el fundamento legal de las sanciones por la no prestación de la atención inicial de urgencias en que incurrieron las actoras. Al haber sido citadas en los actos acusados, como expresión de la competencia para proferirlas por parte de la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, pierde solidez el argumento de la demanda según el cual, los actos administrativos demandados carecían de normas que tipificaran las conductas que les fueron reprochadas.

Tampoco se puede pasar por alto que las resoluciones demandadas 1516, 1661 y 1686 todas de 2005, al invocar como disposición vulnerada por las demandantes la Circular 014 de 1995, remite en el numeral 10 a las sanciones consagradas en el Decreto 1259 de 1994, de tal manera que no se puede aceptar que los actos administrativos no contenían la normativa que fijaba la sanción que les fue impuesta, quedando descartada la supuesta vulneración del debido proceso de las actoras. La citada Circular establece:

“10. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL.

10.1 Superintendencia Nacional de Salud

De conformidad con el artículo 230 de la Ley 100 de 1993, concordante con el artículo 168 ibidem, y con el literal b) numeral 25 del artículo 5º del Decreto 1259/94, la Superintendencia Nacional de Salud previa solicitud de explicaciones, podrá imponer multas en cuantía hasta de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía a las Instituciones públicas y privadas que no suministren la atención inicial de urgencias... (subrayas y negritas fuera del texto)”.

6.2.2. Acerca de la supuesta incongruencia entre el pliego de cargos y las resoluciones sancionatorias, lo cual constituiría violación al debido proceso.

Llama la atención de la Sala que otro de los argumentos esgrimidos por el apoderado de las clínicas accionantes y que fue acogido por el a quo, consistió en que los actos administrativos demandados eran incongruentes frente al pliego de

cargos como quiera que los actos sancionatorios habían invocado una norma nueva distinta a la que le había sido informada en el pliego de cargos a los representantes legales de las investigadas, refiriéndose a la Resolución 1320 de 1996.

No es cierta esta afirmación por cuanto como ya se vio en precedencia, en los autos que ordenaron abrir la investigación en contra de las actoras, que en el argot de la vía administrativa se denomina pliego de cargos, la administración citó como fundamento legal de su competencia, el Decreto 1259 de 1994 y la Resolución 1320 de 1996 que como ya se mencionó, son las legislaciones que consignan las sanciones en las que incurren las instituciones prestadoras de salud públicas o privadas, por la no prestación de la atención inicial de urgencias.

Estas legislaciones a su vez fueron luego enunciadas en el epígrafe de los actos acusados y como si lo anterior no resultara suficiente, en estas resoluciones, se citó como vulnerada la Circular 014 de 1995 que en su numeral 10, remite al literal b) numeral 25 del artículo 5 del Decreto 1259 de 1994, que establece la competencia de la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, para imponer multas en cuantía que no puede superar los 1.000 s.m.l.m.v. a las IPS públicas o privadas que no presten la atención inicial de urgencias en salud.

Resulta pertinente transcribir el siguiente aparte jurisprudencial de esta Sala, en un caso similar al del presente estudio:

“Si bien es cierto que la demandada no empleó la expresión formulación de cargos, no lo es menos que, conforme se deduce del contenido del oficio dirigido al Gerente de la actora por correo certificado el 1º de abril de 1996, obrante a folios 135 a 136 del cuaderno de antecedentes administrativos, **la solicitud de explicaciones que sobre los hechos ocurridos se le hizo en el fondo constituye una formulación de cargos, si se tiene en cuenta que antes de la relación pormenorizada de dichos hechos se señalan los artículos 230 y 168 de la ley 100 de 1993, normas éstas que se refieren, en su orden, al régimen sancionatorio de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del cual puede imponer multas en salarios mínimos "previa solicitud de explicaciones" y a la obligación de prestar atención inicial de urgencia, que precisamente es la que se le atribuye a la actora como incumplida. De igual manera en el citado escrito se le concedió un término de 5 días hábiles "para efecto de sus manifestaciones". De tal manera que independientemente de si la causa de la muerte fue la falta de asistencia inicial de urgencia o la gravedad de las heridas, como lo plantea la actora, lo cierto es que no hay prueba alguna en el**

expediente de que ésta hubiera tratado de prestar una mínima atención al herido, por simple humanidad, o intentado remitirlo a un centro hospitalario adecuado” (subrayas y negritas fuera de texto) (Sentencia N° 4285 del 18 de febrero de 1999 M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz)

Tal situación fue la misma que se presentó en las comunicaciones que les fueron enviadas a los representantes legales de las clínicas investigadas¹⁵, con el fin de que ejercieran el derecho de defensa y contradicción frente a los cargos elevados en las respectivas actuaciones administrativas. En dichos oficios de fecha 29 de julio de 2005 a los doctores Jorge Rocha Rojas de la Clínica de La Mujer, Gustavo Pertuz de la Clínica El Prado y Carlos Pizarro de la Clínica Mar Caribe, la Directora General del Control del Sistema de Calidad, les informó en idéntico sentido lo siguiente:

“De acuerdo a denuncia pública del ‘Diario del Magdalena’ en edición del 30/05/2005, el menor Jhon Jairo Fragoso Soto acompañado de su madre la señora Yeneiris Fragoso Soto, requirió los servicios de urgencias de la institución por usted dirigida el día 28 /05/2005 y de acuerdo a la versión del periódico en mención, se le negó la atención requerida.

En razón de lo expuesto y en un término de tres (3) días a partir del recibo de la presente comunicación, se sirva remitir a esta Dirección copia de la historia clínica de la atención de urgencias al menor en referencia, copia del registro consecutivo de ingreso de pacientes al servicio de urgencias en la fecha anotada y copia del resumen de atención al egreso del servicio del mencionado paciente.

El anterior requerimiento se fundamenta en las facultades asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1259/1994 en su artículo 4 numeral 5, artículo 5 numeral 5 y a la Dirección General de Control del Sistema de Calidad en el artículo 12 numeral 5 literal i)”.

Con fundamento en la anterior transcripción no cabe duda que las clínicas investigadas por conducto de sus representantes legales, desde el comienzo de la investigación administrativa tuvieron conocimiento de las conductas por las cuales se les investigaba y de las respectivas sanciones a que se veían avocadas las entidades hospitalarias que representaban. Por tanto, no se vislumbra la violación al debido proceso como lo esgrimió el apoderado de las actoras y lo acogió el a quo, por el hecho de que los actos acusados no enunciaron en el marco normativo de disposiciones vulneradas, las que consagraban las sanciones que

¹⁵ Visibles a folios 79 a 84 de la Carpeta N° 1 Clínica de La Mujer

les fueron impuestas, pues estas les fueron advertidas en el marco que les dio la competencia.

Las respuestas dadas por los gerentes de las clínicas dan cuenta de lo siguiente. El Gerente de la Clínica de La Mujer informó a la entidad de vigilancia demandada lo siguiente: “El día 28 de mayo de 2005 en horas de la noche se acercó a nuestra institución un personal paramédico del Distrito, averiguando sobre camas disponibles, pues necesitaban atención inmediata para un bebé de cinco meses de nacido en malas condiciones que requería Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrica. Se les informó que la Clínica no cuenta con UCI pediátrica. Sólo tiene UCI neonatal y que además en la fecha mencionada estaba totalmente llena de tal forma que en el área de urgencias no ingresó el paciente Jhon Fragoso, ni su señora madre, motivo por el cual en ningún momento utilizaron los servicios de la institución y por tanto no reposa ninguna Historia Clínica del paciente en mención”. (subrayas del despacho)

Por su parte el Gerente de la Clínica Mar Caribe respondió al requerimiento de la demandada así: “Respecto al caso antes señalado del niño JHON JAIRO FRAGOSO SOTO, me permito informarle que en la Clínica no existe registro que muestre que ese paciente fuese atendido en esta institución en la fecha señalada en la comunicación 3024-1 por cuanto la encargada de admisiones MORAIMA HERNANDEZ, nos informó que ese día en las horas de la madrugada se acercó al puesto de admisiones de urgencia una enfermera que bajó de una ambulancia, solicitando una cama en la UCI pediátrica con ventilador, la mencionada persona no mostró y mucho menos entregó la hoja de remisión, como tampoco presentó el paciente en la urgencia la Clínica, sino que solicitó el servicio de UCI Pediátrica. Frente a esta petición la señora MORAIMA se comunica con dichos servicios para confirmar si existían condiciones para recibir al niño y la respuesta de la UCI fue negativa, puesto que sólo había un ventilador mecánico disponible para adultos y no pediátrico; de acuerdo como aparece en la hoja de formato de entrega de ventiladores, la cual anexo como prueba a lo expuesto en la presente respuesta.”¹⁶ (subrayas del Despacho).

A su turno el Gerente de la Clínica El Prado respondió lo siguiente: “Muy respetuosamente nos dirigimos a usted con el fin de dar cumplimiento al requerimiento de la referencia informando que no es posible enviar copias de

¹⁶ Folios 64 y 65 Carpeta N° 1

documentos solicitados por usted toda vez que el paciente Jhon Jairo Fragoso Soto (q.e.p.d.) no fue atendido en nuestra institución por lo tanto no se encuentra registrado en nuestro sistema de información¹⁷.

De acuerdo con las anteriores pruebas, observa la Sala que todas coinciden en afirmar los representantes legales de las clínicas investigadas que al menor Jhon Jairo Fragoso, no le fue nunca prestada la atención inicial de urgencias, por lo cual queda más que comprobada y acreditada la conducta reprochable en que incurrieron, la cual desde un comienzo les fue advertida en el auto de apertura de investigación administrativa o pliego de cargos.

Más que oportuna resulta la siguiente transcripción de la sentencia C-921 de agosto 29 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería al declarar la exequibilidad del numeral 23 y los literales b) y c) del numeral 24 del artículo 5° y el numeral 8 del artículo 7 del Decreto 1259 de 1994, mediante la cual se refirió a varios puntos de interés frente al caso en estudio. Se transcriben los que vienen al caso:

"Los principios que rigen en materia penal no son aplicables con la misma rigidez y rigurosidad al proceso administrativo disciplinario, de ahí que la Corte haya señalado en reiterada jurisprudencia, que los principios que rigen el derecho penal son aplicables mutatis mutandi al derecho disciplinario, lo cual encuentra justificación en la naturaleza y fines de uno y otro. "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías -quedando a salvo su núcleo esencial- en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."

(...)

Las instrucciones y órdenes que pueden dan lugar a la imposición de la sanción no pueden ser sino únicamente las proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus competencias, se relacionen con el cumplimiento de las funciones a ella asignadas y se dirijan a hacer efectivos los objetivos que se buscan satisfacer con la inspección, vigilancia y control que a esa entidad le compete ejercer respecto de las entidades o personas que prestan el servicio público de salud. Y no puede ser de otra manera, pues en un Estado de derecho, como lo es el nuestro, todos los actos del poder deben ser regulados por la ley y desarrollarse dentro de esos cauces legales. No se olvide

¹⁷ Visible a folio 73 de la misma Carpeta

que los funcionarios públicos no pueden ejercer actos distintos de los que le impone la Constitución y la ley y, en caso de hacerlo, responden tanto por omisión como por extralimitación de sus funciones". (subrayas fuera de texto)

Las anteriores motivaciones de la Corte Constitucional son compartidas por la Sala, al considerar que en el presente caso, además de no evidenciarse la violación a los principios de tipicidad y legalidad endilgados por las actoras, situaciones que además no pueden prevalecer frente al fondo del asunto que en el **sub iudice** lo constituye, la omisión en la prestación de la atención inicial de urgencias a un niño de apenas cinco meses de edad, motivo por el cual resultaron sancionadas las demandantes mediante los actos acusados a los que no les fue desvirtuada su presunción de legalidad.

6.2.3. En cuanto a la supuesta violación al principio de reserva legal en materia sancionatoria y legalidad de la competencia

Lo hace consistir el apoderado de las demandantes en el hecho de que el Superintendente Nacional de Salud no tenía competencia para reasignar las facultades que le eran propias, como lo hizo al expedir la Resolución 1320 de 1996, al ceder la facultad sancionatoria a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad.

A su turno el a quo acogió este cargo afirmando en el fallo apelado que, el Superintendente Nacional de Salud se despojó de una competencia propia de su cargo al permitir que un funcionario distinto a él pudiera sancionar a los particulares al expedir la Resolución 1320 de 1996, con lo cual se violentó el artículo 121 constitucional. Así mismo consideró que sólo el legislador podía atribuir a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad, dicha competencia sancionatoria.

Estas respetadas posturas no son compartidas con fundamento en las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque en varias oportunidades esta misma Sala se ha pronunciado sobre el examen de legalidad de actos sancionatorios expedidos por la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, fallos en los cuales no censuró la expedición de dichos actos por parte de un funcionario distinto del titular del ente de vigilancia y control.

Es así como mediante Sentencia del 11 de abril de 2002 radicado 25000-23-24-000-1997-00057-01 (6794) M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en un caso en el que se estudió la sanción impuesta por la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad similar al que es objeto de estudio, consideró lo siguiente:

“La Superintendencia Nacional de Salud para sancionar al Instituto de seguros Sociales, motivó así su decisión:

“Es importante subrayar que la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad no sancionó al Instituto de los Seguros Sociales-Clínica Federico Lleras Acosta de Neiva (H) por el fallecimiento de la menor, toda vez que no existe conocimiento científico técnico comprobable que garantice el resultado de una atención médica, como perfectamente el apoderado lo ilustra en su descripción, en donde a pesar del recurso humano y técnico científico utilizado no fue posible evitar el desenlace. Lo que cuestiona este Despacho es la falta de **oportunidad** en la atención, porque como es bien sabido, si se conocen las necesidades de salud de la comunidad y las condiciones de la oferta de los servicios, es posible optar por estrategias que tengan como objetivo disminuir las dificultades que se presentan en la atención médica, entre otras la oportunidad, que si no se observa incrementa la probabilidad y riesgo de muerte”.

(...)

Sobre el particular, esta Corporación considera que dadas las condiciones particulares de la niña, que como bien lo reconoce la demandante, ingresó en un estado crítico, un lapso de cuarenta y cinco minutos (45) entre su registro y su real atención es demasiado amplio, por lo que en manera alguna puede afirmarse que la atención en urgencias fue oportuna.

(...)

A juicio de la Sala, no puede predicarse que los actos acusados estén falsamente motivados, pues las anteriores declaraciones prueban de manera fehaciente que la Clínica Federico Lleras Acosta no prestó oportuna atención a la menor tantas veces citada, no obstante que su estado ameritaba la prestación inmediata del servicio de urgencias.

Finalmente, esta Corporación advierte que tal y como lo sostuvo el Tribunal, a la Clínica se le sancionó por cuanto la parte administrativa del área médica no se encontraba debidamente organizada para brindar la atención oportuna de urgencias, y no por el procedimiento médico que le aplicara a la paciente, circunstancia que, de otro lado, permite afirmar a la Sala que no necesariamente la no atención oportuna deba tenerse como la causa eficiente de la muerte de la menor”. (subrayas fuera del texto)

Siguiendo la misma orientación del fallo anterior, en otro caso similar al **sub judice**, la Sala se pronunció respecto de la legalidad de la sanción impartida por la Dirección General para el control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud, en los siguientes términos:

“Las anteriores pruebas llevan a la Sala la convicción de que sin lugar a dudas el menor Frank Duberley Vargas sí fue llevado al Hospital El Carmen al Servicio de Urgencias y que no se le prestó la asistencia requerida, razón por la cual fue que, precisamente, el menor no fue registrado en dicho servicio, por lo cual queda sin sustento alguno la afirmación de la defensa en el sentido de que el hecho de no aparecer el menor registrado en dicho servicio demuestra que sus padres no acudieron allí en busca de atención médica.

(...)

De otra parte, esta Corporación advierte que si bien es cierto que en los antecedentes administrativos se encuentran las declaraciones de los funcionarios que prestaron sus servicios el 17 de abril de 1997, y que la mayoría de ellos dicen no haber tenido conocimiento de los hechos, *“Por cuanto no existe registro de dicho procedimiento de atención y evolución del mismo”* (ver folios 17 a 26, ibídem), también lo es que dicha afirmación lo único que demuestra es que el menor no fue atendido en el Hospital El Carmen (razón por la cual fue sancionado) y, por ende, que no fue registrado, pero en manera alguna prueba que sus padres no solicitaron la atención de urgencias.

Al haber quedado plenamente demostrado que los padres del menor solicitaron que el mismo fuera atendido en el servicio de urgencias del Hospital El Carmen y que su requerimiento no fue satisfecho, la Sala confirmará la sentencia apelada, pues los argumentos expuestos en el recurso de apelación no lograron desvirtuar la legalidad de las resoluciones acusadas” (subrayas del Despacho) (Sentencia del 4 de abril de 2002 rad. 25000-23-24-000-1999-00754-01 (7396) M.P. Olga Inés Navarrete Barrero)

De otra parte, no puede dejarse de lado como lo hicieron el apoderado de las demandantes y el a quo, la figura administrativa de la desconcentración de funciones que en este caso el Superintendente Nacional de Salud efectuó en varios de sus subalternos, entre ellos, en la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad que adelantó la actuación administrativa cuestionada, al expedir la Resolución 1320 de 1996 *“Por la cual se distribuye y reasignan competencias en las dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud”*.

De acuerdo con el epígrafe de la Resolución 1320 de 1996, ésta fue expedida por el Superintendente Nacional de Salud en uso de sus atribuciones conferidas en los numerales 13 y 14 del artículo 7 del Decreto 1259 de 1994 *“por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud”*. El artículo 7° de este Decreto dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Funciones del Superintendente Nacional de Salud. Al Superintendente Nacional de Salud le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

1. Señalar las políticas generales de la Entidad.
2. Expedir el certificado de funcionamiento a las entidades que pretendan operar como entidades promotoras de salud, para lo cual exigirá que se efectúe la publicidad de la solicitud y su oposición de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, con el propósito de verificar el carácter, la responsabilidad, la idoneidad y la solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación.
3. Controlar la conformación adecuada del portafolio de inversiones que establezca el Gobierno Nacional para la constitución y mantenimiento del margen de solvencia por parte de las Entidades Promotoras de Salud.
4. Expedir el certificado de funcionamiento a las entidades que pretendan prestar servicios de medicina prepagada.
5. Revocar el certificado de funcionamiento de aquellas entidades vigiladas, programas o dependencias que prestan el servicio de planos complementarios de salud y los de medicina prepagada, cuando no se ajusten a las disposiciones legales que rijan la materia.
6. Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuantos sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.
7. Velar porque no se presenten situaciones de conflictos de interés entre las entidades sometidas a su control y vigilancia y terceros.
8. Emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.
9. Fijar con sujeción a los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia y a las instrucciones del Contador General de la Nación, cuando sea del caso, los mecanismos y procedimientos contables que deben adoptar los hospitales, las entidades de medicina prepagada, las empresas sociales del Estado, las entidades especiales de previsión social, las instituciones prestadoras de servicios de salud y las empresas promotoras de salud

cuando no estén sujetas a la inspección, vigilancia y control de otra autoridad.

10. Asesorar al Gobierno Nacional en todas aquellas materias que se relacionen con el sector de la salud.

11. Presentar un informe anual de gestión al Ministro de Salud.

12. Contratar con firmas de auditoría colombianas la realización de programas o labores especiales para dar cumplimiento a la función de inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud sobre el Fondo de Solidaridad y Garantía y sobre las Entidades Promotoras de Salud.

13. Nombrar, remover y distribuir a los funcionarios de la Entidad, de conformidad con las disposiciones legales, sin excepción, así como el reasignar y distribuir competencias entre las distintas dependencias cuando ello resulte necesario para el mejor desempeño.

14. Expedir los actos administrativos que le correspondan conforme el presente Decreto, así como los reglamentos y manuales instructivos que sean necesarios para el cabal funcionamiento de la Entidad.

15. Delegar la facultad de ordenar gastos y celebrar los contratos en el Secretario General de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con las normas legales vigentes, y

16. Las demás que le asignen las disposiciones legales” (subrayas del Despacho).

Las anteriores disposiciones se deben interpretar de manera armónica con las funciones que le corresponde adelantar a la Superintendencia Nacional de Salud, las cuales están señaladas en el artículo 5° del Decreto 1259 de 1994, entre las que se encuentran:

“Artículo 5°. Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. Los objetivos antes señalados los desarrollará la Superintendencia Nacional de Salud mediante el ejercicio y desarrollo de las siguientes funciones y facultades:

1. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con la organización y funcionamiento de los diferentes tipos de Entidades Promotoras de Salud, en especial su régimen tarifario y la calidad del servicio.

(...)

5. Velar porque las entidades promotoras y prestadoras de servicios cumplan con el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud, incluyendo la auditoría médica.

(...)

23. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados revisor

fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción a favor del Tesoro Nacional, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia. Esta facultad excluye conforme a las disposiciones legales a los funcionarios de elección popular.

24. Imponer en desarrollo de sus funciones, las siguientes sanciones:

a) Amonestación escrita;

b) Multas sucesivas graduadas según la gravedad de la falta, a los representantes legales y demás funcionarios de las entidades vigiladas, entre cien (100) y mil (1.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria, y

c) Multas sucesivas a las entidades y organismos vigilados hasta por una suma equivalente a diez mil (10.000) salarios mínimos diarios legales vigentes en la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.

25. Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía:

(...)

b) A las entidades públicas o privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector a que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago;" (subrayas fuera de texto)

La Sala encuentra que en el caso sub examine, las funciones sancionatorias de la Superintendencia Nacional de Salud no estaban radicadas en cabeza del Superintendente como representante legal de la entidad, sino de la entidad en general, error en el que incurrió la parte demandante al considerar que la función sancionatoria era propia del cargo del Superintendente, por ello es que se encuentran consignadas en el artículo 5° y no en el 7° del Decreto 1259 de 1994.

Por tanto, lo que hizo el Superintendente Nacional de Salud dentro del ámbito de sus facultades legales, fue distribuir las competencias dentro de las distintas dependencias sin que para ello requiriera de una ley expresa que lo facultara para ello, pues ya existía la facultad general concedida en el Decreto 1259 de 1994 (art. 7 numerales 13 y 14), que le otorgó un campo amplio para que distribuyera

las competencias entre las dependencias de la entidad, en procura de lograr una eficiente prestación de los servicios.

A juicio de la Sala, el Superintendente Nacional de Salud dentro de las facultades que le otorga el Decreto Ley 1259 de 1994, lo que hizo en la Resolución 1320 de 1996, fue distribuir y reasignar las competencias que le corresponden a las distintas dependencias de la Superintendencia, entre ellas, la de imponer sanciones pecuniarias a las IPS y EPS que incumplan sus funciones de debida prestación del servicio público de salud, en la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad, para lo cual estaba legalmente habilitado.

Dado lo anteriormente expuesto, no operó en el caso en estudio una “delegación” de funciones puesto que esta figura administrativa supone que la función a delegar está en cabeza de quien delega, según lo establece el artículo 211 de la Constitución Política.

Por tanto, el Superintendente Nacional de Salud contaba con facultades legales para distribuir y reasignar competencias en los distintos funcionarios de la entidad, como expresión de la facultad señalada en el artículo 209 de la Constitución Política que establece: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”*

Como si las anteriores razones no resultaran suficientes, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 921 de 2001 declaró la exequibilidad del numeral 23 y los literales b) y c) del numeral 24 del artículo 5°, al considerar lo siguiente.

“Para hacer efectivos estos propósitos se le asignan a la Superintendencia Nacional de Salud una serie de funciones y facultades, que están expresamente señaladas en el artículo 5 del decreto 1259 de 1994, entre ellas, la potestad sancionatoria consagrada en los numerales 23, 24 literales b) y c), que son objeto de acusación en este proceso pues, a juicio del actor, vulneran los principios de legalidad, igualdad y otras disposiciones constitucionales.
(...)”

En el numeral 23 del artículo 5 del decreto 1259 de 1994, que es objeto de acusación, se autoriza a la Superintendencia Nacional de Salud, para imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección, vigilancia y control, a los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas

sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales, vigentes a la fecha de la sanción, a favor del Tesoro Nacional, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia. Disposición que, como ya se ha indicado, es considerada por el actor como violatoria del principio de legalidad.

En primer lugar advierte la Corte que la disposición demandada respetó el principio de reserva legal, pues ella forma parte de un decreto ley, esto es, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, concretamente, de las que le confirió el Congreso en el numeral 2 del artículo 248 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, resulta obvio afirmar que cuando el Presidente actúa en cumplimiento de facultades extraordinarias lo hace como legislador excepcional.

(...)

En segundo lugar, considera la Corte que tampoco se viola el principio de tipicidad, por cuanto en dicho precepto se señalan claramente todos los aspectos que debe contener una norma sancionatoria, como se verá en seguida.

- Los sujetos que pueden ser objeto de la sanción allí consagrada están expresamente enunciados y lo son las instituciones sobre las cuales la Superintendencia Nacional de Salud ejerza funciones de inspección y vigilancia, las cuales están taxativamente enunciadas en el artículo 4 del decreto parcialmente demandado (1259/94) que se transcribió en párrafos anteriores, como también los administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas.

- La sanción que ha de imponerse a quienes incurran en el comportamiento punible está igualmente determinada, indicándose la cuantía de la misma, a saber: multas sucesivas hasta de mil salarios mínimos legales vigentes al momento de imponer la sanción.

- La conducta o comportamiento que da lugar a la imposición de la sanción también se encuentra nítidamente descrita, y consiste en el **desobedecimiento de las instrucciones y órdenes que imparte la Superintendencia Nacional de Salud**. Las expresiones "instrucciones y órdenes" deben entenderse conforme al uso general y ordinario de las palabras. Instrucción, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el "conjunto de reglas o advertencias para algún fin"; "reglamento en que predominan las disposiciones técnicas y explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo". Orden es una "regla o mandato".

(...)

Por estas razones, considera la Corte que el numeral 23 del artículo 5 del decreto 1259/94, no vulnera el artículo 29 superior y, por tanto, será declarado exequible, pues es claro que las instrucciones u órdenes que dan origen a la sanción allí señalada, son aquellas que se relacionen con las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud o a hacer efectivos los objetivos primordiales que se buscan satisfacer

con la labor de inspección, vigilancia y control que a ella le compete desarrollar". (subrayas fuera de texto)".

Además de lo anterior no se puede perder de vista que los actos administrativos sancionatorios –resoluciones 1686, 1516 y 1661 todos de 2005-, informaron a las demandadas la procedencia de los recursos de la vía gubernativa, de los cuales hicieron uso los apoderados de las clínicas investigadas. Por tanto, en aras de garantizar el principio constitucional de la doble instancia consagrado en el artículo 31, correspondía a un funcionario distinto del Superintendente expedir en primera instancia los actos acusados, tal y como aconteció en el **sub iudice**.

De acuerdo con la anterior cita jurisprudencial y las consideraciones expuestas, no se evidencia la violación al debido proceso endilgada en la demanda, en la medida en que el Superintendente Nacional de Salud no expidió las resoluciones sancionatorias en contra de las actoras porque lo hizo por conducto de la Directora General para el Control del Sistema de Calidad, como lo reclama la parte demandante.

6.2.4. Acerca de la violación al principio de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de la sanción

A juicio de la parte demandante los actos atacados de nulidad no se esforzaron por establecer a qué título fue el obrar de las sancionadas, es decir, si fue a título culposo o doloso. Adujo también que la demandada no tuvo en cuenta que el hecho o la conducta sancionada es una sola y que al aplicar una sanción de (350) s.m.l.m.v. para cada una de las clínicas sancionadas, logró el incremento de la subcuenta de solidaridad en (2.100) s.m.l.m., lo cual evidencia la desproporción en las sanciones al imponer a cada clínica esta sanción a pesar de haberse adelantado un solo expediente.

Por su parte el a quo acogió el cargo de la violación al principio de culpabilidad, al considerar que la Superintendencia Nacional de Salud, dedujo objetivamente la responsabilidad de las clínicas actoras y las sancionó sin determinar si lo fue a título culposo o doloso. En cuanto a la violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, la primera instancia no lo compartió al considerar que el adelantamiento unificado del proceso no constituye una razón para que

cada institución o entidad no hubiera podido ser sancionada de manera independiente.

La Sala considera que los antecedentes administrativos de la investigación adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, justifican los efectos producidos en las determinaciones adoptadas en los actos acusados, por las siguientes razones:

Revisado el contenido de las Resoluciones 1686, 1516 y 1661 todas de 2005 mediante las cuales la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional de Salud sancionó a las Clínicas de La Mujer, Mar Caribe y El Prado respectivamente, en todas ellas determinó lo siguiente:

“IV. DOSIFICACION DE LA SANCION

De conformidad con las facultades atribuidas a la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad de la Superintendencia Nacional para investigar y sancionar a los sujetos vigilados, y que corresponde a la Resolución 1320 de 1996 Artículo 3 A LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD numeral 14 sancionar con multas sucesivas hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad y Garantía Literal a) A las entidades públicas y privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector al que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago, por consiguiente este Despacho considera que acorde a las normas vulneradas y las circunstancias que rodearon el hecho, la multa a imponer a la CLINICA DE LA MUJER LTDA. CON NIT 819.000.364-7, será equivalente a TRESCIENTOS CINCUENTA (350) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES vigentes a la fecha de expedición del presente acto sancionatorio, teniendo en cuenta que por su negativa condujo al paciente a recorridos innecesarios e incrementó el riesgo de muerte, máxime que se trataba de un paciente menor de edad, el cual requería de una atención prioritaria en donde se le definiera su diagnóstico y se dispusiera el destino o tratamiento necesario para salvaguardar su salud”.(subrayas fuera de texto)

La Resolución 1320 de 1996, en el artículo 3 numeral 14 literal a), invocada en los actos administrativos demandados, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. Reasignar las siguientes funciones
(...)

A LA DIRECCION GENERAL PARA EL CONTROL DEL SISTEMA DE CALIDAD

(...)

14- Sancionar con multas sucesivas hasta de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía:

a) A las entidades públicas o privadas que presten el servicio de salud, independientemente del sector a que pertenezcan, que no suministren la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo necesite, sea cual fuere su capacidad de pago.

Por su parte el artículo 5 numeral 23 del Decreto 1259 de 1994 establece:

“Artículo 5º. Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. Los objetivos antes señalados los desarrollará la Superintendencia Nacional de Salud mediante el ejercicio y desarrollo de las siguientes funciones y facultades:

(...)

23. Imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados revisor fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción a favor del Tesoro Nacional, cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia. Esta facultad excluye conforme a las disposiciones legales a los funcionarios de elección popular”. (subrayas del Despacho)

De acuerdo con las anteriores transcripciones legales, se observa que la sanción consagrada en la Resolución 1320 de 1996 reprodujo en los mismos términos la sanción tipificada en el Decreto 1259 de 1994, pues en ambas legislaciones se tiene como supuesto fáctico la omisión en la atención inicial de urgencias por parte de las instituciones públicas o privadas que presten el servicio de salud, así como es idéntico el quantum punitivo, al señalar que la multa no puede exceder los 1.000 s.m.l.m.v.

Es preciso acotar que ni el Decreto ni la Resolución interna que reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud que sirvieron de fundamento legal a los actos acusados, exigieron la graduación de la pena dependiendo de si esta sería a título doloso o culposo como lo echa de menos la parte actora.

Y es que no puede perderse de vista que las sanciones impartidas a las clínicas actoras, se profirieron en el marco de un proceso administrativo y no de uno penal, los cuales difieren ostensiblemente por lo que mientras el primero propende por la protección de su propia organización y funcionamiento dada la importancia del interés público amenazado, el proceso penal procura el restablecimiento del orden social en abstracto al perseguirse fines retributivos, preventivos y resocializadores.

Sobre la flexibilización de las reglas en el procedimiento administrativo, estableció la comentada Sentencia C- 921 de 2001, lo siguiente.

“En punto concreto a la tipicidad exigida en materia disciplinaria, considera la Corte que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.

Si a los sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Salud se les imponen unos deberes y obligaciones por parte de esa entidad con el único fin de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio público de salud, resulta apenas obvio, que se le autorice a esa misma entidad para imponer sanciones de naturaleza administrativa a quienes no cumplan sus mandatos, como medio de coerción ideado por el legislador, que se muestra razonable y proporcionado para ese fin.

(...)

La potestad sancionatoria de la administración debe siempre desarrollarse con total respeto del ordenamiento supremo y, por ende, de los derechos fundamentales del implicado. De esta manera la sanción que se imponga debe ser la consecuencia de un proceso recto, transparente, imparcial en el que se haya demostrado plenamente la comisión de la falta y se haya garantizado el pleno y efectivo ejercicio del derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, por parte del implicado, y todos los demás que rigen el debido proceso.

(...)

En este orden de ideas, la Superintendencia Nacional de Salud está obligada a garantizar el debido proceso al ejercer la potestad sancionatoria, no sólo porque la norma demandada así lo consagra al señalar que debe solicitar previamente explicaciones a los representantes de las instituciones investigadas, administradores, empleados o revisor fiscal de las mismas, sino porque la Constitución así lo impone (art. 29). Sin embargo, debe aclarar la Corte en este punto, que no se trata solamente de pedir explicaciones, sino de adelantar un procedimiento en el que se de oportunidad al implicado de

ejercer su defensa y de impugnar las decisiones que se dicten en su contra, como de ejercer los demás derechos que integran el debido proceso”.

De otra parte, en lo que tiene que ver con el otro argumento de las demandantes relacionado con la desproporción de las sanciones por el hecho de que no obstante la entidad demandada haber adelantado un sólo expediente, no tuvo en cuenta que la conducta sancionada era una sola y al sancionar con 350 s.m.l.m.v. a cada una de las clínicas, excedió el tope de su capacidad sancionatoria que es de 1.000 s.m.l.m.v., no es compartido en sede de instancia.

En este sentido, la Sala comparte la decisión del a quo por cuanto el hecho de que la conducta omisiva en la prestación de la atención inicial de urgencias sea una sola como lo afirma el demandante, igualmente lo es que ésta infortunadamente se repitió en cada una de las clínicas sancionadas, por lo que cada una de ellas es responsable de la misma infracción a título independiente, sin consideración alguna a que se hubiera adelantado una sola actuación administrativa. Por tanto, ninguna desproporción se observa en el quantum de 350 s.m.l.m.v. como quiera que lejos se encuentra de exceder el tope máximo de la conducta reprochable por las que se les sancionó que es de 1.000 s.m.l.m.v.

6.2.5. Respecto de la violación al régimen probatorio por omisión en la práctica de pruebas

Según el demandante la prueba que pretendía acreditar la falta de inidad de cuidados intensivos pediátrico fue negada por la demandada pues el único propósito de la Superintendencia era sancionar o escarmentar a como diera lugar, cuando en el fondo lo que estaba opacando era el caos hospitalario que vivía el Distrito en la época de los hechos y la responsabilidad del Estado en la prestación del servicio público de salud.

El Tribunal de primera instancia acogió este cargo al considerar que la Superintendencia demandada tenía como único propósito dejar sentado que las clínicas habían omitido prestar la atención inicial de urgencias al menor, cuando las pruebas dejadas de practicar hubieran acreditado que para la fecha de los hechos carecían de disponibilidad de la Unidad de Cuidados Intensivos pediátricos.

La Sala descarta de plano este cargo, al considerar que el error en que incurre el demandante consiste en que para él la conducta endilgada a las actoras no se encuadra en la de "falta de atención inicial de urgencias", motivo por el cual considera que la prueba que le beneficiaba era la de la "falta del equipo de cuidados intensivos pediátrico".

De todas maneras, lo que interesa en el caso estudiado es que, frente a la anterior situación no fue aportada al expediente prueba que acreditara la existencia del equipo con tales especificidades, en cambio sí obra prueba testimonial mediante las declaraciones de la doctora Milena Scarpatti, de la madre del niño Yeneisis Fragoso y del doctor Jorge Javier Rocha Gerente de la Clínica de la Mujer rendidas en el pliego de cargos, que acreditan la falta de atención inicial de urgencias al menor.

En todo caso llama la atención de la Sala, que el Auto 01590 del 8 de septiembre de 2005 que contiene el pliego de cargos en contra de la Clínica de La Mujer, a pesar de haberle otorgado 10 días hábiles al representante legal de la institución para que ejerciera los derechos de defensa y contradicción, venció el 29 de septiembre de 2005 y sin embargo, durante este periodo la Clínica no hizo uso de este derecho, al guardar silencio sobre los hechos investigados.

Es decir, la clínica de la Mujer desaprovechó una etapa en vía gubernativa que bien podía haber utilizado para aportar las pruebas que en su sentir le favorecían, como por ejemplo aquella de que no contaba con Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, que a la postre no desvirtuaba el fundamento del pliego de cargos que era la falta de atención inicial de urgencias. Lo que se observa es que al parecer, para el representante legal de la Clínica le resultaron suficientes las explicaciones que rindió en el escrito del 29 de mayo de 2005, ante la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad.

De acuerdo con los antecedentes administrativos se observa que, en el caso de la Clínica de La Mujer, la administración le garantizó el derecho de defensa al no limitarse a pedirle simples explicaciones sobre los hechos acontecidos, tal y como se observa mediante los oficios NURC 3024-02-01 del 27 de julio de 2005 visible a folio 58 de la carpeta N°1, sino que le dio oportunidad a la investigada para que ejerciera su defensa, sin embargo como ya se dijo no la aprovechó.

De otra parte, las actoras al parecer perdieron de vista que en los autos 1590, 1588 y 1583 todos de 2005 que contienen los pliegos de cargos contra las Clínicas de La Mujer, El Prado y Mar Caribe respectivamente, se ordenó abrir investigación en contra de las citadas clínicas no por la negativa de atención al menor Fragoso Soto en una Unidad de Cuidados Intensivos pediátrica, sino por el hecho de que las investigadas no le brindaron la atención inicial de urgencias.

En cuanto al Auto N° 01588 de septiembre 7 de 2005 que ordenó abrir investigación en contra de la Clínica El Prado, el acopio probatorio lo constituyó la hoja de Historia Clínica tramitada por la doctora Milena Scarpatti; el acta de la investigación preliminar adelantada por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la ESE Hospital Alejandro Próspero Reverand, en la que se escuchó en versión a la enfermera Rosalba Pitre; la declaración de la señora Yeneisis Fragoso, prueba testimonial y documental que acreditó la falta de atención inicial de urgencias al menor y del cual se le corrió traslado al representante de la clínica, para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción.

En todo caso, advierte la Sala que al presentar los descargos la investigada mediante escrito del 26 de septiembre de 2005, se preocupó por justificar las razones por las cuales no se le brindó atención al menor Jhon Fragoso pero en modo alguno se pronunció sobre la imposibilidad de ejercer su defensa porque el expediente se encontraba en Bogotá, argumento que apenas vino a manifestar cuando interpuso el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria pero no después de que fue proferido el pliego de cargos.

Idéntico predicamento se puede hacer en el caso de la Clínica Mar Caribe, pues en el Auto 01583 del 7 de septiembre de 2005 por el cual se abrió investigación en su contra, se le puso de presente a su representante legal el mismo material probatorio que fundamentó el pliego de cargos de la Clínica El Prado. Mediante escrito del 29 de septiembre del mismo año, rindió las explicaciones el representante legal de la clínica. Sin embargo, al interponer el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, éste no hizo alusión alguna a la violación al derecho de defensa como lo reclama ahora el apoderado de la clínica en sede judicial.

6.2.6. Acerca de la violación de los principios que rigen la actuación administrativa

Según el apoderado de las actoras, al haber sido desestimados los descargos rendidos por los gerentes de las clínicas sancionadas, se privilegiaron las pruebas que los responsabilizaban, motivo por el cual considera que la actuación de la demandada fue parcializada y el principio de la buena fe le fue desconocido a la Clínica de La Mujer cuando resolvió el recurso de apelación y sostuvo que *“dicha clínica no hace honor al nombre que despliega protegiendo el sufrimiento de una madre”*.

La Sala comparte la afirmación del a quo en el sentido de que no se observa la violación al principio de la buena fe de la Clínica de La Mujer.

En cambio, respecto de la censura a la investigación imparcial adelantada por la Dirección General para el Control del Sistema de Calidad, la Sala no lo comparte, por cuanto el material probatorio allegado por las sancionadas sí fue valorado por la demandada, situación distinta es que no los hubiera compartido o los hubiera estimado lo suficientemente consistentes para desvirtuar la imputación efectuada en los pliegos de cargos y mucho menos para abstenerse de imponerles la sanción.

Una vez más la Sala destaca que no se puede pasar por alto que a las actoras se les sancionó por la omisión en la atención inicial de urgencias al paciente Jhon Fragoso Soto, niño de escasos cinco meses de edad desconociendo además el mandato constitucional del artículo 44 según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, hecho que fue acreditado con el material probatorio valorado por la administración, por lo que resultaban insuficientes las exculpaciones de los representantes legales de las investigadas en torno a procurar exonerarse de responsabilidad, tratando de demostrar que en la fecha de los hechos no contaban con la UCI pediátrica o que sí la tenían pero que no estaba disponible, pues en torno a este dilema no giró la investigación.

Acerca de la sanción por la omisión en la atención inicial de urgencias, resulta oportuno transcribir el siguiente aparte de un fallo proferido por esta Sala:

“A la luz de las normas anteriormente citadas, esto es, los artículos 168 de la Ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 412 de 1992, y de los numerales 4° y 5° de la Circular Externa 014 de 1995, las conductas en cuestión son sancionables, pues queda claro que la atención inicial de

urgencias genéricamente, según lo dispone la Circular Externa 014 de 1995, comprende las siguientes responsabilidades:

Además si bien la Circular Externa 014 en su numeral 10.1. se refiere a la facultad de la Superintendencia de sancionar a las instituciones públicas o privadas que no suministren la atención inicial de urgencias sin hacerla extensiva al incumplimiento de las demás instrucciones impartidas, el artículo 5° del Decreto 1529 de 1994¹⁸ en su numeral 23 establece como función de esta institución «*imponer a las instituciones respecto de las cuales tenga funciones de inspección y vigilancia, a los administradores, empleados revisor fiscal de las mismas, previa solicitud de explicaciones, multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sanción [...], cuando desobedezcan las instrucciones u órdenes que imparta la Superintendencia*». (Sentencia de agosto 18 de 2005 rad. 25000-23-24-000-1999-00890-01 M.P. Camilo Arciniégas Andrade)

Con fundamento en las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia y en vista de que en el presente estudio, los planteamientos expuestos por la apelante, como se indicó en el numeral 6.2.1. a pesar de haber sido denominados excepciones, en el fondo contienen serios argumentos de inconformidad contra la decisión apelada a fin de lograr su revocatoria, los cuales son acogidos por la Sala, la decisión que corresponde adoptar es la de revocar la sentencia proferida por el a quo como se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- REVÓCASE la Sentencia de marzo 3 de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con fundamento en las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

¹⁸ Diario Oficial. No. 41406. 24 de junio de 1994

Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente
Ausente con permiso

MARIA ELIZABETH GARCIA
GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO