

DAÑO - Noción. Definición. Concepto

El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado. Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera” aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la “amenaza o puesta en peligro del interés”, con lo cual se amplía su concepción a la “función preventiva” del mismo (...) la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el concepto de daño consultar sentencias de 11 de noviembre de 1999, exp. 11499 y de 19 de mayo de 2005, rad. AG -2001-0151-03

ANTI JURIDICAD - Noción. Definición. Concepto / ANTI JURICIDAD - Plano formal. Noción, definición, concepto / ANTI JURICIDAD - Plano material. Noción, definición, concepto / DAÑO ANTI JURIDICO - Fundamento

La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho” “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño. En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable. Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre definición de daño antijurídico, consultar Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Consejo de Estado, Sección Tercera, consultar sentencias de 8 de mayo de 1995, exp. 8118; 13 de julio de 1993, exp. 8163 y de 6 de junio de 2007, exp. 16460

DAÑO ANTI JURIDICO - Lesión a un derecho constitucional / DAÑO - Antijurídico porque el que lo padece no está en el deber legal de soportarlo / DAÑO ANTI JURIDICO - Daño cierto. Determinable y tasable / DAÑO ANTI JURIDICO - Requisitos para que proceda su indemnización

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. Ahora bien, en el libelo demandatorio se definió como daño antijurídico a reparar, la condición de salud en que quedó el neonato, después del trabajo de parto realizado a la señora María Geni González en la Clínica León XIII, lo que constituye una vulneración a

un derecho constitucional protegido como es la salud, por esta razones, el daño aducido, esto es, la lesión a un derecho constitucional tiene la condición de antijurídico, pues, no se está en el deber legal de soportar, y es un daño cierto, porque es perfectamente determinable y tasable. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia de 5 de diciembre de 2005, exp. 12158. En relación con la antijuricidad del daño, ver sentencia de 11 de noviembre de 1999m exp. 11499

FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Demora y negligencia en la atención oportuna de paciente / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Sufrimiento fetal de neonato. Hipoxia cerebral / FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO - Obligación de establecer, aplicar y cumplir con el protocolo médico

[A]nalizado en su conjunto el material probatorio obrante, lo procedente será confirmar la decisión de primera instancia, comoquiera que el acta del comité médico ad-hoc convocado para estudiar el caso de la señora María Geny González es claro, contundente y preciso en señalar que durante el trabajo de parto se presentaron varias fallas en el procedimiento (...) con meridiana claridad se vislumbra que estas fallas fueron determinantes en el sufrimiento fetal del que fue objeto el menor Hamilton Villada González y lo que impidió monitorear el proceso de hipoxia cerebral que se presentó durante el trabajo de parto y como consecuencia de ello el estado patológico de parálisis cerebral con el que resultó, es decir, no fue el antecedente de la toxoplasmosis como lo aduce el apoderado del ISS en el recurso de apelación, ni fue un hecho imprevisible o inmanejable, pues de haberse cumplido con los protocolos médicos señalados por la institución, en especial para casos de alto riesgo como era el de la señora María Geny González, no es que se hubiese podido evitar el hecho, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta, pero si era posible mitigar los riesgos que conlleva todo procedimiento médico, en especial un embarazo de alto riesgo con trabajo de parto prolongado, en razón a ello, lo procedente será confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que se encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio médico por parte del ISS durante el trabajo de parto de la señora María Geny González, y el daño antijurídico, como también la imputación fáctica del mismo a la demandada.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD FISCAL - Estricto y restrictivo. Aplicable tan solo previo agotamiento de los procedimientos judiciales dispuestos en la Constitución Política / PRINCIPIO DE ESTABILIDAD FISCAL - Demora en reparación de daños que han sido causados a las víctimas

[E]n nuestro país las entidades descentralizadas de los diversos órdenes padecen una fuerte dependencia del Gobierno Nacional y, por ende, muchas veces para el cumplimiento de sus funciones y misiones propias requieren del guiño o visto bueno otorgado desde el nivel central, en una especie de control jerárquico. Esta fuerte dependencia en el entramado administrativo que opera en la Rama Ejecutiva, lleva a que, en ocasiones, en aras del cumplimiento del interés público, y la garantía efectiva de los derechos de los asociados, sea necesaria la aplicación de principios generales del derecho (...) Y, si bien, en el ordenamiento constitucional existe el principio de estabilidad fiscal (art. 334 C.P.), lo cierto es que ese postulado debe entenderse como estricto y restrictivo, aplicable tan solo previo el agotamiento de los procedimientos judiciales dispuestos en la Constitución Política, siempre y en todo caso en armonía con los demás principios que también integran la Carta Política, de allí que su aplicación pura y simple no perturbe el sistema constitucional completo. En particular, el principio según el

cual Colombia es un Estado Social de Derecho. (...) sólo cuando se superen los límites soportables de lo que en derecho económico se denomina sostenibilidad fiscal, se quebrará el sagrado principio de honrar las deudas en la de un caso particular, cuya demora en repararse siempre producirá más daños de los que ya se causaron a las víctimas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334

PAGO DE CONDENAS A CARGO DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Procesos de reparación directa por la actividad médico sanitaria. Situación de cosas inconvencionales e inconstitucionales llamada a ser reparadas por las autoridades nacionales / SENTENCIA DE CONVENCIONALIDAD - Situación de cosas inconvencional. Valor jurídico de los derechos de las víctimas / SENTENCIA ESTRUCTURAL - Situación de cosas inconstitucionales. Correcto y cabal cumplimiento de la condena decretada, consistente en la reparación integral de los perjuicios

[A]nte la situación de incertidumbre respecto de la suerte del ISS, la continua prórroga del término para su liquidación, así como ante la ausencia de decisiones que indiquen cuál entidad asumirá la responsabilidad por las actuaciones adelantadas en su tiempo por el ISS en su calidad de EPS, la Sala verifica que se ha generado un contexto objetivo de abierto y grosero incumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la entidad acá demandada. En este orden y en razón de la naturaleza de las decisiones judiciales de esta Sección, en tanto realizan y garantizan los derechos humanos fundamentales de las víctimas, y teniendo en cuenta la situación institucional que afronta el ISS, así como las posibles consecuencias nefastas que ello puede generar respecto de quienes pueden considerarse como víctimas por las acciones u omisiones de dicha Entidad, la Sala se ve en la obligación jurídica, de orden convencional, de adoptar medidas para evitar que la garantía de los derechos de estos sujetos sea meramente ilusoria o artificiosa, comoquiera que es posible que en el marco de las actuaciones administrativas que actualmente está llevando a cabo el ISS (o su agente liquidador) no se garantice el cabal, pronto y efectivo cumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la demandada. (...) la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional que tienen las autoridades de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2º de la Convención), considerando el valor jurídico de los derechos de las víctimas (como los aquí demandantes) y ante la necesidad de garantizar el pronto, correcto y cabal cumplimiento de la condena decretada, consistente en la reparación integral de los perjuicios (de acuerdo al artículo 63 de la Convención), dictará una orden perentoria a efectos de que a partir de la ejecutoria de esta providencia la entidad demandada se sirva dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, y dentro del término que antecede a la fecha de expiración de la liquidación, esto es, el 31 de diciembre del año en curso. (...) se ordenará a la entidad demandada que informe a esta Sala de Subsección, al vencimiento de este término perentorio, si dio cumplimiento al fallo y, en caso de que no fuere así, que exponga las razones por las cuales ello no fue posible, pese a la orden judicial explícita dictada. Por último, a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las víctimas a una reparación integral por los daños y perjuicios causados y atendiendo las particularidades reseñadas en este caso, se ordenará, nuevamente, en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, poner en conocimiento al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189 constitucional) y en el marco de sus competencias, adopte las medidas administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de

este fallo y adicionalmente las que considere necesarias en desarrollo del mencionado artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si es que el marco jurídico nacional resulta insuficiente para garantizar los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para el cumplimiento material, oportuno, efectivo y eficaz de la sentencia judicial que nos ocupa, para lo cual le otorga tres (3) meses a partir de la comunicación de la presente decisión.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 63 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590)

Actor: MARIA GENI GONZALEZ Y OTROS

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Referencia: REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

“1°. Se niegan las excepciones propuestas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

2. SE DECLARA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la inadecuada atención del parto de la señora MARÍA GENI GONZÁLEZ.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, SE CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar los actores (sic) los siguientes conceptos:

Perjuicios morales

Para HAMILTON VILLADA GONZÁLEZ (hijo menor), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia;

Para MARÍA GENI GONZÁLEZ (madre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia;

Para DIDIER DE JESÚS VILLADA (padre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia;

4. SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

5. El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. Sin costas”.

I. Antecedentes.

1. En libelo presentado el 15 de noviembre de 1991, María Geni González y Didier de Jesús Villada, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo menor, Hamilton Villada González, por intermedio de apoderado judicial solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto de Seguros Sociales, por los daños antijurídicos sufridos como consecuencia de una falla en el servicio médico.

En razón de lo anterior, deprecaron que se condenara a favor de cada uno de los demandantes a 1000 gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales, y perjuicios materiales a favor del menor, como consecuencia de la invalidez permanente que sufrió.

2. Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, narraron los siguientes hechos:

2.1. En el año 1990, María Geni González quedó en estado de embarazo, siendo atendida durante el tiempo de gestación por el ISS, hasta el momento del nacimiento, esto es, el 30 de agosto de 1991.

2.2. Teniendo en cuenta que María Geni González había tenido dos abortos, su embarazo fue calificado como de alto riesgo.

2.3. El 30 de agosto de 1991, en las primeras horas de la tarde ingresó a la Clínica León XIII No. 3 del ISS en Medellín, donde fue valorada presentando signos normales, que cambiaron a primeras horas de la mañana, lo que indicaba el inicio de sufrimiento fetal.

2.4. 20 horas después, esto es, a las 12:45 p.m., nace el niño con APGAR bajísimo, de apenas 3, con respiración de cero, color cero, actividad motora cero, frecuencia cardíaca 2 y reflejo nasal 1, lo que llevó a calificar el nacimiento como “recién nacido en pésimas condiciones”.

2.5. Durante el proceso de parto, se presentó una expulsión de meconio, el que se mezcló con el líquido amniótico, que a su vez, fue aspirado por el niño, así mismo se produjo una falta de oxígeno lo que ocasionó una “depresión neurológica con daño cerebral irreparable”, como consecuencia, el menor está condenado a una vida vegetativa.

3. La demanda fue admitida, en auto del 2 de diciembre de 1991 y notificada en debida forma.

3.1. El ISS contestó la demanda, dando por ciertos unos hechos y otros no, así mismo, adujo que la atención brindada a la paciente fue correcta y adecuada a la sintomatología que presentó durante el proceso de parto.

4. Vencido el término de fijación en lista, en auto del 3 de junio de 1992 se abrió el proceso a pruebas, finalizado éste, en proveído del 13 de noviembre de 2003 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

4.1. Las partes guardaron silencio.

II. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 30 de julio de 2004, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda, accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en el siguiente razonamiento:

“(…) De conformidad con el material probatorio, encuentra la Sala que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, incurrió en una falla toda vez dado el deficiente monitoreo realizado en el trabajo de parto de la señora MARÍA GENI GONZÁLEZ condujo a que no se determinara el sufrimiento fetal, generándole así un daño al bebe por nacer. Si bien, la señora MARÍA GENI GONZÁLEZ era una “abortadora habitual”, tal como se demuestra con la historia clínica y en acta del Comité; que el embarazo en el que se encontraba era de alto riesgo, eso no la hace responsable de las consecuencias padecidas por HAMILTON. Muy al contrario, la entidad demandada, realizó un control prenatal adecuado, lo que la hace conocedora de las condiciones en las que el bebe nacería y dado este conocimiento debía estar preparada para un parto de un embarazo de alto riesgo, siendo necesario el monitoreo permanente, que como se reconoce por el ISS, fue deficiente (folio 117) y esa carencia hizo que no se detectara con veracidad el sufrimiento fetal.

(…)

Es evidente que en este caso la Entidad no demostró haber actuado con eficiencia, prudencia o idoneidad, pues no se aportaron los elementos que desvirtuaran lo manifestado por el Comité de la misma entidad.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala existió falla en el servicio médico a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, por lo cual se accederá a las pretensiones de la demanda.

En conclusión, en el caso sub - examen, es evidente que la entidad demandada no demostró haber actuado con eficiencia, prudencia o idoneidad, al igual que no acreditó la existencia de una circunstancia exculpatoria imprevisible e irresistible que produjera las lesiones de la criatura, por el contrario, lo que sí quedó demostrado en el proceso fue el deficiente monitoreo en el parto, por lo que se le atribuye responsabilidad al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES” (fls. 335 a 355 cdno ppal).

III. Recurso de apelación

3.1. Inconforme con la sentencia, el ISS, por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de apelación, concedido por el *a quo*, en providencia del 14 de septiembre de 2004, y admitido en auto del 25 de mayo de 2005.

Ahora bien, los fundamentos expuestos se formularon a través del siguiente razonamiento:

“(…) No comparto los argumentos que aduce la Sala Primera, ...por cuanto dichos argumentos no encuadran dentro de la conducta asumida por la entidad Seguros Social, y por tanto, no se puede derivar responsabilidad capaz de generar perjuicio alguno a la parte demandante, no sobra señalar sin embargo, y así es preciso admitirlo que en el mundo en que hoy se vive y todo y a todo lo largo de la existencia del hombre en todas sus actividades, por insignificantes que ellas sean, se enfrentan riesgos de muy diversa índole, previsibles unos, imprevisibles otros, aún más tratándose de una actividad médica, donde los imprevisibles son mayores y se presentan con mayor frecuencia, los cuales a veces dependen de reacciones intempestivas del paciente, de ahí, que considero que el daño sufrido por el menor HAMILTON VILLADA GONZÁLEZ, se debe más a causa de tipo físico o metabólico, estados nutricionales, estados de distorsión exagerada del útero u otra enfermedad entre ellas la toxoplasmosis, la cual es una enfermedad latente, que se puede reactivar y transmitirse o pasar a través de la placenta al feto, estados estos, que de una u otra manera inciden en el resultado óptimo perseguido, ambos estados se encuentran probados, que la señora GONZÁLEZ había padecido y como consecuencia de la toxoplasmosis, presentó dos abortos previos, situación ésta, que había despejado, si se hubiere practicado el dictamen pericial, porque de lo contrario, no se explica lo sucedido, porque con las pruebas allegadas al proceso, se acreditó el comportamiento diligente, prudente y adecuado del personal médico, del cual se permite deducir la ausencia de culpa en la producción del daño recibido por el menor Villada González, es decir, que tanto en el parto, parto y postparto, se dio cumplimiento a las normas que regulan la ciencia médica, y si el paciente presentó algún daño, éste no se debe a hechos o actos provenientes del personal médico y paramédico que atendió a la paciente,...sino que dicho daño se debe a causa ajenas a la institución, tal y como se puede apreciar, con las declaraciones rendidas por los testigos arimados al proceso,...” (fls. 357 a 359 cdno ppal)

IV. Trámite en la segunda instancia

4.1. En auto del 30 de septiembre de 2005 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

4.2. El Ministerio Público rindió concepto, solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia, sustentada en el concepto médico rendido por el comité ad-hoc de evaluación del ISS, en el que se registró que las disfunciones neurológicas que padecería el niño podrían estar relacionadas por el sufrimiento fetal agudo por hipoxia que no fue oportunamente detectado, comoquiera que falló el método de diagnóstico.

4.3. Las partes guardaron silencio.

IV. Consideraciones.

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia, 2) los hechos probados; 3) daño antijurídico; y 4) análisis de imputación

1. La competencia.

La Sala es competente para conocer en segunda instancia de la actuación, pues la pretensión mayor corresponde a la suma de \$7'487.000 por concepto de perjuicios morales, monto superior al establecido para que un proceso tuviere esa vocación, que a la fecha de presentación de la demanda ascendía a \$4'900.000.

Ahora bien, previo al análisis de fondo del asunto, es necesario precisar que al ser un caso de apelante único –parte demandada-, y como lo dispone el artículo 328 del C.G.P, - normatividad, conforme la interpretación dada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹ y desarrollada por la Subsección C en auto del 6 de agosto de 2014²-, el juez no podrá hacer más desfavorable la situación de éste, es decir, se dará aplicación al principio de la no reformatio in pejus, al momento de decidir el recurso de apelación.

¹ Auto de unificación del 25 de junio de 2014. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. MP: Enrique Gil Botero. Exp. 49.299

² M.P ENRIQUE GIL BOTERO, seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014), Exp. 50.408

2. Los hechos probados

2.1. De conformidad con el acervo probatorio, se pueden dar por ciertos los siguientes hechos:

2.1.1. La legitimación de los demandantes está debidamente acreditada con el registro civil de nacimiento de Hamilton Villada González, en el que se indica que María Geni González y Didier de Jesús Villada son los padres³.

2.1.2. En cuanto a la atención brindada por el ISS el 30 de agosto de 1991, en la Clínica León XIII a la señora María Geni González, obra en el proceso copia de la historia clínica, en la que se lee que fue admitida a las 19:15 a trabajo de parto⁴.

2.1.3. Respecto al estado de salud en que nació Hamilton Villada González, en su historia clínica se registró lo siguiente:

“(...) PUE con expulsivo y prolongado, además se colocaron fórceps, también con líquido amniótico mecánico claro. RN que nace deformidad total, sin respiración propia con frecuencia cardíaca presente. Se intubó y se colocó Oz el RN no responde y continúa sin respiración propia. Se aspiró y se le coloca narcas. RN responde muy lentamente recuperando respiración propia luego de varios minutos de tener oxígeno, sin embargo parece estar (ilegible),...

Mente compatibles con convulsión, se aplica (ilegible) luego de varios minutos el RN recupera respiración propia lenta pero continua con franca dificultad respiratoria,...al momento de trasladarlo lo movimientos tónicos son más evidentes y con desviación de la mirada” (fls 7 a 51 cdno 1.

Conforme al acervo probatorio podemos dar por cierto que María Geni González ingresó el 30 de agosto de 1991 a la Clínica León XIII a trabajo de parto a las 19:15 horas, y que su hijo, Hamilton Villada González, nació a las 12:40 p.m., del 31 de agosto de 1991, con un cuadro clínico grave como consecuencia de un parto prolongado, aspiración de líquido amniótico - mecánico, con señales de estado vegetativo.

3. Del daño antijurídico.

³ Fl. 2 cdno 1

⁴ Fls. 139 a 259 cdno 1

El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”⁵ aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la “amenaza o puesta en peligro del interés”⁶, con lo cual se amplía su concepción a la “función preventiva”⁷ del mismo; en ese orden de ideas, se encuentran diversos conceptos del daño que ha planteado la doctrina:

“Nos encontramos ante un concepto *amplio, impreciso y esencialmente intuitivo*⁸. De estas características se deriva la dificultad de dar un concepto unitario de <<daño>>, dada la diversidad de manifestaciones y matices que éste presenta⁹.

“Para De Cupis <<daño>> no significa más que nocimiento o perjuicio, o lo que es lo mismo aminoración o alteración de una situación favorable¹⁰. En un entendimiento similar del concepto, la doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del <<daño>> caracterizándolo –en palabras de LARENZ- como <<el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio>>¹¹.

⁵ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

⁶ DE LORENZO Miguel Federico. El daño injusto en la responsabilidad civil. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. Pág. 17.

⁷ VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 170.

⁸ Nota del original: “Cfr. ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p.319.”

⁹ Nota del original: “Vid., entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Reus, Madrid, 1993, Vol. I, p. 182.”

¹⁰ Nota del original: “DE CUPIS, A.: *Ill danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, vol. I, p. 7. Términos curiosamente coincidentes con los empleados por el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* como sinónimos de <<nocimiento>> ; cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, Espasa- Calpe, edic. 1984 (20ª edición), t. II, p. 956: <<Nocimiento. (De nocir), Daño o perjuicio>>.”

¹¹ Nota del original: “Cfr. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones* (traducción española de SANTOS BRIZ), EDERSA, Madrid, 1958, t.I, p.193. Definición recogida por SANTOS BRIZ, J. en sus obras: *Derecho de daños*, EDERSA, Madrid, 1963, p.107 y *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo S.A., Madrid, 1993 (7ª edic.), t.I, p. 144; por PASCUAL ESTEVILL, L.: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Bosch, Barcelona, 1990-92, T.II, vol. 2º, Parte Especial (cont.), p. 647.”

“Esta afirmación precisa de una urgente aclaración ya que el hombre no sólo sufre cuando se lesionan sus intereses materiales; <<un atentado- escriben los hermanos MAZEAUD- contra sus intereses morales, le puede resultar todavía más sensible>>¹². En definitiva, <<daño>> no se equipara a la mera pérdida pecuniaria.

“El concepto de daño comprende, en efecto, el perjuicio, el nocimiento causado¹³. Es una modificación a la realidad material¹⁴, modificación desfavorable para el dañado, perjudicial para sus intereses. En consecuencia, es inmanente al concepto de daño la idea de confrontación entre una situación antecedente y una sucesiva desventajosa para la víctima.”¹⁵

Así, con la aproximación al concepto de daño¹⁶, es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (se resalta).

La antijuridicidad¹⁷ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”¹⁸, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”¹⁹, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin

¹² Nota del original: “Cfr. MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil* (traducción de Luis Alcalá – Zamora y Castillo), ED. Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1960, Parte segunda, vol. II, p. 60.

¹³ Nota del original: “Vid. PATTI, S.: *Il danno patrimoniale*, UTET- Libreria, Torino, 1989, p.9 ; DE CUPIS, A. : <<Danno (dir vig.)>>, en *Enc. Dir.*, t. XI, Milano, 1962, pp. 622 y ss.”

¹⁴ Nota del original: “Vid. Von CAEMMERER, E.: *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg i. Br., 1956.

¹⁵ BUSTOS Lago José Manuel. La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. Pág. 40.

¹⁶ El Consejo de Estado, ha definido el daño así: “El daño, como otro de los elementos de la responsabilidad, es la lesión o pérdida causada por una conducta lícita o ilícita, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, y la cual no tiene por qué soportar el lesionado (art. 90 constitucional)”, sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente No. 15001-23-31-000-2001-01541-03, M.P.: María Elena Giraldo Gómez; “El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11.499, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁷ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁸ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹⁹ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño²⁰.

En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero²¹, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vásquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos^{22”23}.

La Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, en lo que se refiere al daño antijurídico, indicó:

“El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador.

“La doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. (...).

²⁰ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschntzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

²¹ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

²² Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²³ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

“Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”

“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

Esta Corporación ha entendido el daño antijurídico como “el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”²⁴, como también en los siguientes términos:

“A pesar de que el artículo 90 de la Constitución es claro en señalar que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico no existe definición normativa del concepto de daño antijurídico. Por ello, la jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”²⁵; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de ´causales de justificación´”²⁶

“Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

“La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 8 de mayo de 1995, Expedientes Nos. 8118 y 8163 de 13 de julio de 1993, M.P.: Juan de Dios Montes Hernández, reiterado en sentencia del 6 de junio de 2007, expediente No. 16.460, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Nota del original: “Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945, entre muchas otras.”

²⁶ Nota del original: “Sentencias del 11 de noviembre de 1999, expediente 11499 y del 27 de enero de 2000, expediente 10867”.

actividad estatal lícita, pues solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta)²⁷.

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

Ahora bien, en el libelo demandatorio se definió como daño antijurídico a reparar, la condición de salud en que quedó el neonato, después del trabajo de parto realizado a la señora María Geni González en la Clínica León XIII, lo que constituye una vulneración a un derecho constitucional protegido como es la salud, por estas razones, el daño aducido, esto es, la lesión a un derecho constitucional tiene la condición de antijurídico, pues, no se está en el deber legal de soportar, y es un daño cierto, porque es perfectamente determinable y tasable.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente No. 12.158, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver entre otras:

"En el bien entendiendo que la expresión lesión tiene un significado más estricto que la palabra daño. No cualquier daño será indemnizado, sino solo aquellos daños jurídicos, aquellos daños a los que el derecho les da alguna relevancia, aquellos daños que no deban ser normalmente soportables: el cambio de lugar de una parada de los autobuses urbanos, el tiempo que hay que aguantar en la cola en la ventanilla de una oficina pública, son consideraciones así como supuestos en los que las posibles molestias de los ciudadanos no alcanzan la categoría de 'lesión'". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 1991, expediente No. 6334, M.P.: Daniel Suárez Hernández.

"Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación.

"(...)

"Por lo anterior, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico". Sentencia del 11 de noviembre de 1999, expediente No. 11.499, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

4. Análisis de imputación.

4.1. Acreditada la ocurrencia de un daño antijurídico, se procede a evaluar si éste es atribuible a la entidad demanda, desde los planos de la imputación fáctica y jurídica²⁸.

Como se advierte, este segundo elemento tiene dos niveles, el ámbito fáctico y la órbita jurídica, con la primera se determina, identifica e individualiza quién es reputado como autor del daño, bien sea porque le es atribuible por su acción en sentido estricto (v.gr. un disparo, un atropellamiento, etc.) o por la omisión (v.gr. el desconocimiento de la posición de garante), mientras que con la segunda, se establece el deber normativo –el fundamento jurídico de la responsabilidad– de reparar o resarcir la lesión irrogada.

4.2. Es así como desde el plano fáctico de la imputación está plenamente acreditado que el daño es atribuible a la entidad demandada, comoquiera que fue el ISS quien atendió a la señora María Geni González el 30 de agosto de 1991.

4.3. Ahora bien, desde el nivel jurídico de la imputación, resulta pertinente recordar que a partir de la sentencia del 7 de diciembre de 2004 (exp. 14.767), para los casos gineco-obstétricos, en los que el embarazo transcurrió normalmente y el daño se produjera en la atención del parto, se facilitarían la prueba respecto a la falla del servicio, es decir, se origina un indicio de falla del servicio en el acto obstétrico como una regla probatoria que opera como criterio general, sin embargo, esto no implica que el demandante no deba acreditar o probar todos los elementos de la responsabilidad²⁹.

Ahora bien, del material probatorio obrante en el proceso, se destaca el acta del comité médico Ad-hoc Nro. 007 del 20 de febrero de 1992, donde se analizó el proceso de atención brindada a la señora María Geny González, suscrito por el ISS, Seccional Antioquia, que atendiendo a la importancia que presenta, -es la pieza probatoria determinante de la falla en el servicio-, se transcribirá *in extenso*;

²⁸ HENAO, Juan Carlos, El Daño, página 36, 37; "(...) El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en el servicio".

²⁹ Ver entre otras los siguientes pronunciamientos: Sentencia del 14 de julio de 2005, MP Ruth Stella Correa, exp: 15.276; sentencia del 14 de julio de 2005, MP Ruth Stella Correa, exp: 15.332; sentencia del 1º de octubre, MP Myriam Guerrero de Escobar, exp: 16.132; sentencia del 19 de agosto de 2009, MP: Enrique Gil Botero, exp: 18.364.

“(…) RESUMEN DEL CASO:

Paciente MARIA GENNY GONZÁLEZ BETANCUR,...edad 27 años,...

(…)

Primer aborto: Mayo de 1987, edad gestacional 4 semanas (espontáneo-curetaje).

Segundo aborto: Febrero/89 - edad gestacional 17 semanas (espontáneo-curetaje).

Ciclos menstruales regulares: 28/3

Fecha probable de parto 29-08-91

ANTECEDENTES PERSONALES

- * Infecciones urinarias.
- * Parálisis facial.
- * Toxoplasmosis hace 2 años sin tratamiento.
- * No sensibilizada.
- * Globulina anti Rh
- * Estudio genético normal

(…)

Controles prenatales: Total: 7 (alto riesgo) = ARO

- * Inicio: 18 de enero de 1991
- * Serología: Negativa (10 de enero 1991)
- * 2 dosis tétanos
- * Aumento de peso: 12-13 kilos
- * Altura uterina: de acuerdo a la edad gestacional
- * Examen para toxoplasma: negativo
- * Ecografías: total: 4

RESUMEN DEL CASO:

- * 17-01-91: Saco de buena calidad E.G.: 7+4 semanas
- * 31-01-91: Saco de buena calidad E.G.: 9+4 semanas
- * 25-03-91: E.G.: 17+2 semanas. Vitalidad (+). Placenta 0 Presentación Transversa
- * 22-08-91 E.G: 38 semanas, actividad cardiaca y motora (+). Presentación cefálica. Placenta II. Líquido amniótico normal. Grupos presentes.

Marzo/91: Hospitalización durante 4 días con diagnóstico de:

- * Amenaza de aborto
- * Infección urinaria (17 semanas)
- * Vaginitis por hongos

Citoquímico negativo:

HB: 12.2 HTO: 36.3

LEUC: 10.000 SED: 37

Tamizaje negativo

Urea 19 mg% Creatinina 0.5 mg%

Coombs indirecto negativo - 10-01-91

24-03-91

19-07-91:

Edad gestacional 33 semanas

Relata: No siente movimientos fetales y salida de material por vagina que produce prurito.

Flujo vaginal tipo gardnerella (tratada)

NST: Reactivo: Movimientos fetales: 7. FCT: 125/MIN.

Buena variabilidad.

20-08-91

7:15 pm: Ingres a al servicio de maternidad Clínica León XIII por trabajo de parto A.U. =24 Cm

E.G.: 39-40 semanas

Buen estado general: Actividad uterina: regular 3-30"-B

Dilatación 4 Cm. longitud: 0.5 cm, membranas íntegras. Cefálica.

Estación -3.

RESUMEN DEL CASO

31-08-91

2.20 AM: FCF: 128 MIN. Actividad uterina mala: 1-30"-R

Cefálica. Estación -3. Dilatación: 5-lon: 0.5, membranas íntegras

Conducta: oxitócicos (2 mud)

7.20. am: FCF: (+). Actividad uterina irregular = 2-10"-B

Cefálica, estación -2. Dilatación: 5, long.: 0.3

R.A.M.: Meconio Tipo I.

Conducta: oxitócicos (4mUd) - CST

CST: Negativo: Ligera disminución de varibilidad

FCF: 140/min. No desaceleraciones.

8.40. am: Se ordena epidural analgésica

Actividad uterina regular = 3-102-B, cefálica. Estación -2

Dilatación: 6, cuello borrado. Membranas rotas.

10.00 am: Se coloca epidural analgésica a nivel L2-L3. Marcaina 0.25%

S.E. (10cc) sin complicación

FCF: 140/min, Actividad uterina regular: 3-10"-B.

Cefálica OTI. Estación -2, dilatación: 8. Cuello borrado. Membranas rotas.

10.50 AM: No hay variación en la variedad de posición, estación ni cambios en el cuello, considerando que se trata: D.C.P. se programa para operación cesárea, se cancela orden 11.02 AM ¿?. (17 minutos después)

12.30 pm: Se coloca refuerzo de epidural con xylocaína 2% S.E. (8cc) sin complicación.

La paciente M: 110/80 Pulso:128, es trasladada a sala de parto por progresión en la estación y la dilatación. Colocando fórceps de Killand medio. De fácil aplicación y dificultad moderada en la extracción.

Se realizó episiotomía. Desgarro grado IV (mínimo).

Hora del parto: 12.45 pm.

Circulares: No.

Hemorragia en los 3 períodos: 400 cc

R.N. sexo: masculino

Peso: 3.500 gr

Apgar al minuto: 3

Resucitación: Aspiración. Secado.

Intubación: Canalización vena umbilical

Diagnóstico R.N.: Broncoaspiración. Daño cerebral

Encefalopatía hipóxica severa.

Discusión:

* Desde el ingreso de la paciente a la institución, en la elaboración de su hoja de parto grama, se debió establecer una señal de alarma: "ARO", "Abortadora habitual", "Feto valioso" por parte del médico que realizó el ingreso de la paciente para así poder realizar un seguimiento activo y estricto durante el trabajo de parto.

* Cuando llegó la paciente al servicio de hospitalización, se encontraba en trabajo de parto activo con 3 contracciones en 10 minutos de 30 segundos de duración, de buena intensidad, en 4 cms de dilatación con 0.5 cms de longitud.

* siete horas después del ingreso de la paciente se coloca refuerzo con oxitocina por actividad uterina irregular y no progresó en la dilatación.

* El meconio se clasifica como fluido y espeso, también existe otra clasificación.

- Tipo I: Meconio levemente verde

- Tipo II: Meconio verde oliva

- Tipo III: Barro meconial

El meconio en este caso correspondía a un meconio tipo I totalmente fluido.

* El meconio en obstetricia no es igual a sufrimiento fetal, en neonatología la presencia de meconio si implica sufrimiento fetal ya que cuando se presenta hipoxia a nivel cerebral y cardíaco se produce una redistribución de flujo sanguíneo con relajación del esfínter anal y presencia de meconio consecuente.

* No toda presencia de meconio en obstetricia es indicativo para la realización de una cesárea.

* En este caso: Paciente que durante su control prenatal fue manejado por el grupo de alto riesgo obstétrico, quien al ingresar a la Institución estaba en trabajo de parto activo, a quien al realizarle la ruptura artificial de membranas se evidenció: Líquido amniótico teñido de meconio, quien venía con un trabajo de parto prolongado se debió catalogar en

este instante a las 7:50 am, del 31-08-91 como de: Alto Riesgo Fetal y definir en este momento la conducta a seguir para su manejo posterior; en este caso se definió continuar con el trabajo de parto para lo cual debió garantizarse un monitoreo clínico y electrónico permanente para así detectar precozmente cualquier evidencia clínica o por registros de sufrimiento fetal aguda.

* En la hoja de parto grama se relata fetocardia positiva, pero no se especifica número de pulsaciones por minuto, siendo este dato requisito fundamental cuando se realiza un monitoreo clínico para la detección de sufrimiento fetal agudo.

* Cada que se ordene goteo de oxitocina se deberá realizar en bomba de infusión para evitar que se produzca modificaciones eventuales del goteo ordenado y poder así realizar un seguimiento estricto en la paciente. Siempre debemos tener muy presente que el pitocin es causa de sufrimiento fetal agudo y ruptura uterina por lo cual debemos ser extremadamente cautos en su manejo.

* La paciente con sus diagnósticos de: abortadora habitual, incompatibilidad Rh no sensibilizada, feto valioso, tuvo su manejo y control prenatal por el grupo de ARO; al ingreso al trabajo de parto no tenía ningún riesgo, fue la evolución de un trabajo de parto prolongado el que originó el sufrimiento fetal agudo y sus secuelas posteriores.

* No existe asociación establecida entre Apgar Bajo y trastornos neurológicos posteriores, hay niños que nacen con Apgar Bajo lo superan rápidamente y no tienen ninguna secuela neurológica posterior; y existen niños que nacen con Apgar normal y posteriormente tienen trastornos neurológicos.

* El equipo obstétrico que atendió el caso se ha distinguido en la Institución por sus excelentes manejos clínicos y su responsabilidad con los pacientes.

* Siempre se debe dejar constancia por escrito de todo examen ordenado a un paciente, de su revisión o interpretación. En este caso sabemos que a las 7:50 AM del 31-08-91, se realizó monitoreo electrónico por información de quienes atendieron el caso, pero no aparece ninguna evidencia ni registro al respecto ni en notas médicas ni de enfermería, ni aparece el registro en mención.

CONCLUSIONES

* **El manejo clínico de la paciente durante su trabajo de parto evidenció deficiencias en la calidad de la atención desde el punto de vista de la Racionalidad Técnico-Científica, en particular en una paciente con criterios de alarma que ameritan un seguimiento monitorizado permanente y estricto.**

* **Los obstetras que manejaron el caso decidieron a las 7:50 AM del 31-08-91, que se continuara el trabajo de parto con refuerzo con Oxitocina, pero no establecieron los mecanismos para garantizar una atención, seguimiento y manejo óptimo de la paciente con monitoreo electrónico y clínico permanente para la detección de**

sufrimiento fetal, lo que equivaldría a un médico pendiente minuto a minuto de la evolución materno-fetal para así estar evaluando, reevaluando y determinar el momento oportuno para la modificación o no de conductas de manejo inicialmente asumidas.

*** No se cumplió la norma establecida por la Institución para la elaboración de la hoja de partograma en lo referente a la anotación cuantitativa y precisa de la fetocardia, requisito fundamental en la detección de sufrimiento fetal agudo.**

* En obstetricia no toda presencia de meconio es indicativo de programación para cesárea.

* El control prenatal de la paciente y su manejo por el grupo de alto riesgo obstétrico fue el adecuado.

* El alto riesgo del control prenatal: Abortadora habitual, antecedente de toxoplasmosis, incompatibilidad RH no sensibilizada, feto valioso no contraindicaba el parto vaginal.

*** El trabajo de parto prolongado fue el que originó el sufrimiento fetal y sus secuelas posteriores, desafortunadamente con el deficiente monitoreo clínico que recibió la paciente no se evidenciaron estos hallazgos.**

* Las lesiones neurológicas del niño no pueden imputarse a la aplicación del fórceps. **Posibles disfunciones neurológicas futuras en el niño podrán estar en relación con sufrimiento fetal agudo por la hipoxia severa durante el trabajo no parto, no detectado por los métodos diagnósticos utilizados en este caso...** (fls. 110 a 118 cdno 1)

Así mismo, obran en el proceso dos declaraciones rendidas por los doctores Luis Fernando Palacio y Héctor Javier Cortés, el primero en su condición de jefe del servicio para la época de los hechos y era quien presidía el comité de evaluación de casos complicados, y el segundo en su condición de médico tratante de la paciente María Geny González el día de los hechos, sobre el caso narraron lo siguiente:

El Dr. Luis Fernando Palacio expuso:

“(...) Por el análisis de lo que recuerdo del caso clínico en la reunión de complicaciones el parto de la paciente presentó una prolongación del mismo por cuanto la actividad uterina estaba disminuida, por lo cual hubo que reforzarla...Tal como aparece en el comité a que hemos hecho alusión anteriormente el método del parto no fue el que ocasionó en nuestro concepto la situación o estado del producto, sino la anoxia cerebral, vale decir si se hubiera hecho la cesárea muy probablemente el resultado hubiera sido igual, por lo tanto la situación presentada es no haberse hecho con los métodos utilizados con diagnóstico de anoxia

cerebral...La anoxia se puede dar en cualquier momento de la gestación y no solamente en el trabajo de parto, por malformación en la placenta en el cordón o por otras enfermedades concomitantes con el embarazo que influyan inadecuadamente en un aporte de oxígeno de la madre al feto...PREGUNTADO: En el presente caso pudo determinarse en que momento se produjo la anoxia? CONTESTÓ: No se pudo determinar...PREGUNTADO: Tuvo usted conocimiento si durante el trabajo de parto la sra. María Yenny fue controlada con monitoreo electrónico? CONTESTÓ: Si...” (fls. 120 a 125 cdno 1)

Por su parte el Dr. Héctor Javier Cortes Molina narró:

“(...) PREGUNTADO: Que complicación se presentó durante el trabajo de parto que usted recuerde? CONTESTÓ: Complicación durante el trabajo de parto ninguno. PREGUNTADO: Se enteró usted de que la criatura que parió la sr. María Yenny tuvo problemas neurológicos? CONTESTÓ: Si, yo como presencie el parto el pediatra estuvo presente y hubo que realizarle maniobras de reanimación al bebé, luego lógicamente estuve preguntando durante la hospitalización acerca de la evolución del niño y recibí respuestas como que posiblemente el niño había tenido un problema hipósico (sic) y que no se descartaba la posibilidad que había tenido una posible broncoaspiración, o sea ingestión del líquido amniótico a los pulmones y esto puede ser una de las causas...PREGUNTADO: Supo usted a que conclusión llegó el comité que evaluó la criatura ,...CONTESTÓ: Estuve enterado a través del dr. Palacio que hubo una reunión donde se discutió u evaluó este caso y se encontró que la causa posible de la hipoxia del bebé fue un posible sufrimiento fetal en cual (sic) no pudo ser detectado durante el trabajo de parto con las ayudas diagnósticas y clínicas que se tenían en ese momento...PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de en que momento se presentó y a que se debió el sufrimiento fetal al que acaba de aludir en la respuesta anterior? CONTESTÓ: Pues sería muy difícil establecer el momento exacto del inicio del sufrimiento o sea no se había detectado desde el inicio del trabajo de parto no se encontraron signos de sufrimiento, la frecuencia cardíaca fetal siempre estuvo estable no se encontraron desaceleración en la frecuencia cardíaca fetal que es lo que lleva a uno a pensar que puede estar ocurriendo un problema de sufrimiento fetal y además el monitoreo electrónico que se le realizó a la madre durante el trabajo de parto estaba dentro de límites normales. PREGUNTADO: Cómo se evitan los sufrimientos fetales? CONTESTÓ: Existen en principio recursos clínicos y recursos paraclínicos, básicamente la evaluación de la paciente y cuando lo amerita nos apoyamos en ayuda diagnóstica paraclínicas que nos puedan orientar a pensar que un bebé está haciendo un sufrimiento fetal. PREGUNTADO: En el caso de María Yenny se acudió a los medios que acaba usted de mencionar en la respuesta anterior? CONTESTÓ: Si se acudió, los resultados desde el punto de vista clínico no hubo cambios en la frecuencia cardíaca fetal y desde el punto de vista paraclínico el monitoreo electrónico que se le realizó a la paciente no nos mostró indicios de que pudiera estar sucediendo un sufrimiento fetal, es de anotar que a pesar de la clínica y de los elementos paraclínicos que existen para hacer el seguimiento de un trabajo de parto o detectar un sufrimientos fetal existe un porcentaje que no son detectados por ninguno de los dos” (fls. 125 a 129 cdno 1).

Ahora bien, analizado en su conjunto el material probatorio obrante, lo procedente será confirmar la decisión de primera instancia, comoquiera que el acta del comité médico ad-hoc convocado para estudiar el caso de la señora María Geny González es claro, contundente y preciso en señalar que durante el trabajo de parto se presentaron varias fallas en el procedimiento, a saber: ***“i). El manejo clínico de la paciente durante su trabajo de parto evidenció deficiencias en la calidad de la atención desde el punto de vista de la Racionalidad Técnico-Científica, en particular en una paciente con criterios de alarma que ameritan un seguimiento monitorizado permanente y estricto; ii). Los obstetras que manejaron el caso decidieron a las 7:50 AM del 31-08-91, que se continuara el trabajo de parto con refuerzo con Oxitocina, pero no establecieron los mecanismos para garantizar una atención, seguimiento y manejo óptimo de la paciente con monitoreo electrónico y clínico permanente para la detección de sufrimiento fetal, lo que equivaldría a un médico pendiente minuto a minuto de la evolución materno-fetal para así estar evaluando, reevaluando y determinar el momento oportuno para la modificación o no de conductas de manejo inicialmente asumidas; iii). No se cumplió la norma establecida por la Institución para la elaboración de la hoja de partograma en lo referente a la anotación cuantitativa y precisa de la fetocardia, requisito fundamental en la detección de sufrimiento fetal agudo”.***

En consecuencia, con meridiana claridad se vislumbra que estas fallas fueron determinantes en el sufrimiento fetal del que fue objeto el menor Hamilton Villada González y lo que impidió monitorear el proceso de hipoxia cerebral³⁰ que se

³⁰ Tomado de: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001435.htm>. La hipoxia cerebral ocurre cuando no llega suficiente oxígeno al cerebro. El cerebro necesita un suministro constante de oxígeno y nutrientes para funcionar.

La hipoxia cerebral se refiere a la parte externa del cerebro, un área llamada hemisferio cerebral. Sin embargo, el término con frecuencia se utiliza para referirse a la falta de suministro de oxígeno a todo el cerebro.

Causas

En la hipoxia cerebral, sólo se interrumpe el suministro de oxígeno. Esto puede ser causado por:

- Inhalar humo (inhalación de humo), como durante un incendio
- Intoxicación con monóxido de carbono
- Asfixia
- Enfermedades que impiden el movimiento (parálisis) de los músculos de la respiración, como la esclerosis lateral amiotrófica (ELA)
- Grandes alturas
- Presión o compresión sobre la tráquea

presentó durante el trabajo de parto y como consecuencia de ello el estado patológico de parálisis cerebral con el que resultó, es decir, no fue el antecedente de la toxoplasmosis como lo aduce el apoderado del ISS en el recurso de apelación, ni fue un hecho imprevisible o inmanejable, pues de haberse cumplido con los protocolos médicos señalados por la institución, en especial para casos de alto riesgo como era el de la señora María Geny González, no es que se hubiese podido evitar el hecho, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta, pero si era posible mitigar los riesgos que conlleva todo procedimiento médico, en especial un embarazo de alto riesgo con trabajo de parto prolongado, en razón a ello, lo procedente será confirmar la decisión de primera instancia, **toda vez que** se encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio médico por parte del ISS durante el trabajo de parto de la señora María Geny González, y el daño antijurídico, como también la imputación fáctica del mismo a la demandada.

5. Liquidación de perjuicios.

Ahora bien, en atención a que estamos frente a un caso de apelante único, lo procedente será confirmar la decisión de primera instancia, en cuanto a los perjuicios concedidos, esto es, la suma de dinero que corresponda a 300 SMMLV, la que será asumida por el ISS en liquidación y lo dispuesto por el Gobierno Nacional, con fundamento en las siguientes consideraciones:

-
- Sofocamiento

En otros casos, se detienen tanto el suministro de oxígeno como de nutrientes, causado por:

- Paro cardíaco (cuando el corazón deja de bombear)
- Arritmia cardíaca
- Complicaciones de anestesia general
- Ahogamiento
- Sobredosis de drogas
- Lesiones a un recién nacido que ocurrieron antes, durante o poco después de nacer (ver: parálisis cerebral)
- Accidente cerebrovascular
- Presión arterial muy baja

Las células del cerebro son extremadamente sensibles a la falta de oxígeno. Algunas de éstas comienzan a morir en menos de cinco minutos después de interrumpirse el suministro de oxígeno. Como resultado, la hipoxia cerebral puede causar la muerte o daño cerebral grave de manera rápida.

5.1. El pago de las condenas a cargo del Instituto de Seguros Sociales en los procesos de reparación directa por la actividad médico - sanitaria, situación de cosas inconvencionales e inconstitucionales llamada a ser reparada por las autoridades nacionales

I. Contexto histórico

El Instituto de los Seguros Sociales fue creado mediante la ley 90 de 1946, al establecer en su artículo 8 lo siguiente: “[p]ara la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá.”

Así las cosas, se dispuso la creación del Instituto de los Seguros Sociales –de ahora en adelante ISS o ISS En liquidación– como establecimiento público del orden nacional, con sede en la ciudad de Bogotá, y cuyo principal objetivo consistía en la administración del régimen de prima media en pensiones –atendiendo la típica noción de seguridad social de la Constitución de Weimar– y la prestación del servicio público de salud.

Ahora bien, a través del Decreto 2148 de 1992, el ISS se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, y con un objeto específico señalado en el artículo 2º de esa normativa, en los términos que se transcriben:

“ARTÍCULO 1o. NATURALEZA. El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

“ARTÍCULO 2o. OBJETO. El Instituto dirigirá, administrará, controlará, vigilará y garantizará tanto la prestación de los servicios de seguridad social, como la afiliación y el recaudo de los aportes, en los términos que establecen la Constitución y la Ley.

“(…)”

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta son organismos descentralizados de los diferentes órdenes territoriales, dedicados precisamente, como su nombre lo indica, a actividades de naturaleza industrial y comercial, regidas por el derecho privado, con autonomía

administrativa y financiera³¹; están sometidas al control de tutela gubernamental que: “[e]s aquel que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios”³². El profesor Álvaro Tafur Galvis, determina su contenido y alcance en los siguientes términos:

“La definición clásica, tradicional, de tutela, se debe a los profesores MASPETIOL Y LAROQUE³³ para quienes la tutela “es el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general...”

“El art. 7° del Decreto 1050 de 1968 denomina como control o tutela gubernamental al conjunto de instrumentos y medidas que respecto de las entidades descentralizadas ejercen las autoridades centrales, con el fin de controlar su actividad y lograr su coordinación con la política general que haya adoptado el gobierno mismo”³⁴.

El control de tutela –a diferencia de la adscripción– es una especie de supervisión propia del fenómeno de la descentralización, tal como lo describe el mismo autor:

“La doctrina moderna ha configurado el concepto de descentralización en torno a la existencia de persona jurídicas públicas distintas del Estado; con ese fundamento se enuncia una definición que ha llegado a ser clásica, según la cual la descentralización consiste en la transferencia de funciones del Estado a las demás personas jurídicas públicas.³⁵

“Siguiendo esa formulación, el carácter de persona jurídica del sujeto pasivo de la atribución de competencia, se considera fundamental para el concepto de descentralización. Este no existe sin personas jurídicas. Con todo, la existencia de personas jurídicas distintas del Estado no es suficiente para que se dé la descentralización; son

³¹ En la ley 489 de 1998, mediante la cual se reforma la organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional, que derogó los decretos 1050 y 3130 de 1968, las empresas industriales y comerciales del Estado, conservan las mismas características descritas (artículos 68 y 85).

³² RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano, décima edición, Bogotá, Temis, 1998, p. 51.

³³ “La tutelle administrative”, París, 1930, p.10.

³⁴ TAFUR Galvis, Álvaro Las entidades descentralizadas, Tercera edición, Montoya y Araujo Ltda., Bogotá, 1984, p. 269

³⁵ ARIÑO Ortiz, Gaspar Descentralización y planificación, Madrid, Instituto de Estudios de Administración local, ps. 53 y ss. Este autor pone de relieve que AUCOC formuló técnicamente la definición a mediados del siglo pasado.

necesarios otros presupuestos para que ese fenómeno organizativo se presente en su más pura expresión.

“En la doctrina francesa, la descentralización administrativa se halla caracterizada por las siguientes notas: a) la existencia de asuntos propios a cargo de las corporaciones descentralizadas; b) que ésta gestionen, por ellas mismas, los asuntos a su cargo; c) que los órganos de las personas titulares de descentralización sean autónomos del poder central, salvo el llamado control de tutela, que asiste a éste, sobre aquéllas.³⁶

“García Trevijano caracteriza la descentralización por los siguientes elementos: a) transferencia de poderes de decisión; b) a una persona jurídica distinta del Estado; c) la existencia de una relación de tutela y no de jerarquía. Dentro de este aspecto es posible distinguir una descentralización mínima o ficticia (personas jurídicas sometidas a un control total del Estado), media (sujeción sólo a control de legalidad y titulares orgánicos no designados libremente) y plena (control de legalidad y elección representativa de las autoridades)³⁷.”³⁸

El profesor Jaime Vidal Perdomo precisa el alcance de ese control:

“La noción de descentralización es prueba de autonomía, pero no de independencia; por tal motivo, las autoridades nacionales, que son guardianes del interés general, están facultadas para ejercer cierto control sobre las autoridades descentralizadas, con el fin de que estas no desborden los límites normales de su autonomía y causen agravios a los intereses nacionales o aún a los mismos locales. El control de tutela existe tanto respecto de las colectividades territoriales como de los establecimientos públicos, es naturalmente menor que el ejercicio por el poder central sobre sus subordinados jerárquicos (empleados de los ministerios, por ejemplo); ese control puede consistir en el nombramiento de ciertos funcionarios de la administración local; o en la posibilidad de vigilar los actos emanados de las autoridades descentralizadas; su naturaleza quedará precisada por el contraste que ofrece con el “control jerárquico”, que es el que tiene el poder central sobre sus empleados subordinados. Por el momento, puede anotarse que el poder central no tiene “facultades de instrucción”, es decir, el poder orientar el cumplimiento de las tareas administrativas de los cuerpos descentralizados, tal como lo poseen los ministros para dar directrices a los funcionarios ministeriales sobre el cumplimiento de sus deberes administrativos, pues tal poder implicaría un dirección administrativa que ésta reñida con la noción de autonomía...”³⁹

³⁶ LABAUDERE, André *Traité de droit administratif*, 6^e. éd. París, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1973, p.88 ; SPYRIDON FLOGAITIS, *La noción de descentralización en France, en Allemagne et en Italié*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1979, ps. 13 a 20.

³⁷ GARCÍA Trevijano, José Antonio *Tratado de derecho administrativo*, t.II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, p. 430.

³⁸ TAFUR, Álvaro *ob. cit.*, p. 25 y 26.

³⁹ VIDAL Perdomo, Jaime *Derecho Administrativo*, octava edición, Bogotá, Temis, 1985, p. 64 y 65.

Por su parte, el artículo octavo del decreto 3130 de 1968 atribuía a los Ministerios y Departamentos Administrativos el ejercicio del control de tutela, sobre los organismos adscritos o vinculados a la administración. Al respecto precisa el mismo profesor:

“Los términos adscrito y vinculado adquirieron por las disposiciones de 1968 un sentido propio y técnico del derecho administrativo colombiano; el primero se emplea respecto de las superintendencias y de los establecimientos públicos; el segundo de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Si se dice que tal organismo está adscrito a tal ministerio se está indicando su naturaleza jurídica de establecimiento público, en la mayor parte de los casos, o de superintendencia en los menos; y si ésta vinculado, ya se sabe que no es establecimiento público ni superintendencia sino empresa o sociedad. La noción de adscripción o vinculación es la de pertenencia a un sector administrativo determinado y ella implica que el control de tutela se ejerce por el ministerio o departamento administrativo eje de ese sector...”⁴⁰.

Situación claramente determinada en el párrafo del artículo primero del decreto 1050 de 1968:

“Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación, y control, en los términos de las leyes y los estatutos que las rijan”.

Asimismo, los artículos 7 y 8 del mismo decreto precisaban que el grado del control se determinaba en la ley que los creara o autorizara, y en los actos o en el contrato social que los rigiera, según se tratara de empresa o sociedad.

Por su parte, la nueva normativa que regula la estructura de la administración pública, contenida en la ley 489 de 1998, establece que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, específicamente del sector descentralizado por servicios⁴¹.

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 117.

⁴¹ “Artículo 38.- *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.* La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:
 - a. La Presidencia de la República;
 - b. La Vicepresidencia de la República;
 - c. Los Consejos Superiores de la administración;

Aunado a lo anterior, el párrafo del artículo 50 *ibídem*, determinó el grado de control de las entidades descentralizadas en los siguientes términos:

“Parágrafo.- Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; **las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos;** los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.” (Se destaca).

Como se advierte, fue la misma ley 489 de 1998, la que determinó el grado de control de tutela no jerárquico al que se encuentran sometidas las entidades descentralizadas, razón por la que, respecto de las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, dispuso que lo estarían bajo la modalidad de vinculación.

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la estructura de la administración pública, para sostener, de un lado, que se trata de una potestad de rango constitucional encomendada al legislador, y que, es precisamente el Congreso de la República el encargado de definir el grado y naturaleza del control de tutela ejercido por las entidades centrales respecto o frente a las descentralizadas por servicios.

En relación con los conceptos de adscripción y vinculación, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“Ahora bien, se ha entendido que los conceptos adscripción y vinculación hacen referencia al grado de autonomía de que gozan los entes descentralizados por servicios. La vinculación supone una mayor independencia respecto de los órganos del sector central de la Administración.” (Sentencia C-666 de 2000).

“También ha dicho la Corte, en la sentencia C-1437 de 2000, que: “Por tanto, la atribución de señalar la estructura de la administración nacional es privativa del legislador, y también lo es - por supuesto- la de establecer cómo está compuesto cada sector administrativo y la de

d. Los ministerios y departamentos administrativos;

e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a. Los establecimientos públicos;

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

“(...)” (Negritas adicionales).

indicar el grado de relación - vinculación o adscripción- existente entre cierta entidad o determinado organismo y el ministerio o departamento administrativo que encabeza el sector correspondiente.”

“Asunto reiterado en la sentencia C-889 de 2002, para el caso de las facultades extraordinarias, así: “Por consiguiente, para efectos de la determinación de la estructura de la administración nacional, la competencia primaria y preferente le corresponde al Congreso de la República, que podrá ejercerla de manera directa a través de la ley de la república o a partir del ordenamiento de facultades extraordinarias al ejecutivo para que las ejerza a través de decretos leyes.” (Sentencia C-889 de 2002).”⁴²

De modo que, al margen de que a nivel constitucional se haya consagrado un régimen político descentralizado con autonomía de las entidades territoriales (artículo 1º C.P.), lo cierto es que Colombia refleja un modelo centralista eminentemente presidencialista en el que a todas luces cualquier entidad en menor o mayor grado depende administrativa o económicamente del nivel central y, por lo tanto, del Gobierno.

Por consiguiente, el control de autotutela en Colombia con independencia de la clasificación y diferenciación entre adscripción y vinculación, puede ser catalogado como fuerte o estricto, comoquiera que sin generar una dependencia jerárquica, sí somete a las entidades descentralizadas por servicios a los parámetros y directrices fijadas por el nivel central de la Rama Ejecutiva del poder público.

Es por lo anterior, que algún sector de la doctrina administrativa ha cuestionado la denominación de “control de tutela”, al considerar que con ella se evoca una especie de *patria potestas* propia del derecho de familia, respecto de la relación que existe entre el incapaz y su representante legal.

Al respecto, el profesor Ernesto Jinesta sostiene:

“La tutela administrativa, también conocida en nuestro medio como dirección gubernamental, es una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público y más concretamente entre el ente público mayor o Estado y el resto de los entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional. Es una relación intersubjetiva que excluye la jerarquía propia de las relaciones inter orgánicas –entre órganos de un mismo ente público-, puesto que, debe respetar la autonomía que posee cada uno de los entes públicos

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-046 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

menores. En nuestro criterio, el término “tutela administrativa” es totalmente inadecuado, puesto que, evoca la institución dogmática del derecho de familia en la que el menor de edad –sin capacidad de obrar– tiene un tutor o representante. Debe quedar claro, que los entes públicos menores no son incapaces como para estar sometidos a una relación de tal naturaleza.

“Adicionalmente, en el Derecho Privado es sabido que la tutela se estableció en interés de la persona tutelada, sin embargo en el Derecho Administrativo se da no en interés del ente tutelado sino en función de los intereses públicos. Probablemente, el origen de la expresión proviene de la distinción clásica entre el ente público “mayor” (Estado) y los entes públicos “menores”, por ser los segundos una creación del primero. Realmente, la expresión correcta es la de dirección intersubjetiva para distinguirla de la eventual dirección inter orgánica que puede existir entre varios órganos de un mismo ente público. No obstante, hemos preferido emplear la de tutela por su larga trayectoria y su empleo constante en el ámbito de nuestra disciplina.”⁴³

Por consiguiente, el control de tutela debería tratarse como una coordinación sobre el eje y los objetivos de las políticas públicas, sin que el nivel central pudiera interferir en la gestión de las entidades descentralizadas como sucede en la actualidad; no obstante lo anterior, lo cierto es que en nuestro país las entidades descentralizadas de los diversos órdenes padecen una fuerte dependencia del Gobierno Nacional y, por ende, muchas veces para el cumplimiento de sus funciones y misiones propias requieren del guiño o visto bueno otorgado desde el nivel central, en una especie de control jerárquico.

Esta fuerte dependencia en el entramado administrativo que opera en la Rama Ejecutiva, lleva a que, en ocasiones, en aras del cumplimiento del interés público, y la garantía efectiva de los derechos de los asociados, sea necesaria la aplicación de principios generales del derecho (v.gr. el patrimonio del deudor es la garantía o prenda común de los acreedores art. 2488 Código Civil) o de la normativa societaria (artículos 28 y s.s. ley 222 de 1995).

Y, si bien, en el ordenamiento constitucional existe el principio de estabilidad fiscal (art. 334 C.P.), lo cierto es que ese postulado debe entenderse como estricto y restrictivo, aplicable tan solo previo el agotamiento de los procedimientos judiciales dispuestos en la Constitución Política, siempre y en todo caso en armonía con los demás principios que también integran la Carta Política, de allí que su aplicación

⁴³ JINESTA L., Ernesto “Tutela y descentralización administrativas”, en: “Retos de la Organización Administrativa Contemporánea – X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo” Ed. Corte Suprema del Salvador, 2011, pág. 6.

pura y simple no perturbe el sistema constitucional completo. En particular, el principio según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho.

Así las cosas, el juez debe sortear con erudición la eventual e injustificada subordinación que podría producirse contra la responsabilidad del Estado y contra el Estado Social de Derecho, a manos de una exacerbada lectura eficientista económica de la Constitución, que proponga sacrificar esos valores, tan o más importantes que aquélla. De modo que, cuando se encuentren enfrentados el Estado Social de Derecho y el principio de responsabilidad con la sostenibilidad fiscal se tendrá presente que, ante todo, Colombia debe garantizar la protección de los derechos individuales y también los colectivos, el derecho a la reparación integral y oportuna y al debido proceso sin dilaciones injustificadas, valores suficientes para defender que la sostenibilidad fiscal no se convierta en el primer o más importante criterio de interpretación del expresado, es a la inversa como se debe hacer el análisis, para bien del sistema de protección de las libertades.

Por tal motivo, no se permitirá que las entidades públicas *–per se–* invoquen la sostenibilidad fiscal o cualquier otro argumento que sirva para poner trabas a la satisfacción y garantía de los derechos de las personas, razón por la que aquél no puede convertirse en una instancia más de los procesos ordinarios, ni en un mecanismo de gestión financiera al servicio de las entidades públicas, con el propósito de diferir la condena en varios pagos para amortiguar sus finanzas, por ejemplo.

Por consiguiente, sólo cuando se superen los límites soportables de lo que en derecho económico se denomina sostenibilidad fiscal, se quebrará el sagrado principio de honrar las deudas en la de un caso particular, cuya demora en repararse siempre producirá más daños de los que ya se causaron a las víctimas.

Es por lo anterior, que la Sala hace propias las palabras de Sourdat pronunciadas hace más un siglo:

“No es admisible invocar el peligro del tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los principios de

responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público.”⁴⁴

En el anterior orden, se debe destacar como lo enseñaron Kelsen y Hart que el ordenamiento jurídico es pleno y no existen vacíos o lagunas porque hay jueces, de allí que si no se procede a la designación del sucesor procesal, en los términos que lo considere el supremo director de la administración pública o el legislador, será el juez quien lo hará en atención a lo que es el control de tutela, de todas maneras para el caso en concreto la Subsección dispondrá lo siguiente:

II. El procedimiento progresivo de liquidación y supresión del ISS

Por medio de la Resolución 028 de 2007, confirmada a su vez por la Resolución 263 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales por considerar que incumplía con el margen de solvencia necesario para proteger al grupo poblacional afiliado a dicha Entidad Promotora de Salud y, por lo tanto, ponía en riesgo la prestación del servicio de salud con observancia de los principios de oportunidad, continuidad, integralidad y calidad.

De tal forma que, con la expedición de los citados actos administrativos se dispuso la supresión de toda la actividad del ISS como entidad promotora de salud y, consecuentemente, se promovió la creación de la Nueva EPS, sociedad anónima comercial con participación estatal del 50% de capital público menos una acción, con el objetivo de que esta nueva empresa asumiera la prestación de los servicios de salud no sólo a los antiguos afiliados del ISS –que voluntariamente decidieran su traslado a esta entidad– y de nuevos asegurados.

Luego, con la promulgación de la ley 1155 de 2007 (art. 155)⁴⁵ –plan de ordenamiento territorial de esa época– se dispuso lo siguiente: i) la reconfiguración

⁴⁴ Cita extraída de: “Estudio Sobre la Constitución Española”, Editorial Civitas S.A., Madrid 1991, Tomo III, pág. 2824

⁴⁵ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-376 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, providencia en la que se sostuvo:

“Ahora bien, en relación con la liquidación del Instituto de Seguros Sociales en lo que a pensiones se refiere, existe otra razón para estimar que la necesidad detectada de suprimir esta entidad exigía que el legislador mismo decretara su liquidación, pues a pesar de que el numeral 15 del artículo 189 superior concede al Presidente de la República la facultad de *“suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos”*, agrega que lo hará *“de conformidad con la ley”*. En este punto debe recordarse que la Ley 790 de 2003, en su artículo 20 dispuso que en desarrollo del programa de renovación de la Administración Pública no se suprimiría, entre otras entidades, el

de la institucionalidad a cargo de la prestación de los servicios de seguridad social, ii) la posibilidad de que las entidades públicas de cualquier orden se asociaran entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administraran la prestación de los servicios de salud, pensiones y riesgos profesionales, iii) la creación de una nueva empresa industrial y comercial del Estado denominada Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, vinculada al Ministerio de la Protección Social [hoy de Salud] cuyo objetivo sería la administración del régimen de prima media con prestación definida, y iv) la orden de liquidar la Caja Nacional de Previsión “CAJANAL”, las cajas especiales (v.gr. CAPRECOM) y el ISS, con el fin de que toda la carga y reconocimiento pensional fueran trasladados a COLPENSIONES.

Es importante precisar que, conforme lo consagró la legislación, la nueva empresa no sólo tendría personería jurídica sino un patrimonio propio y autónomo, conformado por los ingresos que genere en desarrollo de su objeto social y por los aportes del Presupuesto General de la Nación, los activos que le transfieran la Nación y otras entidades públicas del orden nacional y los demás ingresos que a cualquier título perciba.

Con posterioridad, se expidió el Decreto ley 4107 de 2011, por medio del cual se reestructuró el Ministerio de Salud y la Protección Social, y se integró el Sector Administrativo de Salud y Protección Social; en este cuerpo normativo, se reiteró la vinculación del ISS a esa dependencia y, por lo tanto, el control de tutela lo ejercería el Ministro de Salud.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, en el que se resolvió lo siguiente:

“Artículo 1º. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprímese el Instituto de Seguros Sociales, ISS, creado por la ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto número

Instituto de Seguros Sociales. Por esta razón, el Gobierno Nacional requería de una nueva ley que, modificando lo dispuesto en la Ley anterior, decretara o autorizara la liquidación de dicho Instituto.

“Así pues, la liquidación de tres administradoras públicas del Régimen de Prima Media mencionadas en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y la creación de una Empresa Comercial e Industrial de Estado llamada Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal de mismo Régimen, constituyen instrumentos o estrategias que tienen una relación de conexidad efectiva, directa e inmediata, con las metas y programas de la Parte general del Plan.” (Negrillas y cursivas del original).

2148 de 1992, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto-ley 4107 de 2011.

“En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, esta entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación “Instituto de Seguros Sociales en Liquidación”.

“El régimen de liquidación será el determinado por el presente decreto, el Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.”

“Artículo 2°. DURACIÓN DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN. El proceso de liquidación deberá concluir en un plazo de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto, el cual podrá ser prorrogado por el Gobierno Nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado.”

El término de liquidación ha sido prorrogado en varias ocasiones: de manera concreta mediante decretos números 2115 de 2013 y 652 de 2014, este último hasta el 31 de diciembre de 2014.

III. Los principios de reparación integral y convencionalidad en el caso concreto

Como se advierte, existe un problema jurídico que se torna inaplazable y que corresponde definir al Juez de lo Contencioso Administrativo: ¿qué ocurrió con los procesos ordinarios de naturaleza contencioso administrativa a cargo de la entidad sometida al proceso de supresión y liquidación, en este caso el ISS en liquidación?

En relación con los procesos de naturaleza pensional la ley se encargó de definir la entidad encargada de asumir –vía sucesión procesal– la defensa judicial de la entidad liquidada, así como el pago de las condenas judiciales, esto es, COLPENSIONES, como nueva empresa encargada de la administración del régimen de prima media.

No ocurre lo mismo respecto de los procesos judiciales relacionados con la responsabilidad del ISS en liquidación, derivados de la prestación del servicio público esencial de salud, así como los de naturaleza contractual, puesto que la ley guardó silencio sobre esta materia. De modo que, se advierte una evidente omisión legislativa que permite que sea el juez el encargado de definir, a través de

la aplicación de los principios y el sistema de integración normativa, cuál es la solución idónea que se debe darse al problema jurídico planteado.

En esa perspectiva, el juez en el Estado Social de Derecho moderno, tiende más a nutrirse de la idea del derecho como integridad, en donde a partir del reconocimiento de toda esa gama de normas de diversa jerarquía, debe desentrañar el valor intrínseco institucional con el que deben ser llenados los vacíos o las lagunas que dejan abiertas las reglas de textura abierta⁴⁶.

De modo que, la Sala actuando en calidad de juez de convencionalidad conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 8, 25 No 2, Lit c) y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁷, en concordancia con las sentencias

⁴⁶ Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado: "Este tipo de preceptos (art. 4º y 93) son normas de integración normativa y referente interpretativo, en la medida que asignan en cabeza de todos los jueces la obligación o el deber de garantizar la coherencia del sistema jurídico, en los siguientes términos: i) toda norma jurídica que trasgreda o vulnere la Constitución Política o los tratados sobre derechos humanos debe ser inaplicable al caso concreto, en virtud de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad, ii) si existen varias interpretaciones posibles frente a una misma regla de derecho, prevalecerá aquella que sea más garantista de los derechos humanos y, por lo tanto, la que desencadene un efecto útil para su protección, iii) la jurisprudencia de los tribunales internacionales encargados de la aplicación de los convenios o tratados de derechos humanos, constituye una guía hermenéutica principal en la solución de los casos concretos, iv) los tratados y convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado constituyen derecho viviente que se integra al derecho interno en virtud del bloque de constitucionalidad, v) el derecho viviente de los derechos humanos se determina porque el contenido y alcance de las disposiciones convencionales se establece a partir de la dinámica jurisprudencial de los tribunales internacionales, así como por las condiciones particulares (individuales, sociales y políticas) del país o Estado en el que se aplican los preceptos." Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de noviembre de 2013, exp. AP 2011-227, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁷ Tal como ya se hizo en el auto de 17 de septiembre de 2014 (exp. 45092). Recientemente la Sala Plena de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014 dentro del expediente 26251 apeló al control de convencionalidad como fundamento para determinar la responsabilidad del Estado en el caso que se juzgaba. Respecto de las consideraciones sobre la naturaleza del control de convencionalidad expuso, inter alia, lo siguiente: "el control de convencionalidad conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26⁴⁷ y 27⁴⁷ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, que como se ha dicho, en tratándose de menores de edad obtienen una especial y prevalente protección, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, lo que a su vez conlleva la materialización de la máxima según la cual *"lo relevante es el administrado y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos"*. Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de *"ius cogens"*, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad⁴⁷, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala. Lo anterior en atención al bloque internacional de legalidad como parámetro directo de validez de la actuación u operación administrativa."

habilitantes proferidas en materia de control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸, **con el fin de garantizar de manera plena el debido cumplimiento de las providencias judiciales (Art 25 No 2, Lit c) CADH), dentro del marco del entendimiento sustancial que impone la estricta observancia a las normas y principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial las relativas a la materialización del derecho fundamental constitucional y convencional del cumplimiento material, pleno y efectivo de las decisiones judiciales, principalmente cuando al juez le asistan fundadas razones de que sus decisiones pueden ser incumplidas dentro de los marcos de oportunidad y eficacia que toda víctima del Estado debe ser reparada**, como es, dada la configuración legal de la entidad demandada Instituto de Seguros Sociales - **ISS en liquidación**, procede a efectuar las siguientes consideraciones a fin de garantizar el cumplimiento de la presente sentencia.

⁴⁸ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Raseró Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mima Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1⁰ de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfara y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1⁰ de septiembre de 2010; Caso Vélez Loor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1⁰ de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1⁰ de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013. Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

En efecto, debe recordarse que la decisión judicial adoptada, cuando se juzga la responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra revestida de características particulares y especiales en atención a la motivación constitucional y convencional que la fundamenta; pues, por una parte, se trata de **i)** verificar la violación/vulneración de los derechos de las víctimas, que emanan de una fuente jurídica supra-legal (en el caso de la Constitución⁴⁹) y, más aun, supra-nacional (en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁰ y los demás instrumentos de protección de Derechos Humanos suscritos por el Estado⁵¹); también en razón a la **ii)** motivación jurídica que se lleva a cabo⁵² así como **iii)** los

⁴⁹ La Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia que las víctimas tienen los derechos a la verdad, justicia y reparación integral, revestido, cada uno, de un amplio contenido sustantivo. Entre otras providencias, véase las sentencias C-370/2006, SU-254/2013, C-579/2013, etc.

⁵⁰ En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra el artículo 63.1 el cual expresamente señala el derecho a la reparación integral de la siguiente manera: "1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.". Del mismo modo, los derechos de las víctimas se reflejan en la Convención en los artículos 8 y 25 de dicho cuerpo normativo en tanto que se garantiza el derecho a un recurso judicial efectivo y a que se hagan valer las garantías judiciales con miras a garantizar que, en el marco de las actuaciones jurisdiccionales, haga valer el derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas.

⁵¹ Así, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 2.3 establece:

"Artículo 2 (...) 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;". Del mismo modo el Protocolo de San Salvador, en su artículo 2º: "Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos."

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁵² "el derecho de la responsabilidad del Estado debe ser comprendido bajo el contexto del Estado Social de Derecho, en función de la víctima y no de los victimarios, (tal como se desprende del escrito de demanda y la impugnación formulada por la parte accionante), concepto éste que debe dominar en todos sus aspectos el alcance del artículo 90 constitucional, para lo cual resulta un instrumento invaluable el entender que el régimen jurídico de las víctimas en el derecho colombiano se ubica dentro de un gran bloque normativo y de principios jurídicos en cuya cúspide se sitúa el Derecho de los Derechos Humanos, que comprende tanto la Convención Americana de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de gentes (...).

(...) resulta incuestionable que el Juez Administrativo que estudie y resuelva el litigio, debe romper los senderos del mero causalismo⁵², e incorporarse dentro de las técnicas garantísticas de la imputación objetiva⁵². Técnica garantística, esta, que marcan la diferencia entre la responsabilidad entre particulares, de aquella en la cual el victimario puede ser el Estado, o sus agentes, en virtud de su posición jurídica (exigencia de deberes normativos positivos), esto en procura de consolidar

tipos de medidas de reparación⁵³ (bien sea de carácter pecuniario o no) que se adoptan a partir de la estricta y obligatoria sujeción que se le imponen a los jueces (como parte integrante del aparato estatal nacional) de abordar, en sus decisiones, los principios, valores y normas convencionales sobre Derechos Humanos así como, por otro lado, de la ponderada y debida aplicación de los derechos fundamentales instituidos en el ordenamiento *ius-constitucional* local; en lo que puede considerarse como una perfecta simbiosis de la aplicación de disposiciones jurídicas internacionales y locales, todas ellas encaminadas a realizar y garantizar el pleno y efectivo goce de los derechos fundamentales/humanos de las víctimas, piedra, ésta, angular para la consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho como, constitucionalmente⁵⁴, se rotula al colombiano.

la verdad, la justicia y la reparación integral, en consonancia con la eficacia de la protección de los derechos convencional y constitucionalmente garantizados (según la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH)⁵², y de lograr el verdadero efecto preventivo del instituto de la responsabilidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092.

⁵³ La reciente jurisprudencia unificada de la Sala Plena de Sección Tercera, en las sentencias de 28 de agosto de 2014 (fallos dictados dentro de los expedientes 26251, 27709, 32988, 31172, 36149, 28804, 31170 y 28832), ha ratificado que la reparación integral de perjuicios implica la indemnización por daños materiales como inmateriales –en la modalidad de perjuicio moral, daño a la salud y por afectación a bienes constitucionales o convencionalmente protegidos-, siguiendo de cerca los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Sobre la motivación jurídica para adoptar las medidas de reparación de carácter no pecuniario la Sala ha establecido: “se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”,” Sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251)

⁵⁴ Conforme a los principios fundamentales establecidos en el preámbulo y los artículos 1º y 2º de la Constitución Política de 1991.

Preámbulo. en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución.

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por tal razón puede decirse que en este tipo de fallos dictados por la Sección Tercera de Esta Corporación (o a través de sus Subsecciones) tienen el raigambre propio de un fallo de constitucionalidad, bajo el entendimiento de que, con cada una de estas decisiones, lo que se hace es realizar y garantizar la vigencia de los principios constitucionales.

Fijado el peso jurídico que ostenta un fallo de esta naturaleza, la Sala, tomando nota de las particularidades del caso *sub judice*, verifica que el ISS se encuentra en proceso de liquidación desde el 28 de septiembre de 2012, mediante el Decreto 2013 de dicha fecha del Ministerio de Salud y Protección Social⁵⁵ y de acuerdo a los Decretos 2115 de 2013 y 652 de 2014 se ha venido prorrogando el plazo inicial de liquidación, extendiéndose hasta el 31 de diciembre de 2014⁵⁶; así mismo, es de destacarse que hasta la fecha no se han dictado disposiciones legales o administrativas en donde se señale cuál entidad u organismo asumirá la defensa judicial del ISS así como la asunción de las consecuencias patrimoniales de las condenas que sean decretadas en su contra, en lo que se refiere al ejercicio de las competencias de dicha entidad como EPS⁵⁷.

Por tal razón, ante la situación de incertidumbre respecto de la suerte del ISS, la continua prórroga del término para su liquidación, así como ante la ausencia de decisiones que indiquen cuál entidad asumirá la responsabilidad por las actuaciones adelantadas en su tiempo por el ISS en su calidad de EPS, la Sala verifica que se ha generado un contexto objetivo de abierto y grosero incumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la entidad acá demandada.

En este orden y en razón de la naturaleza de las decisiones judiciales de esta Sección, en tanto realizan y garantizan los derechos humanos/fundamentales de las víctimas, y teniendo en cuenta la situación institucional que afronta el ISS, así como las posibles consecuencias nefastas que ello puede generar respecto de quienes pueden considerarse como víctimas por las acciones u omisiones de dicha Entidad, la Sala se ve en la obligación jurídica, de orden convencional, de

⁵⁵ Publicado en el Diario Oficial No. 48567 de la mencionada fecha.

⁵⁶ Decreto 652 de 2014. Artículo 1.- Prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2014, el plazo para culminar la liquidación del Instituto de Seguros Sociales -ISS en Liquidación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente decreto.

⁵⁷ Tal como si ocurre, por ejemplo, en el sector pensional del ISS en donde se dictó el Decreto 2013 de 2012, donde se dijo que COLPENSIONES asumiría desde el 28 de diciembre de 2012 los procesos judiciales en contra del ISS así como que el cumplimiento de las sentencias dictadas en contra de la entidad por dicha materia serán asumidas por COLPENSIONES.

adoptar medidas para evitar que la garantía de los derechos de estos sujetos sea meramente ilusoria o artificiosa, comoquiera que es posible que en el marco de las actuaciones administrativas que actualmente está llevando a cabo el ISS (o su agente liquidador) no se garantice el cabal, pronto y efectivo cumplimiento de los fallos condenatorios dictados en contra de la demandada.

Por lo tanto, a partir de la competencia que otorgan los criterios de convencionalidad para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, se advierte que existe un deber genérico, radicado en cabeza de todas las autoridades públicas, sin distinción alguna, de adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a las obligaciones que dimanar del ejercicio de los derechos así consagrados (art 2º Convención), del mismo modo, se encuentra estructurada una prohibición de establecer obstáculos irrazonables para el ejercicio de éstos y que no guarden como finalidad la satisfacción de algunos otros derechos allí consagrados.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho a un recurso judicial efectivo, dispuesto en el artículo 25 de la Convención, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara y directa en establecer que este derecho, en asocio con el correspondiente a gozar de garantías judiciales (artículo 8 de la Convención), no se agota con el hecho de obtener de una autoridad jurisdiccional una decisión favorable que acoja una pretensión o declare la violación de un derecho, ya que, como correlato de este tipo de actos judiciales declarativos, se hace necesario disponer la efectividad de la dirección de ajuste⁵⁸ respecto de lo allí resuelto o declarado; en otras palabras, estas garantías judiciales se extienden al cumplimiento efectivo de la condena decretada. En términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios⁵⁹. **Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional**

⁵⁸ Se trata de una dirección de ajuste mundo a palabra, en tanto que lo pretendido en las decisiones judiciales que declaran un derecho es que una de las partes de la contienda o, en su defecto, otra autoridad lleve a cabo las acciones necesarias para acomodar la realidad preexistente al estado de cosas que se prescribe en la decisión judicial.

⁵⁹ cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 7, párr. 136; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 10, párr. 89 y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 4, párr. 191.

carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad⁶⁰ o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión⁶¹.⁶² (Se destaca).

Igualmente, la Corte Interamericana ha precisado que la responsabilidad del Estado no cesa con el simple hecho de adoptar decisiones judiciales pues, “se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.”⁶³⁻⁶⁴.

Para tal efecto, la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional que tienen las autoridades de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2º de la Convención⁶⁵), considerando el valor jurídico de los derechos de las víctimas (como los aquí demandantes) y ante la necesidad de garantizar el pronto, correcto y cabal cumplimiento de la condena decretada, consistente en la reparación integral de los perjuicios (de acuerdo al artículo 63 de la Convención⁶⁶), dictará

⁶⁰ cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 7, párr. 115.

⁶¹ cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 10, párr. 93.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras c. Colombia. Fallo de 6 de diciembre de 2001. Párr. 58. Criterio reiterado en las sentencias Caso “Cinco Pensionistas” c. Perú (28 de febrero de 2003), Caso 19 comerciantes c. Colombia (5 de julio de 2004), Caso Acevedo Jaramillo y Otros c. Perú (7 de febrero de 2006), Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador (28 de agosto de 2013) y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador (28 de agosto de 2013).

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo c. Panamá. Decisión de 28 de noviembre de 2003, sobre competencia. Párr. 79. El contenido completo del párrafo citado es la siguiente: “79. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas⁶³. Sin embargo, la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas.”

⁶⁴ La misma decisión precitada (Baena Ricardo y Otros c. Panamá, 28 de noviembre de 2003) “**es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho.**” (Resaltado propio).

⁶⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2º. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁶⁶ El artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece lo siguiente: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o

una orden perentoria a efectos de que a partir de la ejecutoria de esta providencia la entidad demandada se sirva dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, y dentro del término que antecede a la fecha de expiración de la liquidación, esto es, el 31 de diciembre del año en curso.

En otras palabras, corresponderá a la entidad demandada (directamente o por conducto de su agente liquidador) dar cumplimiento pronto y efectivo de la condena acá decretada, de modo que deberá privilegiar la satisfacción de los derechos de las víctimas demandantes en el presente caso de acuerdo a como corresponde a los créditos de primera clase.

Lo contrario, esto es, darle un trato como si correspondiera a un título quirografario será tanto como desconocer de *facto* las obligaciones convencionales y constitucionales que se encuentran a cargo del Estado cuando se verifica, con fuerza de cosa juzgada, que es responsable por los daños antijurídicos que le son imputables; toda vez que bajo el ropaje de disposiciones de carácter infra-constitucional se prolongaría en el tiempo la impunidad respecto de los derechos de las víctimas⁶⁷.

En suma, las condenas a cargo de las entidades públicas que se encuentran en liquidación no pueden ser catalogadas como créditos quirografarios dentro del respectivo proceso de supresión, pues se trata de la reparación integral del daño antijurídico y, por ende, mal se haría en hacer pender el restablecimiento del núcleo de los derechos lesionados a la existencia de recursos y el pago de las obligaciones crediticias previas asumidas por la institución, a diferencia de lo que ocurre en los procesos concursales, liquidatorios y de insolvencia de las personas

situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. // 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión."

⁶⁷ Conforme a la definición de impunidad ofrecida en el "conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad". Documento C/CN.4/2005/102/Add. 1 de 8 de febrero de 2005, adoptado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – Comisión de Derechos Humanos, en donde se acogió un concepto amplio de impunidad, en los siguientes términos: "Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.". Información obtenida en el [enlace web: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement) (consultado el 9 de septiembre de 2014).

de derecho privado, en cuyo caso operan normas especiales sobre el orden y prelación de atender los créditos (Código Civil, Código de Comercio, ley 222 de 1995 y ley 1116 de 2006, entre otras).

En esa perspectiva, los artículos sobre la prevalencia y clasificación de los créditos (arts. 2494 y s.s. del Código Civil) no pueden ser aplicados a los derechos que surgen como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, sino que, por el contrario, han de ser entendidos como obligaciones privilegiadas que, junto con las laborales y las tributarias, se encuentran en primer nivel de prevalencia crediticia y, en consecuencia, su pago se debe efectuar con prioridad sobre las acreencias restantes.

Lo anterior tiene fundamento constitucional directo, comoquiera que ninguna otra lectura sería compatible con el artículo 90 de la Constitución Política que impone la obligación principalísima de reparar de manera integral –*restitutio in integrum*– de los daños antijurídicos que sean imputables a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Por ende, la fuerza vinculante constitucional que funciona como principio y valor constitucional –debido a su contenido axiológico– supone que las acreencias judiciales o extrajudiciales (v.gr. conciliación) que se derivan del pago del daño antijurídico tienen prioridad constitucional –ni siquiera legal– que aunado a lo anterior, entra en relación directa con los compromisos internacionales adoptados por Colombia en materia de garantía y satisfacción de los derechos humanos⁶⁸.

En síntesis, una actitud de los agentes liquidadores o de las entidades controlantes (v.gr. Gobierno Nacional) que desconozca los parámetros anteriores vulnera y desconoce de manera directa el texto constitucional, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, puesto que en materia de responsabilidad de los Estados, conforme a esa preceptiva, rige el principio de la reparación integral, que no puede ser soslayado en su materialización por el propio Estado responsable de un daño antijurídico bajo los intersticios de la legislación interna y que de una u otra forma propendan por una impunidad patrimonial, lo cual supone

⁶⁸ “Cuando se sanciona una Constitución se quieren fijar normas fundamentales e insalvables. Y son fundamentales, porque se estiman necesarias para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Esas normas, por eso mismo, están sobre todo otro poder, y desde luego, sobre el legislador.” LINARES V., Segundo Ob. Cit. Pág. 431.

un comportamiento censurable y contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto que atenta contra los derechos prevalentes de las víctimas del daño antijurídico⁶⁹.

Así mismo, a efectos de cerciorarse del efectivo cumplimiento de lo acá dispuesto, se ordenará a la entidad demandada que informe a esta Sala de Subsección, al vencimiento de este término perentorio, si dio cumplimiento al fallo y, en caso de que no fuere así, que exponga las razones por las cuales ello no fue posible, pese a la orden judicial explícita dictada.

Por último, a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las víctimas a una reparación integral por los daños y perjuicios causados y atendiendo las particularidades reseñadas en este caso, se ordenará, nuevamente, en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, poner en conocimiento al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189 constitucional) y en el marco de sus competencias, adopte las medidas administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de este fallo y adicionalmente las que considere necesarias en desarrollo del mencionado artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si es que el marco jurídico nacional resulta insuficiente para garantizar los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para el cumplimiento material, oportuno, efectivo y eficaz de la sentencia judicial que nos ocupa, para lo cual le otorga tres (3) meses a partir de la comunicación de la presente decisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección C administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. MODIFÍCASE la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la

⁶⁹ “La finalidad última de la Constitución es asegurar la libertad, la dignidad y el bienestar del hombre en la sociedad, mediante limitaciones a la acción del poder público. De aquí la necesidad de que la Constitución sea escrita y rígida, a la vez que suprema y, por ende, permanente.” *Ibíd.*, pág. 430.

Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva, la cual quedará así:

“1. Se niegan las excepciones propuestas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

2. SE DECLARA PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- I.S.S. EN LIQUIDACIÓN- de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la inadecuada atención del parto de la señora MARÍA GENI GONZÁLEZ.

3. Como consecuencia de la anterior declaración, SE CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES- I.S.S. EN LIQUIDACIÓN- a pagar los actores (sic) los siguientes conceptos:

Perjuicios morales

Para HAMILTON VILLADA GONZÁLEZ (hijo menor), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia;

Para MARÍA GENI GONZÁLEZ (madre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia;

Para DIDIER DE JESÚS VILLADA (padre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.”

SEGUNDO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales - en liquidación y al Agente liquidador de dicha entidad dar cumplimiento inmediato a lo dispuesto en esta providencia dentro del término que antecede a la fecha de la terminación del proceso de liquidación de la entidad, esto es, el 31 de diciembre de 2014, conforme a los parámetros y condiciones aquí señaladas y respetando los mecanismos establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos.

CUARTO. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales - en liquidación y al Agente liquidador de dicha entidad que informen, una vez finalizado el término concedido en el numeral anterior, si ha dado cumplimiento efectivo a la condena dispuesta en esta providencia.

QUINTO. COMUNICAR al Presidente de la República esta providencia para que, en el marco de competencias como Suprema Autoridad Administrativa y en

desarrollo del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se sirva adoptar las medidas correspondientes en orden a hacer efectiva la presente sentencia, y activar los mecanismos propios a efectos de determinar la persona jurídica que asumirá la posición de sucesor procesal del ISS en liquidación, para lo cual se le otorga un término de tres (3) meses a partir del momento en que reciba la respectiva comunicación en relación con el contenido de esta providencia.

La Sala actuando como juez de convencionalidad hará el seguimiento necesario para el debido cumplimiento de esta providencia.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO. En firme esta providencia, por Secretaría, remítase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ