



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

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

Radicación número: 73001-23-31-000-2001-01509-01 (25.909)
Demandante: Luz Mary Cruz de Saldaña y otros
Demandado: Instituto de los Seguros Sociales y otro
Asunto: Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2003 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que se decidió lo siguiente:

"1. NIÉGUENSE las excepciones propuestas por la demandada CARMEN LASERNA PHILLIPHS.

"2. EXONÉRESE de responsabilidad a la demandada CARMEN LASERNA PHILLIPS, en su calidad de empleadora, de conformidad con la parte motiva.

"3. DECLÁRESE al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES SECCIONAL TOLIMA, responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados a LUZ MARY CRUZ SALDAÑA, LADY MARCELA SALDAÑA CRUZ Y CAROL GUISELL BAUTISTA CRUZ; CARMELINA MONDRAGÓN DE CRUZ; ABELARDO CRUZ JARAMILLO y ALBERTO BAUTISTA SÁNCHEZ, ocasionada por falla en la prestación del servicio médico que le ocasionó la muerte a MIGUEL ANTONIO SALDAÑA CRUZ, el día 23 de agosto de 1999.

"4. Consecuencialmente se condena al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES SECCIONAL TOLIMA a pagarle a los actores, lo siguiente:

"a) Por perjuicios materiales a favor de LUZ MARY CRUZ SALDAÑA la suma de DIECISEIS MILLONES NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS MT/CTE (\$16.009.608,00)

"b) Por perjuicios morales:

"Para la madre LUZ MARY CRUZ DE SALDAÑA, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

"Para los hermanos, KAROL GISETH Y LADY MARCELA, 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada una.

"Para los abuelos CARMELINA MONDRAGÓN DE CRUZ Y ABELARDO CRUZ JARAMILLO, 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno.

"5. Deniéguense las demás pretensiones de la demanda." (fl. 131, cdno. ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 6 de abril de 2001, Luz Mary Cruz Saldaña, obrando en nombre propio y en representación de las menores: Lady Marcela Saldaña Cruz y Carol Guisell Bautista Cruz; Adriana Saldaña Cruz; Álvaro Saldaña Cruz; Carmelina Mondragón de Cruz; Abelardo Cruz Jaramillo y Alberto Bautista Sánchez; todos ellos actuando por conducto de apoderado judicial, formularon demanda contra el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- y la señora Carmen Laserna Phillips, a fin de que se declararan patrimonialmente responsables por los daños causados "por falla en el servicio que ocasionó el fallecimiento del señor MIGUEL ANTONIO SALDAÑA CRUZ, ocurrido el 23 de agosto de 1999 en la ciudad de Ibagué" (fl. 23, cdno. No. 1)

En consecuencia, solicitaron por concepto de perjuicios morales, las sumas equivalentes en pesos a 2.200 gramos oro a favor de Luz Mary Cruz de Saldaña; 1.500 gramos oro en favor de Adriana Saldaña Cruz, Álvaro Saldaña Cruz, Karol Giseth Bautista Cruz y Lady Marcela Saldaña Cruz, para cada uno; y 1.000 gramos de oro para Carmelina Mondragón de Cruz, Abelardo Cruz Jaramillo y Alberto Bautista Sánchez, a favor de cada uno.

Igualmente, solicitaron perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, para Luz Mary Cruz de Saldaña y Adriana Saldaña Cruz, por la pérdida de la ayuda económica que les prodigaba el señor Miguel Antonio Saldaña Cruz.

2. Como fundamento de las pretensiones expusieron los siguientes hechos:



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

2.1. El señor Miguel Antonio Saldaña Cruz laboraba en el sector de la construcción, al servicio de la señora Carmen Laserna Phillips, quien lo vinculó en el sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales, a la E.P.S. Cafesalud y a la A.R.P. del Instituto de Seguros Sociales, respectivamente.

2.2. El 19 de agosto de 1999, alrededor de las 11:00 a.m., se encontraba realizando sus labores como constructor, colocando unas tejas para una bodega, cuando se rompió una de ellas, por lo que cayó al suelo y sufrió un trauma en la cabeza. En vista de ello, su hermano lo llevó inmediatamente a la Clínica Tolima, donde le prestaron los primeros auxilios. Señalan los demandantes que mientras permaneció allí, el paciente respondió a las preguntas que le hacía su hermano y manifestó que no sentía dolor alguno.

2.3. Sin embargo, una vez en la Clínica Tolima se percataron de que estaba afiliado a la E.P.S. Cafesalud y a la A.R.P. del I.S.S., fue remitido a una I.P.S. de esta última entidad. El traslado se realizó en un taxi, puesto que ni la Clínica, ni el I.S.S. disponían de ambulancia.

2.4. El paciente ingresó al servicio de urgencias de la clínica Manuel Elkin Patarroyo del I.S.S., aproximadamente a las 12:30, donde fue ubicado en una camilla en la sala de espera y fue atendido sólo tres horas después de su ingreso. La tardanza obedeció a que la entidad no tenía certeza sobre su afiliación, motivo por el cual solicitó las autoliquidaciones a la empresa donde laboraba, ya que la aportada por sus familiares no fue suficiente para prestar la atención médica, por lo que la señora Laserna Phillips-, su empleadora-, envió la documentación solicitada y sólo después de ello fue atendido, alrededor de las 3:30 p.m.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

2.5. Manifiestan que pese al grave estado en que se encontraba, José Miguel Saldaña se comunicó con su hermano y le solicitó ayuda para hacer sus necesidades fisiológicas, lo que logró valiéndose por sí mismo.

2.3. Al atenderlo, los galenos ordenaron practicarle un TAC y lo intubaron. Sin embargo, no fue posible realizar ese procedimiento en la I.P.S., en atención a que no contaba con el equipo necesario, por lo que fue remitido a la Clínica Minerva, donde tampoco se le realizó el examen, por las mismas razones.

2.4. Como consecuencia de lo anterior, decidieron trasladarlo a la Clínica Tolima. No obstante, al subirlo nuevamente a la ambulancia, los paramédicos dejaron caer al paciente de la camilla, quien se golpeó nuevamente en la misma parte donde había sufrido el primer trauma. Según el protocolo de necropsia de medicina legal, como consecuencia de esta última caída, sufrió luxación de las vértebras cervicales C1-C2-C3, con pellizcamiento del canal medular, sección medular alta C1-C2, lo que redujo al mínimo sus posibilidades de sobrevivir.

2.5. Al llegar a la Clínica Tolima, sólo se le practicó el TAC y fue regresado a la I.P.S. del I.S.S., de donde de nuevo fue remitido a la Clínica Tolima, toda vez que requería intervención quirúrgica urgente y una unidad de cuidados intensivos, todo lo cual denota la falta de planificación por parte de los galenos de la entidad demandada, quienes con su negligencia y falta de planificación hicieron que se dilatara aún más la prestación de la atención médica. Al llegar a esa entidad fue intervenido quirúrgicamente, pero su estado de salud se agravó y falleció.

2.6. Miguel Antonio Saldaña Cruz era hijo de Luz Mary Cruz de Saldaña, quien contrajo matrimonio con Alberto Bautista Sánchez, al que lo unían lazos paternos, ya que cuidó de él desde que era niño y se comportaba como un padre. Igualmente,



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

era hermano de Lady Marcela Saldaña Cruz y Karol Giseth Bautista Cruz, y nieto de Carmelina Mondragón Cruz y Abelardo Cruz Jaramillo.

3. La demanda fue admitida en auto del 5 de junio de 2001 y notificada en debida forma a las demandadas y al Ministerio Público.

4. Al contestar la demanda, el I.S.S. y la señora Carmen Laserna Phillips opugnaron las pretensiones con los siguientes argumentos:

4.1. La señora Laserna Phillips señaló frente a la mayoría de los hechos que no le constaban y debían ser objeto de prueba y añadió que no tuvo ninguna participación en el accidente sufrido por Miguel Antonio Saldaña Cruz, ni en la atención médica que éste recibió, de allí que, no era solidariamente responsable del daño sufrido por los demandantes. Igualmente, adujo que cumplió con la obligación de afiliarlo a la ARP del I.S.S. y reportar oportunamente el accidente.

Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de "ilegitimidad de personería en el demandado", "falta de causa" y "carencia de acción".

4.2. El Instituto de Seguros Sociales- I.S.S.- manifestó que no incurrió en falla en el servicio alguna, toda vez que desde el momento en que el paciente ingresó a la entidad, puso a su disposición los medios que estaban a su alcance para prestarle la atención médica adecuada. En el mismo sentido adujo que no podía imputársele el daño, ya que desde que sufrió la caída a una altura de 15 metros, su estado de salud era delicado.

Señaló que en un comienzo el señor Saldaña Cruz fue llevado a la Clínica Tolima, donde únicamente le prestaron los primeros auxilios, pero no le brindaron la atención médica que requería, en atención a que existían dudas sobre su afiliación, dejando



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

transcurrir un tiempo que era vital, por lo que lo remitieron al I.S.S., sin siquiera poner a su servicio una ambulancia. En ese orden de ideas, arguyó que la responsable de la muerte del paciente era la Clínica Tolima.

Sobre la afirmación realizada en la demanda, según la cual el paciente podía valerse por sí mismo cuando ingresó a las instalaciones del I.S.S., manifestó que no era cierto, ya que con base en la historia clínica podía inferirse que no se encontraba en condiciones de ejecutar actos por sí mismo. Arguyó además que la muerte del señor Saldaña no sobrevino como consecuencia de la segunda caída, sino de la primera, pues antes de que fuera trasladado su estado ya se había agravado notoriamente, presentando una escala de Glasgow de 3/5.

De otro lado, adujo que el daño también le era imputable a la empleadora de la víctima, comoquiera que las labores que se encontraba realizando cuando sufrió el accidente eran de alto riesgo y no le suministró los implementos de seguridad para llevarlas a cabo.

Con fundamento en lo anterior, formuló las excepciones de “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación demandada” y “falta de legitimidad por pasiva”.

5. En proveído del 23 de enero de 2002 se decretaron las pruebas y 6 de mayo de 2003 el tribunal les corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de fondo y rendir concepto, respectivamente, oportunidad en la que sólo se pronunció el I.S.S en los siguientes términos:

5.1. Señaló que al ingresar, el paciente recibió la atención médica de manera oportuna y eficaz y se le suministró el tratamiento requerido para el trauma craneoencefálico severo, lesión considerada de difícil tratamiento y recuperación, por lo que pudo ser esa la causa del deceso, máxime cuando a su ingreso presentaba una escala de Glasgow de 3/15. Igualmente, insistió en que según la hoja de



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

remisión de la Clínica Tolima y el testimonio del doctor Javier Vanegas, se encontraba inestable, desorientado y con amnesia de hecho, por lo que los demandantes faltaron a la verdad al manifestar que el señor Miguel Antonio Saldaña estaba consciente.

5.2. El Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se declarara patrimonial y solidariamente responsable al I.S.S. por prestar la atención médica de manera tardía; y a la señora Carmen Laserna Phillips, en atención a que era la empleadora del señor Saldaña Cruz y no le suministró ningún implemento de seguridad para realizar la labor riesgosa.

Consideró el delegado de la Vista Fiscal, que pese a que el I.S.S. prestó la atención médica que requería el paciente, incurrió en falla, toda vez que no contaba con los equipos médicos necesarios para emitir un diagnóstico y se demostró que no tenía contrato vigente con otra I.P.S. para realizar el procedimiento pertinente para ese efecto y sólo pudo obtener la práctica del mismo hasta las 6:00 p.m., cuando el paciente ya se encontraba en estado crítico. Igualmente, precisó que no era posible determinar si la muerte de la víctima fue consecuencia de la primera o de la segunda caída, o de ambas, pero que, con fundamento en el régimen de la falla presunta, le correspondía a la entidad demandada demostrar que el daño no le era imputable.

5.3. La parte demandante guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 5 de septiembre de 2003, el *a quo* exoneró de responsabilidad a la señora Carmen Laserna Phillips y declaró patrimonialmente responsable al I.S.S. por la muerte de Miguel Antonio Saldaña Cruz. En consecuencia, condenó a la entidad al pago de perjuicios materiales para la señora Luz Mary Cruz Saldaña, y morales



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

para ésta, los hermanos menores y abuelos de la víctima y negó las demás pretensiones de la demanda.

En primer lugar señaló que el título de imputación aplicable al caso concreto era el de la falla presunta. En ese orden de ideas, señaló que debía presumirse que el servicio médico y paramédico del I.S.S. no funcionó adecuadamente y por ende, fue la omisión de la entidad lo que ocasionó la muerte del paciente.

Consideró que el Instituto fue negligente al exigirle al paciente que acreditara que se encontraba afiliado a esa A.R.S., dilatando la prestación de la atención médica y señaló que también constituyó una falla en el servicio el hecho de que prestara el servicio de salud sin disponer de los equipos médicos necesarios, lo que impidió que pudiera realizársele el TAC con prontitud. En relación a la caída que sufrió el señor Miguel Antonio Saldaña, mientras era transportado en la camilla, manifestó que si bien, no existía prueba de que como consecuencia de ello se hubiera fracturado de nuevo, sí era una muestra de la precaria atención médica brindada en el I.S.S.

De otro lado, exoneró a la señora Laserna Phillips de responsabilidad, en atención a que en el caso *sub judice*, el proceso sólo tenía por objeto definir lo concerniente a la responsabilidad por la prestación de la atención médica.

Finalmente, negó el reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos mayores de la víctima, toda vez que según las pruebas ya no convivían con ésta y no se demostró que hubieren experimentado dolor o sufrimiento por su muerte.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

1. La parte demandante y el Instituto de Seguros Sociales- I.S.S.- recurrieron el fallo, con los siguientes argumentos:

1.1. La parte demandante solicitó se accediera al reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos mayores de la víctima, Álvaro y Adriana Saldaña Cruz, toda vez que de las declaraciones recepcionadas en el proceso, se infería que existían lazos de afecto y solidaridad entre ellos, aún cuando no convivían bajo el mismo techo, requisito que a su juicio, no podía exigirse para reconocer esta clase de perjuicios. En ese sentido, añadió que fue el señor Álvaro Saldaña Cruz quien acompañó a la víctima desde el momento en que sufrió el accidente, lo trasladó a la Clínica Tolima y permaneció con él mientras lo atendían.

Igualmente, señaló que también debían reconocerse perjuicios morales para Alberto Bautista Sánchez, pues aunque no era el padre biológico de la víctima, sí fue su padre de crianza.

De otro lado, en relación a los perjuicios materiales, adujo que la liquidación de la indemnización reconocida a favor de la señora Luz Mary Cruz de Saldaña, no debió realizarse hasta que la víctima cumpliera los 25 años, sino con base en la vida probable de la demandante. Además, señaló que al efectuar el cálculo, el *a quo* tuvo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha en que ocurrió el hecho y lo actualizó, luego de lo cual le restó un 30%, por los gastos personales de la víctima, pero olvidó incrementar el 25% correspondiente a las prestaciones sociales.

1.2. El I.S.S. manifestó que no le asistía la razón al *a quo* al señalar que la atención médica brindada al paciente fue irregular, pues según la historia clínica, Miguel Antonio Saldaña ingresó a las 12:30 p.m. y a la 1:30 ya era valorado por el doctor Armando Sánchez, quien al examinarlo lo encontró en muy malas condiciones generales y ordenó la práctica de exámenes para confirmar el diagnóstico inicial de



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

lesión severa, por lo que el personal médico gestionó su traslado a un centro hospitalario de mayor complejidad, lo que no fue posible. Sin embargo, el doctor Javier Vanegas hizo todo lo necesario por tratar de recuperar la salud del paciente y logró remitirlo a otra I.P.S. En este orden de ideas, considera que la atención médica brindada fue oportuna y adecuada y en consecuencia el daño no le era imputable.

De otro lado, manifestó que carecía de justificación legal que sólo se hubiera condenado al I.S.S., aún cuando la demanda también se dirigió contra la señora Carmen Laserna Phjllips, quien para la fecha de los hechos era la empleadora del señor Saldaña Cruz y lo puso en peligro al no haber observado las reglas mínimas de protección para desarrollar la labor que desempeñaba cuando se accidentó, lo que a su modo de ver fue la causa de la lesión cerebral que sobrevino como consecuencia de la caída y desencadenó su deceso.

2. Los recursos se concedieron el 29 de septiembre de 2003 y se admitieron el 27 de noviembre del mismo año, luego se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para emitir concepto, etapa en la que sólo se pronunció el delegado de la Vista Fiscal, para solicitar se confirme la sentencia de primera instancia y se adicione en el sentido de reconocer perjuicios morales a favor del señor Álvaro Saldaña Cruz.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente desde el punto de vista funcional para conocer del proceso, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2003, por el Tribunal Administrativo del Tolima, comoquiera que el caso tiene vocación de doble



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

instancia ante esta Corporación, en atención la cuantía¹.

2. Antes de abordar el fondo del asunto, es necesario precisar que como la sentencia fue impugnada por la parte demandante y el Instituto de Seguros Sociales, la Sala abordará tanto lo concerniente a la responsabilidad de esa entidad, como lo atinente a la tasación de los perjuicios. Así mismo, se pronunciará sobre la responsabilidad endilgada a la señora Carmen Laserna Phillips, toda vez que este tema también fue objeto de apelación por parte del I.S.S.

3. Conforme a las pruebas que fueron practicadas y recaudadas, están demostrados los siguientes hechos:

3.1. Según el Informe Patronal de Accidentes de Trabajo, elaborado por la señora Alicia Gracia de Suárez, el 19 de agosto de 1999, el señor Miguel Antonio Saldaña Cruz sufrió una caída de una altura aproximada de 12 mts., mientras se encontraba techando una bodega en la ciudad de Ibagué, razón por la que fue trasladado a la Clínica Tolima de esa ciudad (fl. 11, cdno. 3).

3.2. Conforme al registro civil de defunción (fl. 8 cdno. 1) y el protocolo de necropsia No. 380/1999, elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal- Seccional Tolima (fls. 30 y 21, cdno. 1), el señor Saldaña Cruz murió el 23 de agosto de 1999, como consecuencia de una caída en un accidente de trabajo. Al examen interior se encontraron los siguientes hallazgos:

"1. Cabeza: Cuero cabelludo: herida suturada de 6 cms. temporal derecha, herida suturada sangrante parieto occipital derecha de 3 cms., equimosis occipital izquierda y equimosis frontal completa.
Cráneo: craneotomía temporoparietal derecha de 2 cms. de diámetro, fractura lineal temporo parietal derecha.

¹ De acuerdo con la demanda, el valor de la pretensión mayor ascendía a \$2.200 gramos oro, que equivalía a \$40.589.494 y excedía para el año en que fue presentada – 6 de abril de 2001- la establecida en el numeral 10º del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

"Cerebro, cerebelo y tallo: contusión temporal parietal derecha hemorragia residual epi y subdural temporal derecha, aplanamiento de circunvoluciones y en el tallo cerebral se aprecia extenso daño axonal difuso con hemorragia y signos de contusión, en tallo severa con marcas de presión a ese nivel con sección medular alto a nivel de C1-C. marcas de presión amígdalas cerebelosas y bases de los lóbulos temporales.

"2. Cuello: columna vertebral: luxación C1-C2-C3 con pellizcamiento de canal medular.

Médula espinal: sección medular alta C1-C2

[...]

"5. Miembros: fractura de cráneo, luxación de vértebras cervicales altas C1-C2-C3" (fl. 20, cdno. 1)

Finalmente, en el protocolo se señaló como causa del deceso: "[...] sección alta y daño axonal difusos asociados a hipertensión endocraneana debido a hematoma epi y subdural agudos con tratamiento quirúrgico" (fl. 21, cdno. 1).

3.3. Sobre la atención médica recibida por el señor Miguel Antonio Saldaña, obran en el proceso, copia de la hoja de urgencias de la Clínica Tolima, copia de la historia clínica del I.S.S., al igual que el testimonio del médico Javier Vanegas y de otras personas que presenciaron los sucesos relacionados con la prestación del servicio de salud, medios probatorios con los cuales se encuentran demostrados los siguientes hechos:

3.3.1. El señor Saldaña Cruz fue atendido inicialmente en el servicio de urgencias de la Clínica Tolima, donde fue diagnosticado con trauma cráneo encefálico. Al ingresar, registró una tensión arterial de 120/75 y una frecuencia cardíaca de 74 pulsaciones por minuto. Igualmente tenía pupilas agudas normorreactivas², sin signos meníngeos, y se encontraba inestable y desorientado temporo especialmente, además de que presentaba una herida en el cuero cabelludo. Conforme al registro

² Fenómeno que se presenta cuando las pupilas reaccionan a la luz, disminuyendo de tamaño.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

de la historia clínica, fue remitido al I.S.S., por estar afiliado a esa institución (fl. 2, cdno. 1).

3.3.2. Según se colige de la historia clínica del I.S.S. (fls. 1 y 3 y 6) y del informe médico por lesiones presuntamente profesionales (fl. 4, cdno. 2), el paciente ingresó al servicio de urgencias de la clínica Manuel Elkin Patarroyo del I.S.S., ese mismo día a las 12:30 p.m., con los siguientes signos vitales: presión arterial de 120/60, frecuencia cardíaca de 76 pulsaciones por minuto y frecuencia respiratoria, 20x (fl. 3, cdno. 2). A su vez, en anotaciones de las 12:30 p.m. y 1:30 p.m., se señaló:

"12+30 h: ingresa paciente al servicio, en camilla, acompañado de un hermano, desorientado, confuso, ansioso, trae remisión de Clínica Tolima, LEV³ permeables, muestras de laboratorios en tubo seco y con anticoagulante, se informa del ingreso a la jefe Dennis Alicia, Dr. Ardila [...]"

"13 h: reacción pte. en camilla, somnoliento, confuso, presentando episodios de vómito, pte. con muy regulares condiciones generales, pte. con herida en cuero cabelludo [...]" (fl. 6, cdno. 2).

Posteriormente, a la 1:30 p.m., en la historia clínica se registró la siguiente anotación: **"al parecer no tuvo pérdida de conciencia de forma inmediata"**, y luego de examinarlo, se señaló: "paciente quien se encuentra confuso, somnoliento, no responde a órdenes, ni al nombre, **responde al dolor** [...], **Glasgow 7/15, pupilas isocóricas reactivas**, movimientos conjugados [...]" (fl. 1, cdno. 2, negrillas de la Sala).

El diagnóstico emitido fue el siguiente: i) trauma cráneo severo, ii) herida en cuero cabelludo, iii) fractura de cráneo y iv) hematoma subdural (fl. 1 vto., cdno. 2).

Igualmente, se le suministraron líquidos endovenosos, 120 mg. de metilprebusolna, se le lavaron y suturaron las heridas y se ordenó la práctica de un TAC cerebral simple (fl. 1 vto., cdno. 2).

³ Líquidos endovenosos.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Al final se consignó la siguiente nota: "Presentaron tarjeta afiliación a Cafesalud y queda pendiente averiguar con la empresa que había la afiliación a riesgos profesionales" (fl. 1, vto.). En el mismo sentido, al margen de la historia clínica, se consignó: **"Se cambia la historia por q' (sic) se estaba verificando afiliación del paciente"** (fl. 1., negrillas de la Sala).

3.3.3. En anotaciones de las 3:00 y las 3.30 p.m., se pusieron en evidencia los inconvenientes que se presentaron en relación a la afiliación del paciente:

"15 h: Pte. no responde, se le avisa a la familia de los papeles del ISS, pero ellos tienen problemas con la [ilegible], se le informa al hermano que dice que va a conseguir papeles para tramitar TAC"

"15+30: llaman pte. de afiliación y registro y dicen que el pte. está afiliado a ARP y entonces que tramiten TAC, se le informa a familia y ella empieza a hacer las vueltas". (fl. 6, cdno. 2).

3.3.3. El señor Miguel Ángel Saldaña fue atendido nuevamente a las 4:00 p.m., hora en la que según se registró en la historia clínica, fue valorado por el Dr. Vanegas, quien procedió a reanimarlo y observó que presentaba disnea⁴ y secreciones (fl. 6, cdno. 2).

Así mismo, conforme a la anotación de las 4:10 p.m., ya se encontraba en mal estado general, con pupilas midriáticas⁵ no reactivas a la luz, sin respuesta a estímulos dolorosos y una escala de Glasgow de 3/15 y hematoma subdural. Se le diagnosticó trauma cráneo encefálico severo y debido a las condiciones clínicas en que se encontraba, se procedió a intubarlo sin complicaciones (fls. 3 y 6, cdno. 2).

3.3.4. A las 4:15, los galenos del I.S.S. decidieron remitirlo a la Clínica Minerva para practicarle el TAC., sin embargo, no fue posible realizar el procedimiento en esa institución (fls 3 y 6 vto.).

⁴ Dificultad para respirar.

⁵ Fenómeno que se presenta cuando las pupilas se dilatan.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

3.3.5. En vista de lo anterior, a las 4:50 p.m. fue trasladado nuevamente a la Clínica Tolima, para practicarle el TAC. Durante el traslado, sufrió una caída desde la camilla en la que era transportado, que fue registrada en la historia clínica, en los siguientes términos: "Pcte. al sacarlo sufre una caída leve de la camilla" (fl. 6 vto.).

3.3.6. A folio 7 (cdno. 2), obran los resultados del TAC Cerebral Simple, en los que se señaló:

"Se realizaron cortes axiales simples desde la base del cráneo hasta el vértex. Los hallazgos son:

"Edema detejidos (sic) blandos en la región occipital derecha.

"Fractura no deprimida en la región occipital derecha.

"Opacidad del seno maxilar derecho con presencia de nivel hidro-aéreo.

"Obliteración completa de las cisternas basales y alteración de la densidad de los parénquimas cerebrales.

"Gran colección hiperdensa fronto temporoparietal derecho con efecto de masa y desviación contralateral de las estructuras mediales.

"OPINIÓN

"Hematoma agudo fronto temporoparietal derecho.

"Derrame en el seno maxilar derecho.

"Fractura no deprimida occipital derecho con edema de tejidos blandos." (fl. 7, cdno. 2)

3.3.8. De acuerdo con la anotaciones asentadas a las 5:15 , luego de haberle practicado el TAC, el paciente fue trasladado nuevamente al I.S.S., donde presentó dificultad respiratoria, por lo que fue necesario remitirlo a una Unidad de Cuidados Intensivos (fl. 6 vto., cdno. 2).

3.3.9. A las 5:35 p.m. se emitió el siguiente diagnóstico: i) hematoma subdural occipito temporal derecho, ii) edema cerebral severo, iii) fractura occipital (fl. 3 vto.). En vista de ello, los galenos del I.S.S. se comunicaron con las Clínicas Federico Lleras y San Pedro Claver, pero ninguna de ellas aceptó la remisión (fl. 3 vto., cdno. 2), por lo que fue trasladado de nuevo a la Clínica Tolima, al servicio de neurocirugía, en compañía del Dr. Vanegas (fl. 6 vto., cdno. 29). Allí se le suministraron líquidos



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

endovenosos, dipirona, diclofenaco, osmorín, oxígeno y penicilina (fl. 8, vto. cdno. 9).

3.3.10. Sobre el estado en el que Miguel Antonio Saldaña ingresó por última vez a la Clínica Tolima, también se encuentra el oficio No. CT-1435 G-JFMS del 22 de febrero de 2002, suscrito por el doctor José Fernando Montes Salazar, Gerente de esa institución, en el que se presentó un resumen de la atención médica brindada. Según el mismo, ingresó a las 6:45 p.m., en pésimas condiciones generales, en coma, intubado y con asistencia respiratoria. En relación a la evolución del cuadro clínico, se indicó:

“Por el severo compromiso neurológico y la severa hipertensión endocraneana, se sospecha un hematoma subdural agudo y se decide intervenir quirúrgicamente. Se inicia cirugía a las 20:00 horas, encontrándose, hematomas epidural y subdural agudos, los cuales son drenados. El paciente evoluciona en forma tórpidamente hasta fallecer el 23 de agosto a las 8:30 p.m.” (fl. 3, cdno. 2).

3.3.11. En el proceso se recepcionó el testimonio del médico Javier Vanegas Betancourt, quien atendió al señor Saldaña Cruz. Sobre el tratamiento que se le brindó, la evolución del cuadro clínico y los inconvenientes administrativos que se presentaron durante la atención médica, señaló:

“Miguel Antonio Saldaña es un paciente que ingresó en la tarde al servicio de urgencias con una nota de remisión de la Clínica Tolima donde había sido llevado por presentar un trauma ocasionado al caerse de una altura de más o menos diez a quince metros; de acuerdo a la nota de remisión, se encontraba un paciente desorientado, confuso, con una herida en cuero cabelludo e **ingresó a nuestro servicio portando un carnet de Cafesalud sin ningún otro documento que acreditara tener derecho a los servicios del Instituto;** fue valorado por un médico al ingreso el cual le hizo la sutura, le hizo manejo inicial del paciente y posteriormente lo comencé a manejar yo que era el Médico de observación; cuando yo lo empecé a manejar encontré un paciente en mal estado general, inconsciente, sin respuesta a estímulos dolorosos y debido a su condición procedí a efectuar una entubación orotraqueal (sic) **y se hicieron los trámites para efectuarle una tomografía, un TAC, trámites estos que fueron dispendiosos realizarlos ya que no había ningún documento con el cual acreditar a las clínicas particulares que realizaron este examen, que el paciente y el examen iba a ser cubierto por el Instituto de los Seguros**



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Sociales; esto se pudo hacer hasta cuando la familia fue y trajo la documentación donde demostraban que estaba afiliado a la ARP del Seguro Social; hecho esto se consiguió una cita con el tomógrafo de la Clínica Minerva hacia donde nos desplazamos a eso de las cuatro, cuatro y media de la tarde. **Al llegar allí el técnico de ese escáner me manifestó que se encontraba realizando un estudio de columna que implicaba una de mora de más o menos dos horas y ante la gravedad del paciente me recomendó que llamara a la Clínica Tolima para ver si allá se lo efectuaban más rápido el examen ante lo cual nos decidimos a trasladarnos a la Clínica Tolima ya que allá lo hacían inmediatamente. Al montarlo nuevamente en la ambulancia se presentó un incidente debido a que en forma accidental, no se sabe porqué, una de las patas de la camilla cedió entonces los camilleros que llevaban el paciente, la fuerza no pudieron sostenerlo y el paciente se fue deslizando hacia la parte donde había doblado la camilla precisamente,** pero en ningún momento como dicen ya tercera vez que me citan, alcanzó a golpearse sino que se deslizó, se roncó (sic), de todas maneras el paciente fue llevado a la Clínica Tolima, se le efectuó allí el examen donde se veía múltiples fracturas, edema cerebral, ante lo cual yo inicialmente desde la misma clínica llamé al Federico Lleras para ver si aceptaban este paciente porque requería un nivel de atención superior el que nosotros no teníamos y no podíamos ofrecerle. El médico del Federico Lleras nos negó por falta de cupo la recepción del paciente; **me desplazé nuevamente a la Clínica de los Seguros Sociales con el paciente y desde allí seguir los trámites necesarios para ubicar este paciente en un hospital que pudiera ofrecerle un nivel superior de atención;** se llamó a la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, al comentar la condición del paciente que es lo que debe hacer uno en toda remisión, el médico manifestó que era un paciente irrecuperable y que no soportaba el traslado; se siguieron haciendo las gestiones por parte de la Secretaría del Seguro Social de Urgencias, hasta que por intermedio de Cafesalud donde se encontraba afiliado, fue coordinado su traslado nuevamente a la Clínica Tolima hacia donde nos dirigimos con el paciente a eso de las seis u media, siete de la noche y donde fue hospitalizado básicamente". (fls. 5 y 6, cdno. 2, negrillas de la Sala).

Al preguntársele si existían posibilidades de que el paciente se recuperara si hubiera sido atendido antes, señaló:

"[...] No, no creo, porque cuando yo miro un paciente en escala de glasgow, este paciente ingresó en Glasgow de tres sobre quince, no tenía ninguna función central, no tenía ningún reflejo que me dijera que tenía actividad motora, esto me indicaba que estaba muerto" (fl. 7, cdno. 3).

Al respecto, cabe recordar que según se registró en la historia clínica, el paciente inicialmente ingresó al I.S.S. a la 1:30 p.m., con una escala de Glasgow de 7/15 y



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

sólo al ser examinado a las 4:10 – 2 horas y 40 minutos después-, se encontraba en la escala de 3/15, circunstancia que reviste especial relevancia para establecer lo concerniente a la imputación y que se analizará con mayor detenimiento en los párrafos siguientes.

Sobre la atención médica prestada en el I.S.S. manifestó:

"[...] Pienso que lo que se hizo en el Seguro Social era lo que debía haberse hecho y se hizo oportunamente, existen dos tres agravantes con el paciente cuando ingresa, uno el paciente es remitido sin previo llamado al Médico que lo va a recibir, eso es un manual que existe de referencia y contrareferencia de pacientes establecido que si yo voy a mandar un paciente a otra institución, yo tengo que llamar al médico y decirle le mando un paciente así o así, cosa que si yo no tengo los medios les digo mándelo o si o no no; segundo cuando usted manda un paciente sea no paciente debe hacerse lo básico, lo mandan de la clínica Tolima sin siquiera (sic) cerrarle una herida, entonces cuál atención le dijeron cuando lo recibieron; **tercer error, dicen que es del Seguro Social y lo mandan con un carnet de Café Salud y pretenden que con todo eso, el Seguro Social en diez, quince minutos haga los trámites para que le hagan al paciente un examen que fue el que le hicieron en la Clínica Tolima a las seis media de la tarde**" (fls. 7 y 8, cdno. 3, negrillas de la Sala).

Finalmente, respecto a las demoras administrativas para realizarle el TAC, manifestó:

" PREGUNTADO: En el caso concreto, usted tuvo conocimiento que el paciente hubiera sido obstaculizada su entrada por no tener documentos? (sic)
CONTESTÓ: No, **lo que se obstaculizó fue el trámite para efectuarle los exámenes especializados porque estos requerían que ante la institución que los iba a hacer se garantizara que esa entidad pudiera recobrar el procedimiento, es lo único, la atención se hace**" (fl. 10, cdno. 3, negrillas de la Sala).

3.3.12. En el proceso también se recepcionaron los testimonios de varios vecinos y allegados de la víctima, quienes estuvieron presentes en el I.S.S., mientras ésta era atendida. Así por ejemplo, la señora Adelina Losada Morales señaló:

"[...] lo que sí vi, porque fui hasta el Seguro por de dos a dos y media y lo vi en un pasillo y el movía las manos los pies, como a las tres o cuatro lo sacaron para llevarlo a sacarle un Tac a la Clínica Minerva, nosotros estábamos ahí cogimos un taxi y nos venimos hasta la Clínica Minerva parece que la Clínica no estaba



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

preparada para recibirlo y no le hicieron nada, y cuando lo fueron a subir a la ambulancia lo dejaron caer en la ambulancia del Seguro cuando lo fueron a subir, eso fue como entre las cuatro y media o cinco, ahí un doctor le dijo a los camilleros y ellos lo recogieron rápido y lo llevaron a la Clínica Tolima, de ahí lo entraron y le sacaron el Tac y lo bajaron a la Clínica del Seguro Social. Allá dijeron que necesitaba una intervención urgente y lo llevaron a la Clínica Tolima nuevamente, ahí lo tuvieron en cuidados intensivos hasta el día 23 de agosto día en que falleció [...]” (fl. 15, cdno. 2).

- Igualmente, se destaca el testimonio de la señora Blanca Stella Ortiz Barajas, quien señaló:

“[...] como a la una me fui con ella a acompañarla al Seguro y allí fue que me di cuenta del golpe que él se dio [...] **Fue una espera terrible [...] en ese transcurso el hermano de él entraba y salía porque a él no lo atendían porque estaban esperando que llegara alguien con un papel, por falta de ese papel a él no lo atendían.** Toño estaba consciente [...] ya cuando dejó de moverse fue que un médico vino y le tomó los signos vitales y fue cuando lo pasaron a la resucitación, luego lo sacaron en una camilla y lo metieron en una ambulancia y que lo llevamos a la Clínica Minerva que para hacerle un TAC. Llegamos a la Minerva y allí lo entraron y no lo atendieron que porque faltaba algo para hacerle el examen que él necesitaba. Luego salimos cuando ya íbamos saliendo en el adén (sic), prun (sic) se cayó, porque la camilla no tenía barandas, entonces todos gritaron y cuando eso yo me entré porque me dieron muchos nervios y luego lo subieron ya a la camilla y lo subieron a la ambulancia y luego si nos fuimos todos para la Clínica Tolima y allá lo atendieron y ahí lo dejaron” (fls. 20 y 21, cdno. 2, negrillas de la Sala).

En el mismo sentido, también declararon Marta Isabel Morales Losada y Ana María Morales Losada (fls. 20-24, cdno. 2).

4. Conforme a las pruebas que fueron recaudadas durante el proceso, está demostrado el daño, consistente en la muerte del señor Miguel Antonio Saldaña Cruz, como consecuencia de hematoma epi y subdural, luego de sufrir un trauma craneo encefálico severo, al caerse de una altura aproximada de 10 a 15 metros.

Ahora bien, aduce el I.S.S. en su recurso de apelación, que el daño no le es imputable, toda vez que su juicio, la atención médica que le brindó al paciente fue oportuna y eficaz, según el cuadro clínico que presentaba. Sin embargo, con



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

fundamento en las pruebas reseñadas-, constituidas principalmente por la historia clínica de la Clínica Tólima y del I.S.S, el testimonio del doctor Vanegas Betancourt y de quienes estuvieron presentes durante el suceso-, la Sala concluye todo lo contrario. Un análisis de la atención médica, permite realizar el siguiente recorrido cronológico:

i) Miguel Antonio Saldaña, llegó en compañía de su hermano, al servicio de urgencias de la Clínica Tolima, alrededor de las **12:00 p.m.**, luego de sufrir una caída de una altura considerable, de entre 10 y 15 metros. Pese a ello, se encontraba consciente y tanto su presión arterial como su pulso eran normales,⁶ las pupilas reaccionaban a la luz y se encontraba consciente. El diagnóstico emitido fue trauma cráneo encefálico. En vista de que estaba afiliado a la A.R.P. del I.S.S., fue remitido a una .I.P.S. de esa institución.

ii) El paciente ingresó a la Clínica Manuel Elkin Patarroyo del I.S.S, **a las 12:30 p.m.-**, es decir, sólo media hora después-, todavía se encontraba en una escala de Glasgow de 7/15, las pupilas seguían reactivas a la luz y respondía al dolor, es decir que aún tenía posibilidades de recuperar su salud.

iii) En el lapso comprendido entre la 1:30 y las 4:10, no recibió atención médica alguna, debido a que el I.S.S. no tenía certeza sobre el estado de afiliación del paciente. Así se colige sin ninguna duda del testimonio del doctor Javier Vanegas, quien señaló que el trámite para efectuarle los exámenes especializados se dilató **“porque estos requerían que ante la institución que los iba a hacer se garantizara que esa entidad pudiera recobrar el procedimiento”**; así como de las declaraciones las señoras Adelina Losada Morales y Blanca Stella Ortiz Barajas. Sobre el particular, esta última manifestó expresamente: **“[...] en ese transcurso el hermano de él entraba y salía porque a él no lo atendían**

⁶ Según registro de la historia clínica, presentaba un a frecuencia cardíaca de 120/75 y un pulso de 75.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

porque estaban esperando que llegara alguien con un papel, por falta de ese papel a él no lo atendían". En el mismo sentido se hizo la respectiva anotación en la historia clínica, a las 3:00, en la que se puso de manifiesto que el hermano del señor Cruz Saldaña, estaba haciendo todo lo posible por obtener la documentación que acreditara que se encontraba afiliado a la A.R.P. del I.S.S. y sólo hasta las 3:30, se autorizó la realización del examen.

iv) Al ser examinado a las 4:10 p.m.-2 y 40 minutos después de la primera atención-, ya se encontraba en mal estado general, con pupilas midriáticas no reactivas a la luz, sin respuesta a estímulos dolorosos y en una escala de Glasgow de 3/15, por lo que se le diagnosticó trauma cráneo encefálico severo y se procedió a intubarlo.

v) A las 4:15 p.m. fue remitido a la Clínica Minerva para realizar el TAC, sin embargo no fue posible debido a que el equipo no se encontraba disponible, circunstancia que pone en evidencia la falta de planeación del I.S.S., al haber trasladado al paciente, sin haber corroborado antes que las condiciones estuvieran dadas para la práctica del procedimiento, perdiendo valiosos minutos en detrimento de su vida e integridad física.

vi) En vista de lo anterior, los galenos del I.S.S. trasladaron al señor Saldaña Cruz a la Clínica Tolima, a donde ingresó a las 4:50 p.m., es decir, 40 minutos después, y le practicaron el TAC, luego de lo cual fue trasladado nuevamente al I.S.S.

vii) El paciente ingresó al I.S.S. a las 5:15 p.m. y presentó dificultad respiratoria, por lo que vieron la necesidad de trasladarlo a una U.C.I.

viii) A las 6:30 p.m., es decir, 1 hora y 15 minutos después, fue remitido de nuevo a la Clínica Tolima, donde fue intervenido quirúrgicamente.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Conforme a lo anterior se infiere que si bien, inicialmente el I.S.S. procedió a examinar al paciente, le suministró líquidos entravenosos y suturó la herida que tenía en el cuero cabelludo, posteriormente, la atención no sólo fue tardía y negligente, sino que además le dio prevalencia a los trámites administrativos sobre la salud del paciente, abandonándolo durante un lapso de 2 horas y 40 minutos, mientras se resolvían las dudas sobre su afiliación. Además adoleció de una clara e inexplicable falta de planeación y coordinación, que trajo como consecuencia la pérdida de valiosas horas, al someter al paciente a continuos e infructuosos traslados y remisiones, al cabo de los cuales su cuadro clínico alcanzó tal gravedad que fue imposible salvar su vida. Al respecto, no se explica la Sala por qué los galenos del I.S.S. no verificaron primero si en la Clínica Minerva, se encontraba el equipo disponible para practicarle el TAC, y en cambio procedieron a trasladarlo sin adoptar las previsiones del caso. Igualmente, llama la atención el hecho de que luego de realizarle ese examen en la Clínica Tolima, lo hayan llevado de nuevo al I.S.S., para percatarse una vez allí que requería de cuidados intensivos y finalmente, llevarlo otra vez a la Clínica Tolima, perdiendo como consecuencia de esa falta de previsión, 1 hora y 15 minutos.

En el anterior orden de ideas, sólo puede concluirse que la atención médica brindada en el I.S.S. no se compadeció con el cuadro clínico que presentaba el paciente-



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

hematomas epidural⁷ y subdural⁸ agudos-, que por sus características exigía rapidez y oportunidad, ya que es de rápida evolución y puede causar la muerte o una lesión cerebral grave si no se trata con prontitud.

⁷ Sobre el hematoma epidural, también conocido como hemorragia extradural ha señalado la literatura médica:

"Es un sangrado entre la parte interior del cráneo y la cubierta externa del cerebro, denominada "duramadre".

[...]

Una hemorragia extradural se presenta cuando hay ruptura de un vaso sanguíneo, generalmente una arteria, que sangra luego en el espacio que queda entre la "duramadre" y el cráneo. Los vasos afectados con frecuencia se rompen por fracturas craneales.

Esto, muy a menudo, es el resultado de un traumatismo craneal grave, como los causados por accidentes de motocicleta o automóvil. Las hemorragias extradurales pueden ser causadas por sangrado venoso (de una vena) en los niños pequeños.

Un sangrado rápido causa una acumulación de sangre (hematoma) que presiona el cerebro, provocando un aumento rápido de la presión dentro de la cabeza (presión intracraneal). Esta presión puede ocasionar una lesión cerebral adicional.

Una hemorragia extradural es una situación de emergencia, ya que puede llevar a daño cerebral permanente y la muerte si no se trata. Asimismo, puede haber un empeoramiento rápido, en cuestión de minutos a horas, desde somnolencia hasta el coma y la muerte. (Negrillas de la Sala)

[...] los síntomas generalmente ocurren en cuestión de minutos a horas después de un traumatismo craneal e indican una situación de emergencia.

[...]

Tratamiento

¡Una hemorragia extradural es una afección de emergencia! Los objetivos del tratamiento se concentran en tomar las medidas suficientes para salvar la vida de la persona, controlar los síntomas y minimizar o prevenir el daño permanente al cerebro. (Negrillas de la Sala)

Se pueden requerir medidas para brindar soporte vital al paciente. Casi siempre se requiere cirugía de urgencia para reducir la presión dentro del cerebro, lo cual puede incluir la perforación de un pequeño agujero en el cráneo para aliviar la presión y permitir el drenaje de la sangre del cerebro.

Los hematomas grandes o coágulos de sangre sólidos pueden requerir su extracción a través de una abertura más grande en el cráneo (craneotomía).



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Ahora bien, no es de recibo el argumento aducido por la demandada, según el cual el señor Miguel Antonio Saldaña tenía pocas posibilidades de recuperarse, pues si

[...]

Expectativas (pronóstico)

Una hemorragia extradural presenta un alto riesgo de muerte sin una intervención quirúrgica oportuna. Sin embargo, aún con la atención médica oportuna, sigue habiendo un riesgo significativo de muerte y discapacidad. (Negrillas de la Sala) – Consultado en la página web <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001412.htm>

⁸ En relación al hematoma subdural ha dicho la literatura médica:

“Es una acumulación de sangre en la superficie del cerebro.

[...]

“Los hematomas subdurales son con mucha frecuencia el resultado de un traumatismo craneal grave. Cuando uno ocurre de esta manera, se le denomina hematoma subdural "agudo". **Los hematomas subdurales agudos están entre los más letales de todos los traumatismos craneales. El sangrado llena el área cerebral rápidamente, comprimiendo el tejido del cerebro. Esto a menudo ocasiona lesión cerebral y puede llevar a la muerte.** (Negrillas de la Sala)

[...]

Tratamiento

¡Un hematoma subdural es una situación de emergencia!

Para reducir la presión dentro del cerebro, se puede requerir una cirugía de emergencia. Esto puede comprender la perforación de un pequeño agujero en el cráneo, el cual permite drenar la sangre y alivia la presión en el cerebro. De igual manera, puede ser necesario extraer los hematomas grandes o los coágulos sólidos de sangre a través de un procedimiento llamado craneotomía, con el cual se crea una abertura más grande en el cráneo.

[...]

Expectativas (pronóstico)

El pronóstico después de un hematoma subdural varía ampliamente dependiendo del tipo y localización del traumatismo craneal, del tamaño de la acumulación de sangre y de la rapidez con la que se realice el tratamiento.

Los hematomas subdurales agudos presentan el mayor reto, con altas tasas de lesión y muerte; mientras que los hematomas subdurales subagudos y crónicos tienen un pronóstico alentador en la mayoría de los casos, con síntomas que desaparecen después del drenaje de la sangre acumulada. Algunas veces se necesita un período de rehabilitación para ayudarle a la persona a volver a su nivel normal de desempeño.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

bien, su cuadro clínico era grave, no puede perderse de vista que cuando ingresó a la I.P.S. del I.S.S., se encontraba en una escala de Glasgow de 7/15, es decir que si hubiera sido atendido con prontitud, se hubiera recuperado. Sin embargo, su condición se agravó en el intervalo de las casi tres horas que permaneció abandonado, mientras la entidad verificaba el estado de su afiliación, por lo que no cabe duda que fue la demora y negligencia de la entidad lo que ocasionó la muerte del paciente.

En este punto se reitera lo expresado por la Sala en sentencia del 30 de julio de 2008⁹:

“En relación con el tema la doctrina ha manifestado:

“El acto médico, cuando es evaluado en su integridad y licitud, debe estar exento de cualquier tipo de omisión que venga a ser caracterizada como inercia, pasividad o descuido. Esa omisión tanto puede ser por abandono de paciente como por restricción de tratamiento o retardo en el encaminamiento necesario.

“Omite el deber de vigilancia el médico que no observa los reclamos de cada circunstancia, concurriendo para la no realización del tratamiento necesario el cambio de medicamento por letra indecifrable y el olvido de ciertos objetos de cirugía. Es omiso el deber de vigilancia el profesional que permanece en sala de reposo, limitándose a prescribir sin ver al paciente, medica por teléfono sin después confirmar el diagnóstico o deja de solicitar los estudios necesarios.

“La forma más común de negligencia es la de abandono del paciente. Una vez establecida la relación contractual médico – paciente, la obligación de continuidad de tratamiento es absoluta, a no ser en situaciones especiales, como por acuerdo mutuo o por motivo de fuerza mayor. El concepto de abandono debe quedar bien claro, como es el caso en que el médico es certificado de que el paciente todavía necesita de asistencia y, aun así, deja de atenderlo.”¹⁰

“Estima la Sala que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre

⁹ Expediente No. 16.483, C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ MEIRELLES Gomes Julio César, De Freitas Drumond José Geraldo y Veloso De Franca Genival. Error Médico. Ed. B de F. Argentina. 2002. pag. 160 a 161.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

todo debe ser oportuna, comoquiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante¹¹.

Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, recientemente esta Sección puntualizó:

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho¹².

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”¹³

¹¹ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

¹² **“La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo.** Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, C.P. Enrique Gil Botero.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

En efecto, en relación con la obligación médica de atender a los pacientes el artículo 7º de la ley 23 de 1981¹⁴, dispuso:

"ARTICULO 7o. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:

- a) Que el caso no corresponda a su especialidad;
- b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
- c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas."

La norma anterior, excusa pues del deber de garante al médico tratante en las situaciones por ella previstas, supuestos de hecho que no fueron acreditados dentro del asunto *sub examine*.

Igualmente, en sentencia del 18 de febrero de 2010¹⁵, la Sala se pronunció sobre un caso similar al *sub lite*, en el que un paciente fue sometido a dispendiosos trámites por parte de su E.P.S., con el fin de obtener la autorización para su traslado a otro centro hospitalario donde le pudieran prestar todos los servicios médicos que requería, originando una dilación injustificada que finalmente ocasionó su muerte. En esa oportunidad, señaló:

2.3. Ahora bien, de los testimonios que obran en el proceso, se tiene por constatado que los familiares, amigos e inclusive el jefe del occiso se vieron compelidos a acudir ante la Caja Nacional de Previsión para solicitar se tramitaran y agilizaran las órdenes de traslado del paciente de un centro hospitalario a otro, con la finalidad de que se le brindaran los diversos servicios que llegó a requerir, tales como el ser internado en una unidad de cuidados intensivos o la necesidad de un respirador artificial.

Esa dilación injustificada en la prestación del servicio hospitalario, a diferencia de lo precisado por el *a quo*, supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de

¹⁴ Manual de Ética Médica.

¹⁵ Expediente 18.524, C.P. Enrique Gil Botero



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas.

Sobre el particular, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

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

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

“-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente¹⁶ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”¹⁷

“De conformidad con lo anterior cabe afirmar que el señor Cano Arango tenía derecho a recibir un tratamiento completo, eficiente y necesario para su restablecimiento, sin que sea dable afirmar que la circunstancia de que hubiese estado hospitalizado, que se le hubieran practicado alguno de los exámenes ordenados y que se le hubieran suministrado medicamentos, resultaban suficientes para considerar cumplidas las obligaciones que estaban a cargo del ISS, porque, se reitera, se omitieron las valoraciones y procedimientos que fueron recomendados por profesionales de la misma entidad; a la vez que se dilató, sin justa causa probada, la realización de los tratamientos e intervenciones que, según los especialistas de la misma entidad, eran necesarios para lograr la mengua de sus dolores y su recuperación.

¹⁶ En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁷ Sentencia T- 1059 de 2006(MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: sentencia T- 062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T- 730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T- 536 de 2007 (MP Humberto Antonio Cierro Porto), T- 421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla)



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

"Respecto de este elemento del derecho a la salud, dijo la Corte Constitucional:

*"En la medida en que las personas tienen derecho a que se les garantice el tratamiento de salud que requieran, integralmente, en especial si se trata de una enfermedad 'catastrófica' o si están comprometidas la vida o la integridad personal, las entidades territoriales no pueden dividir y fraccionar los servicios de salud requeridos por las personas."*¹⁸

"-Debe ser oportuno:

*"La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho a acceder a los servicios de salud, libre de obstáculos burocráticos y administrativos. Así, por ejemplo, cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una administración diligente, una EPS demora un tratamiento médico al cual la persona tiene derecho, viola el derecho a la salud de ésta."*¹⁹ Los trámites burocráticos y administrativos que demoran irrazonablemente el acceso a un servicio de salud al que tienen derecho, y respetan el derecho de salud de las personas."

"Con fundamento en el Decreto 1703 de 2002, cuyo artículo 40 prevé que "los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente", la Corte Constitucional precisó que **"se irrespeta el derecho de salud de los pacientes cuando se les niega el acceso a un servicio por no haber realizado un trámite interno que corresponde a la propia entidad, como por ejemplo, la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico"**²⁰

"En el caso concreto está claramente demostrado que el ISS se tomó casi un mes para remitir la historia clínica del paciente a su Staff de Cardiología, con el objeto de que éste analizara el caso, hiciera un diagnóstico y formulara un tratamiento. Luego del esperado concepto del Staff, el ISS se tomó un mes más para oficiar a la entidad que habría de realizar el procedimiento dispuesto, sin justificación alguna para tanta dilación. Todos éstos trámites se surtieron lentamente, mientras el paciente soportaba los dolores propios de su enfermedad y el aislamiento derivado de su hospitalización.

¹⁸ Sentencia T- 760 del 31 de julio de 2008.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T- 635 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) La accionante, quién padecía una enfermedad catastrófica, no había podido acceder al servicio de salud ordenado por su médico tratante. No se impartió orden alguna por ser un hecho superado, esa sentencia ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T- 614 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T- 881 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T- 1111 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 258 de 2004 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T- 566 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa)

²⁰ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en otras ocasiones, entre ellas en la sentencia T- 1016 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis)



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

"(...)"²¹ (cursivas y subrayado del original – negrillas adicionales).

[...]

"En efecto, las demás pruebas aportadas al proceso son indicativas –por ser congruentes y convergentes– de que la experticia no se acompasa con la realidad, ya que el paciente tuvo que soportar una dilación injustificada en la atención médica, lo que se ha denominado macabramente como el "paseo de la muerte", al grado tal de tener la familia y los compañeros de trabajo suplicar a las autoridades administrativas de la entidad la expedición de las órdenes de atención y de traslado requeridas de manera urgente por el paciente.

"En efecto, la salud es un servicio público esencial y un derecho de carácter fundamental prestacional, en principio a cargo del Estado y, por ende, desde el modelo social de derecho que permea nuestro ordenamiento, todas las decisiones políticas o administrativas –al margen del escenario público en que sean proferidas y de los instrumentos jurídicos en que estén contenidas– tendientes a limitar o restringir el acceso de los ciudadanos al efectivo suministro del servicio de salud devienen inconstitucionales y, en consecuencia, en tanto medie un daño antijurídico, imputables en cabeza de la organización pública."

Por demás, no sólo el médico, sino también la I.P.S. asume una posición de garante frente al enfermo que acude a la misma esperando recibir un tratamiento oportuno para su patología, máxime cuando se trata de una situación de urgencia, como la que sobrevino en el caso *sub judice*. Es por esta razón que las I.P.S. no pueden excusar la deficiente y tardía prestación del servicio en la realización de trámites de orden administrativo, pues la recuperación de la salud del paciente debe ser el fin último de su existencia y el mismo no puede verse entorpecida, dilatada y obstaculizada por la exigencia de documentos o requisitos que no son indispensables para llevar a cabo las labores de diagnóstico y tratamiento y que sólo constituyen obstáculos para el acceso al servicio de salud.

La doctrina ha hecho énfasis en la importancia que reviste el hecho de que las entidades e instituciones prestadoras de salud dispongan de todos los recursos para

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 35656, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

brindar una atención oportuna y evitar el advenimiento de eventos adversos y con ellos la causación de daños:

“La suficiencia de los medios disponibles se traduce en la necesidad del cumplimiento de unos indicadores de calidad, los cuales están encaminados a beneficiar a tres actores del servicio de salud: 1. Los usuarios, quienes reciben una atención integral de acuerdo con su dignidad humana; 2. Los profesionales de la salud, porque hace viable que el ejercicio de su actividad obedezca estrictamente a la ética y a la *lex artis*, asegurando una mejor defensa en procesos de responsabilidad, y 3. Las EPS o IPS, dado que son quienes tienen que asegurar niveles de atención óptimos, que al ser alcanzados impiden condenas patrimoniales. Por consiguiente, un servicio de salud que tenga como características ineludibles la intervención oportuna, personalizada, diferenciada y continua, depende en todo momento de la correcta conformación de tres componentes que están en continua interacción: la estructura compuesta por los recursos humanos, financieros, físicos y tecnológicos; los procesos implementados, que constituyen el objeto obligacional mismo de la relación jurídica establecida entre médico y paciente, y los resultados obtenidos, o lo que es igual, la determinación de los cambios generados en la salud luego de acudir al operador.

“Como puede observarse, de un correcto ejercicio de la competencia de la Administración depende en gran medida la prevención de daños futuros a los usuarios del servicio [...]”²²

La Corte Constitucional desde sus comienzos se ha pronunciado con vehemencia sobre este tema en particular, para sostener:

“[...] Los pacientes que están sometidos a riesgo no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico por razón de los trámites internos adelantados entre las entidades de salud. Estos procedimientos burocráticos deben ser ajenos a la prestación misma del servicio y, por tanto, no deben afectar la protección ofrecida por el Estado en esta materia. (Cfr. T-428 de 1998). Además, ha dicho la jurisprudencia, quien presta un servicio de salud no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad. (Cfr. T-428 de 1998, T-030 de 1994, T-059 de 1997 y T-088 de 1998).”²³

²² Gil, E. (2012). La responsabilidad médica derivada de los actos administrativos en el sector salud. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 73-74.

²³ Sentencia T-701 de 1998.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

De otro lado, tampoco puede escudarse la demandada en el hecho de que el paciente no hubiera sido debidamente atendido en la Clínica Tolima, pues si bien, es cierto, esa I.P.S. tenía el deber de prestarle la atención médica y en su lugar lo remitió al I.S.S., la Sala insiste en que al llegar a la Clínica Manuel Elkin Patarroyo, Miguel Antonio Saldaña se encontraba en una escala de Glasgow de 7/15. Por demás, la Clínica Tolima no fue demandada y en caso de que ésta hubiera tenido alguna responsabilidad en la producción del daño, recuérdese que el artículo 2344²⁴ del Código Civil, consagra la responsabilidad solidaria entre los causantes del daño.

En conclusión, como corolario de lo expuesto, se tiene que fue la conducta negligente e insensible del I.S.S., al abandonar al paciente, dándole prioridad a los trámites administrativos, lo que ocasionó la muerte de Miguel Antonio Saldaña Cruz y en consecuencia se confirmará la sentencia en ese sentido.

Finalmente, la Sala concuerda con el *a quo*, en cuanto exoneró de responsabilidad a la señora Carmen Laserna Phillips, comoquiera que el objeto de la *litis* en el caso *sub examine* sólo se circunscribía a determinar lo concerniente a la responsabilidad por la prestación del servicio médico y no a la posible responsabilidad que pudiere atribuírsele a la demandada en su calidad de empleadora del señor Saldaña Cruz. Al respecto, obsérvese que si bien, la demanda también se dirigió Carmen Laserna, en los hechos sólo la mencionan para señalar que la víctima laboraba a sus servicios, pero todas las afirmaciones sobre la imputación se dirigieron únicamente a cuestionar la atención médica brindada por el I.S.S.

²⁴ **ARTICULO 2344. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.** Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

5. De los perjuicios.

Señalan los demandantes como motivo de inconformidad, que debieron reconocerse perjuicios morales para los hermanos mayores de la víctima, Álvaro y Adriana Saldaña Cruz y también para el señor Alberto Bautista Sánchez, quien fuere su padre de crianza.

Ahora bien, con el fin de unificar los parámetros bajo los cuales debía tasarse esta clase de perjuicio y en aras de garantizar el derecho a la igualdad, la Sección, en sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, estableció una serie de reglas que deben tenerse en cuenta y fijó los montos a indemnizar, según el supuesto de hecho que dio origen al daño, distinguiéndose si se trataba de un evento de muerte²⁵, lesiones físicas o psíquicas²⁶, privación injusta de la libertad²⁷ o graves violaciones de derechos humanos²⁸, evento en el que es posible reconocer un monto superior al establecido por la jurisprudencia, cuando se demuestre que el daño moral reviste mayor intensidad y gravedad y siempre y cuando el monto total de la indemnización no supere el triple de los montos indemnizatorios señalados para los demás supuestos. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. Además, como característica *sui generis* en el marco de graves violaciones a los derechos humanos, también se permite mutar la categoría o nivel en la que se encuentra el demandante, según las pruebas y la gravedad de la violación.²⁹

²⁵ Expedientes Nos. 26.251, C.P. Jaime Orlando Santofimio y 27.709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁶ Expediente No.31.172, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

²⁷ Expediente No. 26.149, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

²⁸ Expediente No. 32.988, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

²⁹ Como se realizó en la sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, en la que al tasar el *quantum* del perjuicio moral, se indicó en relación a los demandantes:

“Tal como se precisó en el acápite 8.1 de esta sentencia, a los actores Raúl Antonio Montoya Ramírez y María Gislena Ramírez Ramírez, se les reconoce su condición de damnificados, pues según las pruebas se encontraban unidos por estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con Heliodoro (fallecido) y José Elías Zapata Montoya (desaparecido), por lo cual los graves hechos que se perpetraron en contra de ellos, les produjeron una gran congoja y sufrimiento. **Por lo anterior, se**



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Sin embargo, es regla común a todos los supuestos, la división de los demandantes en cinco categorías o grupos, de acuerdo con su cercanía a la víctima directa, así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos).

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados).

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además de la prueba del parentesco, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá acreditarse la relación afectiva.

Ahora bien, para los eventos en los que el daño se traduce en la muerte, se establecieron los siguientes montos: nivel 1, le corresponde el 100% del tope

justifica ubicarlos no en el nivel n.º 5 que comprende a los terceros damnificados, sino en el nivel n.º 2, "donde se ubica la relación afectiva propia del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)" de que trata la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014²⁹" (Negrillas de la Sala)



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

indemnizatorio, es decir, 100 SMLMV; nivel 2, le corresponde el 50% del tope indemnizatorio, o sea, 50 SMLMV; nivel 3, le corresponde el 35% del tope indemnizatorio, esto es, 35 SMLMV; nivel 4, le corresponde el 25% del tope indemnizatorio, es decir, 25 SMLMV; y nivel 5, le corresponde el 15% del tope indemnizatorio, o sea, 15 SMLMV.

Volviendo al caso *sub judice*, se tiene que conforme a los registros civiles de nacimiento que obran a folios 7, 10 y 11 está demostrado que los señores: Adriana Saldaña Cruz y Álvaro Saldaña Cruz, eran hermanos de la víctima, por lo que establecido el parentesco con los registros civiles, se da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir³⁰ que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, de acuerdo con los parámetros explicados, se reconocerá a favor de los señores Adriana Saldaña Cruz y Álvaro Saldaña Cruz, el equivalente de 50 SMLMV para cada uno de ellos.

³⁰ Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: "La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la *experiencia* y la *ciencia*. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conoce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. **La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...**" (Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pag 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002) (negrilla de la Sala)



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

En relación al señor Alberto Bautista Sánchez, se advierte que no se demostró la calidad invocada en la demanda, toda vez que, si bien, los testigos que declararon en primera instancia, señalaron que el padre de Miguel Antonio no convivía con él y que tanto él como su madre vivían bajo el mismo techo con alguien llamado Alberto, quien al parecer era su padrastro, no entraron en mayores detalles sobre la relación que existía entre éste y la víctima, por lo que es imposible concluir que era su padre de crianza y los unían lazos de afecto y solidaridad, como se aseveró en el libelo. Por lo tanto, se confirmará la providencia impugnada en este aspecto.

5.2. Perjuicios materiales. Aducen los demandantes, que al realizar el cálculo de la indemnización por lucro cesante, para la señora Luz Mary Cruz de Saldaña, debió tenerse como parámetro temporal la esperanza de vida de la demandante y no la fecha en que Miguel Antonio Saldaña hubiera cumplido 25 años. Igualmente, señalaron que debió incrementársele al ingreso base de liquidación, el 25% correspondiente a las prestaciones sociales.

En relación al primer aspecto, se advierte que no le asiste la razón a los impugnantes, toda vez que de acuerdo con los parámetros de esta Corporación, que han sido aceptados y reiterados, cuando la indemnización de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, es solicitada por los padres de la víctima, por regla general sólo se extiende hasta la fecha en que ésta hubiere cumplido los 25 años, pues se presume que a partir de esa edad una persona forma su vida independiente, y excepcionalmente se prolongará hasta la vida probable del padre, en aquellos eventos en que se demuestre que dependía única y exclusivamente del hijo fallecido o que aún después de cumplir los 25 años, continuaba contribuyendo al sostenimiento económico del hogar paterno.³¹

³¹ Al respecto pueden consultarse entre otros, los procesos 19.205, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 16.761, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y 13.090, M.P. María Elena Giraldo Gómez.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Sin embargo, le asiste la razón a los impugnantes, cuando manifiestan que debió incrementársele al I.B.L., el 25% correspondiente a las prestaciones sociales, por lo que se procederá a hacer nuevamente el cálculo del lucro cesante reconocido a favor de Luz Mary Cruz de Saldaña, aumentando el porcentaje señalado.

En este orden de ideas, se tiene que el salario base de liquidación será el mínimo legal mensual vigente, que actualmente asciende a 616.000, que incrementado en un 25% correspondiente a prestaciones sociales, arroja un resultado de \$770.000. A esta suma debe restársele el 25%, que corresponde a la porción del ingreso que cada una de las víctimas, destinaba para sus gastos personales, arrojando un total de \$577.500, que será finalmente el salario base de liquidación.

En consecuencia, se reconocerá en favor de Luz Mary Cruz de Saldaña un único período consolidado o vencido, que se calcula desde la fecha en que ocurrieron los hechos (23 de agosto de 1999), hasta aquella en que Miguel Antonio Saldaña habría cumplido los 25 años (1 de julio de 2004)³², de acuerdo con la presunción según la cual, los hijos suministran ayuda económica a sus padres hasta esa edad, para un total de 25,14 meses.

Debida o consolidada:

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$577.500 \frac{(1+0.004867)^{58,8} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 39.204.940,26}$$

³² Según registro civil de nacimiento que obra a folio 7 del cdno. 2, Dennis José Ruiz nació el 1 de julio de 1979.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

No se actualizará el resultado, toda vez que el cálculo se realizó con fundamento en el salario mínimo actual. En consecuencia, el monto total a reconocer, por concepto de lucro cesante a favor de Luz Mary Cruz de Saldaña, es de treinta y nueve millones doscientos cuatro mil novecientos cuarenta pesos con veintiséis centavos (\$39.204.940,26).

Ahora bien, la condena impuesta será asumida solidariamente por el ISS en liquidación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 financiera³³; 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*”³⁴. 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 LAROQUE³⁵ 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. 7º del Decreto 1050 de 1968 denomina como control o tutela gubernamental al conjunto de instrumentos y medidas que respecto de las

³³ 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).

³⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano, décima edición, Bogotá, Temis, 1998, p. 51.

³⁵ “La tutelle administrative”, París, 1930, p.10.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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”³⁶.

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.”³⁷

“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 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.”³⁸

“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),

³⁶ TAFUR Galvis, Álvaro Las entidades descentralizadas, Tercera edición, Montoya y Araujo Ltda., Bogotá, 1984, p. 269

³⁷ 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.

³⁸ LABAUDERE, André Traité de droit administratif, 6^e. éd. París, Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, 1973, p.88 ; SPYRIDON FLOGAITIS, La notion de descentralization en France, en Allemagne et en Italié, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1979, ps. 13 a 20.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

media (sujeción sólo a control de legalidad y titulares orgánicos no designados libremente) y plena (control de legalidad y elección representativa de las autoridades)³⁹.⁴⁰

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...”⁴¹

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

³⁹ GARCÍA Trevijano, José Antonio Tratado de derecho administrativo, t.II, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1968, p. 430.

⁴⁰ TAFUR, Álvaro ob. cit., p. 25 y 26.

⁴¹ VIDAL Perdomo, Jaime Derecho Administrativo, octava edición, Bogotá, Temis, 1985, p. 64 y 65.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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..."⁴².

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 servicios⁴³.

⁴² Ibídem, p. 117.

⁴³ "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;
- 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;**

"(...)" (Negrillas adicionales).



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 ejercicio 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 indicar el grado de relación - vinculación o adscripción- existente entre cierta entidad o determinado organismo y el



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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).”⁴⁴

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

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 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.”⁴⁵

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

⁴⁵ 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 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



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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."⁴⁶

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

⁴⁶ Cita extraída de: "Estudio Sobre la Constitución Española", Editorial Civitas S.A., Madrid 1991, Tomo III, pág. 2824



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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)⁴⁷ –plan de ordenamiento territorial de esa época– se dispuso lo siguiente: i) la reconfiguración 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

⁴⁷ 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 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).



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 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



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.”

“Artículo 2º. 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 abierta⁴⁸.

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 Humanos⁴⁹, en concordancia con las sentencias habilitantes proferidas

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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 26⁴⁹ y 27⁴⁹ 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



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

en materia de control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰, **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**

convencionalidad⁴⁹, 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.”

⁵⁰ 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 Rasero 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 Ríffo 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 de 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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.

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 Constitución⁵¹) y, más aun, supra-nacional (en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵² y los demás instrumentos de protección de Derechos Humanos suscritos por el Estado⁵³);

⁵¹ 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.

⁵² 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 valederas 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.

⁵³ 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,



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

también en razón a la **ii)** motivación jurídica que se lleva a cabo⁵⁴ así como **iii)** los tipos de medidas de reparación⁵⁵ (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

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.

⁵⁴ "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 causalismo⁵⁴, e incorporarse dentro de las técnicas garantísticas de la imputación objetiva⁵⁴. 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 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)⁵⁴, 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.

⁵⁵ 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)



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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, constitucionalmente⁵⁶, se rotula al colombiano.

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 Social⁵⁷ y de acuerdo a los Decretos 2115 de 2013 y 652 de 2014 se ha venido prorrogando el plazo inicial de

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Publicado en el Diario Oficial No. 48567 de la mencionada fecha.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

liquidación, extendiéndose hasta el 31 de diciembre de 2014⁵⁸; 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 EPS⁵⁹.

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 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 dimanen 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 ajuste⁶⁰ 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 ilusorios⁶¹. **Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para**

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

decidir con imparcialidad⁶² 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 decisión⁶³.⁶⁴ (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.”⁶⁵⁻⁶⁶.

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 Convención⁶⁷), considerando el valor jurídico de los derechos de las víctimas (como

⁶² cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 7, párr. 115.

⁶³ cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 10, párr. 93.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras c. Colombia. Fallo de 6 de diciembre de 2001. Párr. 58. Criterio reiterado en la 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).

⁶⁵ 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 éstas⁶⁵. 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.”

⁶⁶ 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).

⁶⁷ 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.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 Convención⁶⁸), 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.

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 víctimas⁶⁹.

⁶⁸ 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 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."

⁶⁹ 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



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 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.

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 <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement> web: (consultado el 9 de septiembre de 2014).



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 humanos⁷⁰.

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 un comportamiento censurable y contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto que atenta contra los derechos prevalentes de las víctimas del daño antijurídico⁷¹.

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.

⁷⁰ “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.

⁷¹ “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.” Ibídem, pág. 430.



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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 3 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará así:

Confírmense los numerales 1º y 2º de la sentencia del 3 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Modifíquense los numerales 3º y 4º de la sentencia impugnada, los cuales quedarán así:



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

"3. DECLÁRESE patrimonialmente responsable al Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S. en liquidación-, de los perjuicios materiales y morales ocasionados a LUZ MARY CRUZ SALDAÑA, LADY MARCELA SALDAÑA CRUZ Y CAROL GUSELL BAUTISTA CRUZ; CARMELINA MONDRAGÓN DE CRUZ; ABELARDO CRUZ JARAMILLO y ALBERTO BAUTISTA SÁNCHEZ, ocasionada por falla en la prestación del servicio médico que le ocasionó la muerte a MIGUEL ANTONIO SALDAÑA CRUZ, el día 23 de agosto de 1999.

"4. Consecuencialmente se condena al Instituto de los Seguros Sociales – I.S.S. en liquidación- a pagarle a los actores, lo siguiente:

"a) Por perjuicios materiales a favor de LUZ MARY CRUZ SALDAÑA la suma de de treinta y nueve millones doscientos cuatro mil novecientos cuarenta pesos con veintiséis centavos (\$39.204.940,26).

"b) Por perjuicios morales:

"Para la madre LUZ MARY CRUZ DE SALDAÑA, 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"Para los hermanos, KAROL GISETH Y LADY MARCELA, 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada una.

"Para los abuelos CARMELINA MONDRAGÓN DE CRUZ Y ABELARDO CRUZ JARAMILLO, 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno.

"Para Adriana Cruz Saldaña y Álvaro Cruz Saldaña, el equivalente en pesos de cincuenta (50) SMLMV, para cada uno."

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



25.909

Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

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



25.909
Luz Mary Cruz de Saldaña y otros

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ