



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN B**

Magistrado Ponente: HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN

Bogotá D.C, Cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 25000-23-26000-2006-00395-02
Actor: FABIO LEÓN
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y OTROS
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Instancia: SEGUNDA
Sistema: ESCRITURAL

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte accionada contra la sentencia de siete (07) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado 66 Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, y se declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA

El escrito de la demanda fue presentado ante el Tribunal Administrativo de Santander, el 17 de enero de 2006 (f. 16 C.1). Sin embargo, con la creación de los Juzgados Administrativos mediante Acuerdo No. PSAA06-3345 del 13 de marzo de 2006, fue repartido el 24 de agosto de 2006 al Juzgado Administrativo 33 del Circuito Judicial de Bogotá (fol. 64-65 c.1).

1.1. De las pretensiones

1. Que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto de Seguros Sociales, es administrativamente

responsable por los perjuicios materiales y morales causados al señor FABIO LEÓN, por falla en la prestación del servicio de salud por parte del Instituto de Seguros Sociales, que ocasionó la pérdida total del ojo izquierdo de FABIO LEÓN, por negligencia al prestarle los servicios pos – operatorios de retirarle la silicona implantada en la operación realizada el 7 de mayo de 2003, en la clínica de ojos, y que pese a haber realizado todas las acciones pertinentes no fue posible lograr la intervención en tiempo, por ende, el ISS le causó un grave perjuicio tanto moral como económico por la pérdida de la visión total por cuanto solo contaba con el único ojo que la servía como medio para obtener los ingresos para esta familia y soporte moral para su esposa e hijos.

2. Condenar a la Nación Colombiana – Ministerio de Salud y Protección Social – Instituto de Seguros Sociales, como reparación del daño ocasionado, a pagar al demandante FABIO LEÓN, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, que inicialmente tasamos en la suma de CIENTO NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS, MONEDA CORRIENTE (\$190.800.000,00) o conforme a lo que resulte probado y avaluado en el proceso.
3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. reajustándola en su valor (indexación) desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso, tomando como base para la liquidación la variación del índice de precios al consumidor.
4. La parte dará cumplimiento a la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.
5. Que se condene en costas y agencias en derecho y demás gastos del proceso.

1.2. De los hechos

El fundamento fáctico de la demanda (fol. 5-7 C.1) es el que a continuación se sintetiza.

Fabio León se vinculó al ISS como afiliado cotizante como riesgos y salud el 19 de mayo de 2002, permaneciendo afiliado hasta diciembre de 2005.

Entre enero y mayo de 2003 Fabio León solicitó cita con el médico oftalmólogo debido a una dolencia en su ojo izquierdo, por lo que posteriormente se le diagnosticó desprendimiento de retina ordenándose cirugía en la Clínica de los ojos.

El 7 de mayo de 2013 se adelantó la cirugía en el ojo de Fabio León, en la que se realizó un implante con aceite de silicona que afirma tenía como post operatorio un

tratamiento consistente que debía ser retirado en los próximos cuatro meses de la intervención quirúrgica.

Comenta que el accionante inició los trámites correspondientes para el retiro del aceite de silicona, sin obtener resultado alguno, pues el ISS no la autorizó pese a los constantes requerimientos y peticiones del demandante; y fue sólo hasta el 13 de julio de 2004 que se remitió la autorización a la Clínica del ISS San Pedro Claver, donde pese a la autorización también lo dejaron en espera.

Por lo anterior, el 5 de agosto de 2004 presentó tutela contra el ISS la cual fue resulta favorablemente el 23 de agosto del mismo año, ordenando al ISS y a la Clínica San Pedro Claver proceder de inmediato frente a la prestación médica necesaria que incluía la intervención quirúrgica para el retiro de la silicona.

Finalmente, el 2 de octubre de 2014, es decir 17 meses después se realizó la intervención quirúrgica de retiro de silicón a Fabio León, sin embargo, afirma debido al retiro tardío del silicón perdió completamente la vista.

1.3. De los argumentos de la parte actora

Considera que el daño padecido por los demandante se debe a la negligencia y descuido del personal médico, ya que Fabio León se vio abocado a la pérdida total de la visión por la no prestación del servicio médico a tiempo, llevándolo a la ceguera total, pese a sus 52 años de edad.

Presenta como normas violadas los artículos 6, 44, 48,78, y 90 de la Constitución Nacional y 86 del Código Contencioso Administrativo.

2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Instituto de Seguro Social

Por intermedio de apoderado solicita sean desechadas las pretensiones de la demanda, argumentado que dentro del proceso no existe falla en la prestación del servicio médico brindado al actor, y que no se puede dejar de lado que las actividades médicas son medio y no de resultado, y en casos como el presente tienen gran incidencia las condiciones generales de salud del paciente, su

receptación al procedimiento, máxime cuando se trata de un paciente con antecedentes de diabetes y que con anterioridad había presentado ceguera del ojo derecho.

Por último, propone las excepciones de inexistencia de causa, inexistencia de obligación, enriquecimiento sin causa, prescripción, caducidad, y falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2. Ministerio de Protección Social

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que el sujeto de obligaciones es el ISS, quien dentro de su autonomía administrativa responde por los daños y perjuicios que ocasione como consecuencia de la prestación u omisión de los servicios que le han sido asignados.

Propone como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida que no corresponde al Ministerio de Protección Social la prestación de servicios médicos.

3. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 07 de noviembre de 2019, el Juez 66 Administrativo de Oralidad del Distrito Judicial de Bogotá – Sección Tercera (ff. 6-24 C.2) resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de la Salud y Protección Social, y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

Luego del análisis del material probatorio historia clínica y testimonios recepcionados en proceso, se encuentra acreditado la afectación de la salud de Fabio León, correspondiente la pérdida de la visión del ojo izquierdo.

En cuanto al título de imputación refiere que la parte actora aduce que la atención médica prestada por el ISS fue deficiente, ya que no se ordenó la hospitalización e intervención quirúrgica oportuna para la extracción del aceite de silicón del ojo izquierdo, hecho que considera configura falla del servicio médico, pues se le hizo perder la oportunidad de recuperar la salud, al haberse tardado más de 16 meses

desde la intervención de desprendimiento de retina hasta la nueva intervención, lo que conllevó la pérdida de la visión.

Considera el a quo que del material probatorio arrojado al proceso se evidencia diferentes actuaciones que demuestran la negligencia en la atención médica prestada al paciente que evitaron que recibiera la atención médica que requería dado su estado de salud y conllevaron nefastas consecuencias a su integridad. En otras palabras, señala que si bien no se negó la prestación del servicio público de salud, toda vez que acudió de forma permanente y continúa a consultas oftalmológicas, no se realizó un diagnóstico adecuado, y tan solo hasta la consulta del 13 de abril de 2004, se determina la necesidad de retirar el aceite de silicón, y dada la gravedad en la salud de Fabio León tan solo cinco meses y 21 días después se le practica la cirugía con los resultados conocidos, que es la pérdida total de la visión por el ojo izquierdo, por lo cual quedó invidente dado la ceguera anterior en su ojo derecho.

De otra parte, advierte el juez de primera instancia que dentro del proceso no se encontró consentimiento informado para la realización del procedimiento, situación que constituye una falla en el servicio médico, que debe ser indemnizado por el Estado, pero aún si se estableciera lo contrario, no habría lugar a exoneración por parte de la administración, pues la atención brindada al paciente no fue la correcta, razón por la cual declaró la responsabilidad del ISS Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en liquidación, por el daño antijurídico sufrido en la salud de Fabio León, en consecuencia condenó al pago de perjuicios.

La parte resolutive de la sentencia es la siguiente:

PRIMERA: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

SEGUNDO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN) por los daños causados en la salud al señor ABIO LEÓN, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERA: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN) al pago de sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales al señor FABIO LEÓN.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: No ha condena en costas, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: A costo de la parte interesada, EXPÍDANSE las copias que sean solicitadas.

SÉTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría ARCHÍVESE el expediente.

4. DEL TRÁMITE PROCESAL

La sentencia fue notificada por anotación de estado el 12 de noviembre de 2019 (f. 24vto). El apoderado de la parte demandada presentó oportunamente recurso de apelación el 20 de noviembre de 2019 (ff. 25 - 26 C2), y se concedió la alzada (f. 28 C.2).

El proceso fue remitido para el trámite ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, siendo asignado al Despacho del Magistrado Sustanciador; en Auto de 07 de octubre de 2020 se admitió por auto electrónico el recurso de apelación interpuesto, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y procede la Sala a dictar el fallo que en derecho corresponde.

5. DEL ESCRITO DE APELACIÓN

El disenso de la parte actora con el fallo de Primera Instancia radica en los siguientes puntos:

No es pertinente señalar como responsable al patrimonio autónomo de remanentes del extinto ISS liquidado, toda vez que bajo Decreto 2013 de 2012 modificado por los Decretos 2115 de 2013, 652 de 2014 y 2714 de 2014, y a partir del 31 de marzo de 2015 se suscribió el acta final del proceso liquidatorio del ISS y por ende, se declaró la terminación de la existencia y representación legal del ISS.

Explicó además que la notificada en el proceso corresponde a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., actuando únicamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes constituido mediante contrato Fiducia Mercantil No. 015 del 31 de marzo de 2015, entre la Fiduciaria Fiduagraria S.A. y el apoderado general de Fiduprevisora S.A.

quien actuaba en calidad de liquidador del extinto ISS hoy liquidado como Fideicomitente.

Afirma que con la escisión del ISS, el Gobierno Nacional dispuso en el artículo 7° del Decreto 1750 de 2003 la entrega patrimonial a las Empresas Sociales del Estado, en cuanto la dirección y administración de las mismas, el encargo corresponde su Junta Directiva y Gerente General, entendiéndose que sobre ellos recae la responsabilidad sobre la prestación del servicio y las demás obligaciones que emanen del mismo, por lo que no existe vinculación alguna al ISS máxime cuando ya no era prestador del servicio de salud para la época de los hechos.

Finalmente, señaló que la Resolución No. 028 de 2007 la Superintendencia Nacional de Salud, revocó el certificado de funcionamiento del ISS como EPS, por lo cual y conforme con el contrato de Fiducia Mercantil No. 015 de 2015, suscrito entre el liquidador fideicomitente del extinto ISS y Fiduagraria S.A., no se determinó cumplimiento alguno en relación con el pago por condenas relacionadas con la operación del sistema de salud, pues según dicha resolución su funcionalidad como EPS dejó de existir desde el 27 de marzo de 2007, y calificar y graduar las reclamaciones propias en este proceso, como consecuencia de la liquidación del ISS, no se encontraba dentro de su objeto misional tales obligaciones, ya que al terminar jurídicamente la entidad sólo tenía a cargo la Administradora Pensional.

Por lo anterior, solicita absolver al patrimonio autónomo del ISS de las pretensiones incoadas.

2. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. De la parte accionante

No presentó alegatos de conclusión.

2.2. Ministerio de Protección Social

Solicita se confirme la sentencia apelada, en el sentido que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva el Ministerio de Salud y Protección Social.

2.3. PAR ISS En liquidación

Guardó silencio.

2.4. Del concepto del Ministerio Público

No rindió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

1. DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. De la jurisdicción y competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo¹ consagra el criterio orgánico para establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer de los litigios de las entidades públicas, por lo que basta verificar que la naturaleza de una de las partes sea pública, como es la Nación Ministerio de Protección Social y el ISS para que se trámite la controversia ante esta jurisdicción.

Este Tribunal es competente para conocer el presente asunto de acuerdo al artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, numeral 1º, que dispone que los tribunales administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

1.2. De la caducidad de la acción

En tratándose de la acción de reparación directa, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, dispone:

¹ Código Contencioso Administrativo, artículo 82

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

“8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.”

En el caso concreto, se tiene que Fabio León luego de una intervención quirúrgica le sobrevino una ceguera del ojo izquierdo, la cual fue practicada el 02 de octubre de 2004, por lo que la parte actora contaba hasta el 03 de octubre de 2006 para presentar la demanda, y al radicarse el 17 de enero de 2006 (fol. 16 c.1) se hizo dentro de tiempo.

1.3. De la legitimación en la causa por activa

Fabio León se encuentran debidamente legitimados para actuar en el proceso, por cuanto con la historia clínica da cuenta de las atenciones médicas y la afectación en el ojo izquierdo, de lo cual se presume su interés para acudir al proceso; y además, confirieron poder en debida forma (fol. 1 c.1).

1.4. De la legitimación en la causa por pasiva

La parte demandada la constituye el Instituto Seguros Sociales liquidado quien se encuentra llamada a responder por el daño causado al actor, con ocasión de la prestación del servicio médico brindado, fue notificada de la demanda, dio contestación, y en general ha participado en todas las instancias procesales, se encuentra legitimada por pasiva en el proceso.

En igual sentido el Ministerio de Salud y Protección Social es un organismo del sector central de la administración pública nacional, pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, fue notificada de la demanda, dio contestación, y en general ha participado en todas las instancias procesales.

2. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Se hace relación de las pruebas que obran en el expediente, cuyo análisis se hará en el acápite que sigue:

- Copia del formulario de afiliación e inscripción de la EPS ISS (fol. 1 c.p.)

- Copia del formulario de autoliquidación mensual de aportes al ISS (fol. 2-3 c.p.)
- Copia de la historia clínica de Fabio León expedida por el ISS (Fol. 4-39 cd c.p., 118-133 cd.).
- Copia del derecho de petición presentado ante la presidencia del ISS de fecha 16 de junio de 2004 (fol. 11 cd pruebas)
- Copia de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de fecha 23 de agosto de 2004 (fol. 16-32 c.p.)
- Copia de la autorización No. AB 13175 del 17 de agosto de 2004 a nombre de Fabio León, dirigida a la Clínica San Pedro Claver (fol. 33 c.p.)
- Registro de atención en la Clínica San Pedro Claver Luis Carlos Galán Sarmiento ESE (fol. 34 -50 c.p.).
- Oficio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fol. 91-92, 99-106c.p.).

3. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

Para resolver el recurso de apelación interpuesto el problema jurídico se contrae a establecer si ¿corresponde al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS liquidado asumir las obligaciones del Instituto de Seguro Social liquidado, en materia de sentencias extracontractuales como la de la referencia dada la condena por responsabilidad del servicio médico del ISS, toda vez que el Decreto 2013 de 2012 no dijo nada al respecto?

Para la Sala, se debe modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, toda vez que corresponde al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS o en su defecto a la Nación como persona jurídica representada dentro del proceso de la referencia por el Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las condenas impuestas al ISS liquidado según lo estipulado en el Decreto 541 de 2016, como pasará a explicarse.

Así mismo, habrá lugar a revocar el numeral primero de la sentencia apelada, en razón a que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra legitimada por pasiva dentro del proceso de la referencia.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Cuestión Previa

Advierte la Sala que dentro del proceso de la referencia no hay lugar a realizar un análisis de responsabilidad médica en contra de las demandadas Nación Ministerio de Salud y Protección y el Instituto de Seguros Social ISS Liquidado, en cuanto a la prestación de los servicios médicos brindados al señor Fabio León, toda vez que el objeto de la apelación recae como se planteó párrafos arriba en determinar si corresponde al Patrimonio Autónomo del ISS responder por las obligaciones y pago de condenas contra el ISS liquidado.

Por tal razón, se abstiene esta colegiatura de hacer un análisis de la historia clínica y los servicios médicos brindados al accionante, y en su lugar se enfocará directamente en el tema de apelación, para lo que se considera pertinente hacer un recuento normativo del origen y posterior liquidación del Instituto de Seguros Sociales con el fin de analizar si la decisión adoptada por el a quo se encuentra ajustada a derecho o si, por el contrario, debe ser revocada.

4.2. De la liquidación del Instituto de Seguros Social ISS

El Instituto de Seguros Sociales fue creado mediante la Ley 90 de 1946² como un establecimiento público, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio propio, encargado de la dirección y vigilancia de los seguros sociales-

Posteriormente fue reestructurado mediante el Decreto 2148 de 1992³, cambiando su naturaleza jurídica de Establecimiento Público a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; luego, mediante Decreto Ley 4107 de 2011⁴, se estableció que el ISS sería una entidad vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social; finalmente el Gobierno Nacional, a través del Decreto 2013 de 2012⁵, ordenó su supresión y liquidación por considerar que se cumplían

² Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales

³ Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS

⁴ Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

⁵ Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones.

los presupuestos señalados en la Ley 489 de 1998 artículo 52, numerales 1 y 2, liquidación que se prorrogó a través de los Decretos 2115 de 2013, 652 y 2714 de 2014 hasta el día 31 de marzo de 2015, fecha en la que culminó el proceso liquidatorio, así:

ARTÍCULO 1°. *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 Decreto-ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.

ARTÍCULO 2°. *Duración del proceso de liquidación.* El proceso de liquidación deberá concluir en un plazo de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente decreto, el cual podrá ser prorrogado por el Gobierno Nacional, mediante acto administrativo debidamente motivado.

(...)

Posteriormente, en ejercicio de sus funciones el liquidador del ISS suscribió un contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. -FIDUAGRARIA S.A.-, en virtud del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, cuyo objeto consistía en "*efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en el momento que se hagan exigibles*", entre otros aspectos; sin embargo, dicho Decreto no cumplió de manera expresa con lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, que establecía: "*El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos*".

En vista del incumplimiento normativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado a través de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015, dentro del proceso adelantado en acción de cumplimiento, resolvió:

"ORDENAR al Gobierno Nacional conformado en esta oportunidad por el Presidente de la República y los Ministros de Salud y Protección Social; Hacienda y Crédito Público; Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública el cumplimiento del parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema"⁶.

En atención a lo así ordenado, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 541 del 6 de abril de 2016⁷, a través del cual dispuso:

“Artículo 1. De la competencia para el pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales. Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado. Sólo procederá el pago de los fallos judiciales de que trata este decreto, si el acreedor y/o beneficiario demuestra que cumplió su obligación legal de presentar la reclamación dentro del término del emplazamiento que tuvo lugar en el plazo comprendido entre el cinco (5) de diciembre de 2012 y el cuatro (4) de enero de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2555 de 2010. El análisis de procedencia y/o exigibilidad y el trámite de pago, podrá hacerlo el Ministerio de Salud y Protección Social directamente o a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes constituido por el Liquidador del extinto Instituto de Seguros Sociales, u otro que se determine para tal efecto.

Artículo 2. Recursos para el pago de las sentencias condenatorias. Las sentencias condenatorias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales **que sean susceptibles de pago en los términos del presente decreto, se honrarán con cargo a los activos transferidos por el Liquidador al momento de suscribir el Contrato de Fiducia Mercantil No. 015 de 2015, por medio del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, en el que la posición de Fideicomitente fue cedida al Ministerio de Salud y Protección Social, y cuya vocera y administradora es FIDUAGRARIA S.A., **o en su defecto por la Nación — Ministerio de Salud y Protección Social**”. (Resaltado del Despacho)**

De lo anterior, se tiene que cuando se liquidó el Seguro Social el Decreto 013 de 2012 dejó un vacío normativo frente a la entidad que debía asumir el pago de las

⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA - Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE - Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015) - Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01089-01.

⁷ Por medio del cual se asigna unas competencias administrativas.

condenas impuestas en contra del ISS en Liquidación; sin embargo, dicha situación fue modificada con la expedición del Decreto 541 de 2016, a través del cual se estableció que **las sentencias condenatorias derivadas de las obligaciones contractuales o extracontractuales a cargo del ISS Liquidado se pagarían con los recursos trasferidos por el liquidador al momento de suscribir el contrato de fiducia mercantil por medio del cual se constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes o, en su defecto, por la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.**

Así mismo, se observa que en el mencionado Decreto estableció que el pago solo procedería para las condenas impuestas en las sentencias judiciales si el acreedor o el beneficiario demostraba que había cumplido con la obligación legal de presentar la reclamación dentro del término del emplazamiento que tuvo lugar entre el 5 de diciembre de 2012 y el 4 de enero de 2013.

Así las cosas, procede la sala a referirse al asunto concreto.

5. Del Caso Concreto

En el sub lite, pretende la parte demandada ISS liquidado a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS sea absueltas de las obligaciones del primero, toda vez que con el Decreto 2013 de 2012 no se indicó a quien correspondía el pago de las sentencias condenatorias derivadas de las obligaciones contractuales o extracontractuales a cargo del ISS Liquidado, razón por la que considera se debe absolver, máxime que al momento de los hechos el ISS no se encontraba autorizado para prestar servicios de salud.

Por su parte, para el a quo el ISS liquidado a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en liquidación el responsable de los daños causados al actor por los servicios de salud brindados a Fabio León, y por ende el condenado al pago de la correspondiente indemnización. Así mismo, consideró el juez de primera instancia que era dable declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, toda vez que esta cartera no tenía dentro de sus funciones la prestación de servicios de salud.

Para la sala, luego de analizar el contexto arriba mencionado resulta claro en primer lugar que al momento de la presentación de la demanda, esto es, 17 de enero de 2006, el Instituto de Seguros Sociales ISS no se encontraba en proceso liquidación

pues como se indicó su liquidación inició en el 2012, y mucho menos la Superintendencia Nacional de Salud había revocado el certificado de funcionamiento como EPS al ISS, pues fue mediante Resolución 028 del 2007, confirmada en su totalidad por la Resolución No. 0263 del 26 de marzo de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento a la EPS del Instituto de Seguro Social.

Lo anterior, sirve en primer lugar para precisar que al momento de los hechos de la demanda, esto es, que le fue brindada la atención médica a Fabio León y el de su intervención quirúrgica 2 de octubre de 2004, el ISS contaba con certificación para operar como EPS, y por ende brindar y autorizar los servicios de salud a su afiliado Fabio León a través de los convenios para la prestación de servicio, argumento que deja sin validez lo indicado por el apoderado de la demandada al referir que no se le puede imputar responsabilidad alguna a la EPS y menos al PAR cuando al momento de los hechos la Super Salud ya había revocado su certificado de EPS, o en sus palabras el ISS ya no estaba autorizada para brindar servicios de salud.

Por consiguiente, al estar vigente la certificación para que el ISS actuara como EPS y ser la prestadora de servicios de salud a la cual estaba afiliado el actor la responsabilidad de la prestación de los servicios médicos recae única y exclusivamente sobre el ISS liquidado, por ende, al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS Liquidado.

Ahora, el eje del asunto es si corresponde al PAR del ISS liquidado asumir el pago de las condenas impuestas al Instituto de Seguros Sociales liquidado.

Para resolver el anterior cuestionamiento, entiende esta colegiatura que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado por el Consejo de Estado, expidió el Decreto 541 de 2016 que reguló el pago de sentencias condenatorias derivadas de las obligaciones contractuales o extracontractuales del ISS liquidado, precisó que el pago solo procedería para las condenas impuestas en las sentencias judiciales si el acreedor o el beneficiario demostraba que había cumplido con la obligación legal de presentar la reclamación dentro del término del emplazamiento que tuvo lugar entre el 5 de diciembre de 2012 y el 4 de enero de 2013.

En el caso, dado que la sentencia de primera instancia es de 7 de noviembre de 2019 es claro que el beneficiario no podía dar cumplimiento a tal situación, sin embargo, no puede dejarse de lado que en ese mismo decreto estableció o propuso

que la legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación está representada por el Ministerio de Salud y Protección Social, pues puede llegar a responder en caso de una posible condena en contra del extinto ISS.

En ese orden, considera la Sala que erró el juez de primera instancia al declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, en razón a que dada las circunstancias de la liquidación del ISS y lo estipulado en el Decreto 541 de 2016, correspondía al a quo en la sentencia definir en cabeza de quién recaía la obligación de pagar la condena, pues como se indicó el Decreto 2013 de 2012 que liquidó el ISS dejó un vacío sobre dicho tema, el cual fue regulado por el Decreto 541 de 2016, y al ser lo reglamentado en dicho decreto una situación sobreviviente a la presentación de la demanda que hace que la providencia proferida por el *a quo* deba ser modificada, toda vez que, como se extrae de la norma antes citada, el Ministerio de Salud y Protección Social es el que debe representar a la Nación en el presente proceso, pues, en caso de resolverse las pretensiones en favor de la parte actora como ocurre en el sub lit, el PAR ISS estaría obligado a pagar las condenas impuestas o, en su defecto, la Nación a través del Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con el Decreto en comento.

En ese orden, por las razones expuestas y de conformidad con el artículo 159 del CPACA⁸, se concluye que la Nación se encuentra legitimada para actuar en el presente proceso y debe ser representada por el Ministerio de Salud y Protección Social y, por tanto, las pretensiones también pueden dirigirse en su contra.

Lo anterior no sin antes advertir, que la responsabilidad por los hechos materia de la presente acción se mantienen como determinó el a quo en cabeza del Instituto de Seguros Sociales liquidado hoy representado por el Patrimonio Autónomo de

⁸ Artículo 159 – “Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contenciosos administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto. En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor”.

Remanentes del ISS en virtud del contrato de fiducia celebrado por el liquidador del ISS y Fiduagraria S.A., no obstante, sólo en lo que corresponde a la condena es que se puede hacer exigible a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, siempre y cuando los recursos del primero se hayan agotado, y en su lugar como se indicó corresponde a la persona jurídica de la Nación representada por el Ministerio de Salud y Protección Social pagar la condena impuesta.

En conclusión, se debe modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, toda vez que corresponde al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS o en su defecto a la Nación como persona jurídica representada dentro del proceso de la referencia por el Ministerio de Salud y Protección Social asumir la obligación de pago de las condenas impuestas al ISS liquidado según lo estipulado en el Decreto 541 de 2016.

6. De la medida del daño

El a quo reconoció a Fabio León la suma de 70 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigente, por concepto de perjuicios morales.

El perjuicio moral es el detrimento del patrimonio extramatrimonial ocasionado por los sentimientos de angustia, dolor, congoja, aflicción e impotencia que produce el hecho dañoso.

Teniendo en cuenta que los mismos no fueron materia de apelación, la sala reconocerá por concepto del perjuicio moral a favor de Fabio León la suma correspondiente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta providencia.

V. CONCLUSIÓN

Para la Sala, se debe modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, toda vez que corresponde al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS o en su defecto a la Nación como persona jurídica representada dentro del proceso de la referencia por el Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las condenas impuestas al ISS liquidado según lo estipulado en el Decreto 541 de 2016, como pasará a explicarse.

Así mismo, habrá lugar a revocar el numeral primero de la sentencia apelada, en razón a que la Nación Ministerio de Salud y Protección Social se encuentra legitimada por pasiva dentro del proceso de la referencia.

VI. COSTAS

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del C.C.A, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL PRIMERO de la Sentencia de 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y Seis Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Tercera que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia, y en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR legitimada en la causa por pasiva a la NACIÓN, la que para el presente caso será representada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la Sentencia de 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y Seis Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Tercera que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia, y en su lugar:

TERCERA: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN) o en su defecto a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL siempre que los recursos de la primera se hayan agotado, al pago de sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de esta providencia por concepto de perjuicios morales al señor FABIO LEÓN.

TERCERO: CONFIRMAR EN SUS DEMÁS PARTES, la sentencia apelada del 07 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sesenta y Seis Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Tercera.

CUARTO: Las sumas reconocidas deberán ser canceladas en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Por Secretaria de la Sección NOTIFICAR el presente proveído a las partes, en forma personal a través de mensaje dirigido al buzón de correo electrónico, según lo reglado por el Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2021 , para lo cual, se tendrán en cuenta los correos proporcionados por los intervinientes, así, al demandante: no registra al demandado: danieleonardoplazas@hotmail.com, Jenny.gamboa@issliquidado.com.co, Jhonny.neisa.abogad@gamil.com, droa@minsalud.gov.co, droasalazar@minsalud.gov.co Igualmente se notificará al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Asimismo, **NOTIFICAR** personalmente la presente providencia a la parte actora por Aviso Electrónico en la página de la Rama Judicial dado que dentro del proceso no reposa dirección de correo electrónico de la parte actora pese a que se requirió para que lo suministrara para dar cumplimiento a los dispuesto en el Decreto 806 de 2021.

SÉPTIMO: RECONOCER PERSONERIA al doctor Daniel Leonardo Sandoval Plazas, identificado con C.C. 1.031.137.752 y T.P. 246.057 del C.S.J., como apoderado del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en liquidación, en los términos del poder allegado al expediente electrónico.

OCTAVA: Una vez ejecutoriada esta providencia, previas las anotaciones secretariales de rigor, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala según Acta del de marzo de 2021

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado

CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS
Magistrada

CONSTANCIA:

La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la presente sala en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.