

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de noviembre del año dos mil veinte (2020)

A.I.: 265

Radicado: 17001-23-33-000-2017-00526-00
Naturaleza: Controversia Contractual
Demandante: Alcaldía de Chinchiná
Demandados: Jaime León Ustman Salazar, Jaime Orlando Arana Ozuna (Consortio Aguacatal) y Seguros del Estado

De conformidad con lo establecido el artículo 13 de Decreto 813 de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, se resuelven las excepciones previas planteadas, previo a las siguientes consideraciones.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento. De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2.- Resolución de Excepciones Previas:

- El señor **Jaime León Ustman Salazar**, planteó la excepción que denominó “*el trámite de un proceso diferente al que corresponde*”, argumentando con fundamento en el numeral 7 artículo 100 de la Ley 1564 de 2012 que, la demandante propuso el medio de control de controversias contractuales, cuando el que corresponde es el de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que lo que pretende es la nulidad de un acto administrativo y el pago de la indemnización correspondiente, lo cual según la teoría de los fines y de los móviles, corresponde a un proceso de lesividad. Adicionalmente sostuvo que, al declararse probada la excepción surge la caducidad del medio de control, toda vez que se superó el término de 4 meses que contempla el CPACA.

Tesis del Despacho: Considera esta sala unitaria que, no se configura la excepción propuesta, toda vez que lo pretendido es la declaración del incumplimiento de contrato de obra No. 222 del 19 de agosto de 2014 celebrado entre el municipio de Chinchiná y el Consortio Aguacatal, el cual se debe adelantar el medio de control de controversias contractuales.

Al respecto, basta indicar que el artículo 141 del CPACA, establece:

“CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, **que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales**, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la **liquidación judicial** del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.”

Se tiene que la demandante pretende: “1) Que se declare la nulidad absoluta del ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN, del 10 de agosto de 2015; 2) Que se declare el incumplimiento por parte del CONTRATISTA del contrato de obra pública No. 222 del 19 de agosto de 2014; 3) Que se orden la liquidación judicial del Contrato de obra No. 222 del 19 de agosto de 2014 (...)” entre otras.

El Consejo de Estado¹ en relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver, ha señalado que:

La ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. (...) dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-.

De conformidad con el contenido del *acta de recibo a satisfacción* del 10 de agosto de 2015, los contratantes además de la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista de cara a lo estipulado en el contrato, es decir la comprobación material de la ejecución del objeto contractual en los términos pactados, también realizaron un corte de cuentas definitivo con la finalidad de que las mismas declaran estar a paz y salvo y que se extingue de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas, en efecto, en algunos de sus apartes se señaló:

“VALOR INICIAL: \$672.046.936.00

SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS.

CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD No 40697 y RP

VALOR ADICIONALES: N. A

VALOR TOTAL CONTRATADO: \$672.046.936.00

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 28 de febrero de 2013. Rad.: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199)

SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES
CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA
Y SEIS PESOS.

VALOR TOTAL EJECUTADO: \$672.046.936.00

SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES
CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA
Y SEIS PESOS.

(...)

Cláusula Cuarta: En consideración al cumplimiento del contratista de sus obligaciones con los sistemas de seguridad social, en salud y pensiones, riesgos profesionales, así como los aportes a cajas de compensación familiar, SENA e ICBF durante la vigencia del contrato se constató por parte del Supervisor del contrato JULIÁN VARGAS BLANDÓN secretario de infraestructura del municipio de Chinchiná Caldas que el Contratista cumplió con esta obligación a entera satisfacción.

Cláusula Sexta: De acuerdo con las funciones legales asignadas y las descritas en el Manual de Supervisión de la Alcaldía y las obligaciones contractuales asignadas, el supervisor, vigiló la correcta ejecución del objeto del contrato y prepararon el proyecto de liquidación, previa verificación de la información contractual, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, desarrollo técnico, ejecución de actividades. (...)

Por lo tanto, el *acta de recibo a satisfacción* del 10 de agosto de 2015 se constituyó en el mecanismo a través de la cual las partes contratantes realizaron la liquidación del contrato, entendido éste “*como un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico*”².

De tal suerte que, al suscribirse la mencionada acta, el medio de control que corresponde iniciar es el establecido en el artículo 141 del CPACA, esto es el de controversias contractuales y no el de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo asevera la parte demandada.

Conclusión: Teniendo en cuenta que el medio de control de controversias contractuales es el mecanismo a través del cual debe demandarse *el acta de recibo a satisfacción* del 10 de agosto de 2015, será negada la excepción propuesta por la parte demandada.

- El señor **Jaime Orlando Arana Ozuna (quien actúa a través de curadora)**, planteó la excepción de **Caducidad**, señalando que la terminación del contrato estaba prevista para el 25 de mayo de 2015 y la demanda solo se presentó hasta el 26 de julio de 2017, por lo que considera que ya se había superado los 2 años para la presentación de la demanda.

Tesis del Despacho: El presente medio de control de controversias contractuales, fue presentado de forma oportuna, esto es dentro del término de dos años contados a partir de la suscripción del *acta de recibo a satisfacción*, para ello debe precisarse:

Respecto a la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, el literal j), numeral 2 del artículo 164 del CPACA, establece:

² Consejo de Estado - Sección Tercera, sentencia de 29 de octubre de 2012. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429)-

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

(...)

2. *En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:*

(...)

j) *En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

Por otra parte, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, respecto al plazo para la liquidación de los contratos estatales señala: *La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

Caso concreto:

Se tiene que el contrato de obra No. 222 suscrito el 19 de agosto de 2014, tenía un plazo inicial de ejecución de 6 meses, el cual fue ampliado a 3 meses – según acta del 23 de febrero de 2015; no obstante, fue suspendida la ejecución del contrato el 4 de marzo de 2015, reanudándose el 20 de mayo de 2015 y culminando el término de ejecución el 10 de agosto de 2015.

En la misma fecha, el representante legal del Consorcio Aguacatal y el interventor del contrato, suscribieron el *Acta de Recibo a Satisfacción*, que como se indicó anteriormente se constituyó en el mecanismo a través de la cual las partes contratantes realizaron la liquidación del contrato. En esta acta en cuanto a la fecha de terminación del contrato las partes precisaron:

“FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO: 19/agosto/2014

...

FECHA DE INICIO DEL CONTRATO: 25/agosto/2014

PLAZO INICIAL: SEIS (06) MESES.

FECHA DE TERMINACIÓN INICIAL: 25/Febrero/2015.

PLAZO ADICIONAL: 3 meses hasta el 25 de mayo de 2015

FECHA DE SUSPENSIÓN: 04/marzo/2015

FECHA DE REINICIO: 20/mayo/2015

FECHA DE TERMINACIÓN FINAL: 10/Agosto/2015”

De conformidad con lo expresado en el Auto de Unificación jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado el 1º de agosto de 2019³, en el cual se indica que: *“(...) el conteo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales (...) debe iniciar a partir del día siguiente al de la firma del acta o de la ejecutoria del acto de liquidación del contrato”*

³ Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Sala Plena Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

De tal suerte que la fecha de la mencionada "Acta de Recibo a Satisfacción", se entiende como el momento a partir del cual se dio por terminado el contrato y a partir de ahí se debía contar el término de caducidad.

Así las cosas, el término de dos años para demandar se extendía hasta el 11 de agosto de 2017; teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 26 de julio de 2017, se concluye que fue presentada oportunamente; en consecuencia, será negada la excepción planteada.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:


Primero: Declarar no probadas las excepciones de *"El trámite de un proceso diferente al que corresponde"*, planteada por **Jaime León Ustman Salazar** y, la excepción previa de *"Caducidad"*, planteada por **Jaime Orlando Arana Ozuna**.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 050 de 2020.

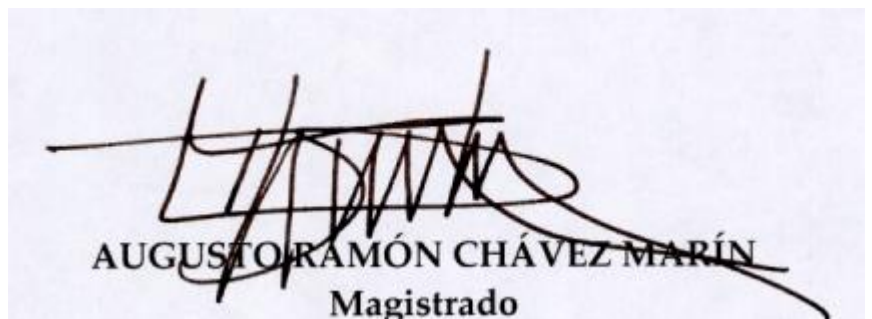
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 352

A.I. 253

Manizales, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicación 17-001-23-00-000-2013-00242-00
Clase Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante Carmen Patricia Galeano Aguirre
Demandado Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

Procede la Sala a decidir, en los términos del artículo 180-8 del CPACA y la Ley 446 de 1998, si se aprueba o no el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, durante la audiencia que se realizó el 26 de febrero de 2020.

I. Antecedentes

La señora Carmen Patricia Galeano Aguirre presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la finalidad de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo respecto de la petición de reconocimiento y pago de intereses de mora por pago tardío de las cesantías.

En la audiencia inicial llevada a cabo el 26 de febrero de 2020, la demandada manifestó tener ánimo conciliatorio y en consecuencia planteó la siguiente fórmula de arreglo:

“Fecha de solicitud de las cesantías: 27/06/2014

Fecha de pago: 26/10/2017

No. de días de mora: 1113

Asignación básica aplicable: \$2.363.041

Valor de la mora: \$87.668.821

Propuesta de acuerdo conciliatorio: (80%) \$70.135.056,8

Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES (DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL)

No se reconoce valor alguno por indexación.

La presente propuesta de conciliación no causará intereses entre la fecha en que sea aprobada hasta aquella en que se haga efectivo el pago.

Se paga la indemnización con cargo a los títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo)”

La parte demandante aceptó la propuesta de conciliación, en los términos ya referidos.

El Procurador Judicial para Asuntos Administrativos presentó **concepto desfavorable** frente al acuerdo conciliatorio al considerar que, no cuenta con suficiente soporte probatorio en torno al trámite surtido en sede administrativa desde la fecha en que se expidió la Resolución 8071-6 del 19 de noviembre de 2014 hasta que se hizo efectivo el pago de esa prestación -26 de octubre de 2017 -. Aduce que en dicha resolución no se relacionan los documentos aportados por la interesada en la liquidación parcial de las cesantías, como el certificado de la deuda que expide la entidad bancaria, documento esencial para llevar a cabo el proceso de liberación o levantamiento del gravamen hipotecario.

Consideró necesario ordenar la incorporación al proceso de los antecedentes administrativos de la decisión enjuiciada, con la finalidad de establecer los motivos del retardo en el pago de las cesantías deprecadas por la parte actora. (fls. 105-108, C. 1)

II. Consideraciones

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 70¹, establece que las personas jurídicas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual previstas en el Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 -

En consonancia con lo anterior, el numeral 8 del artículo 180 del CPACA, establece que *“En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.”*

Antes de abordar el estudio de los requisitos que se exigen para aprobar la conciliación judicial, conviene precisar que, en atención a las observaciones realizadas por el Procurador en audiencia inicial, donde plantea la insuficiencia probatoria para dar vía libre al acuerdo logrado entre las partes y la necesidad de contar con el expediente administrativo correspondiente, mediante auto del 5 de marzo de 2020, se requirió a la entidad demandada para que allegara el expediente administrativo de la señora Galeano Aguirre, en relación con el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales. (fl. 104, C. 1)

En cumplimiento de lo anterior, fue allegado el expediente administrativo de la señora Galeano Aguirre, el cual obra en el cuaderno 2 del expediente.

¹ Artículo incorporado en el Decreto 1818 de 1998, artículo 56, publicado en el Diario Oficial No. 43.380, del 07 de septiembre de 1998, *‘Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos’*

Precisado lo anterior se tiene que, para la aprobación del acuerdo al que lleguen las partes, es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 ley 446 de 1998.)

En el sub-lite se advierte que, la solicitud de nulidad se predica respecto de un acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo frente a la petición del 23 de noviembre de 2017, por medio de la cual la parte actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por pago tardío de las cesantías parciales.

Luego entonces, al tratarse de un acto ficto o presunto, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser promovida en cualquier tiempo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del CPACA, a cuyo tenor literal:

Artículo 164. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

[...]

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo; [...]

Visto lo anterior, se descarta el acaecimiento de la caducidad del medio de control.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 de la ley 446 de 1998).

En el presente asunto, lo reclamado por la demandante es el pago de una sanción moratoria generada por el pago extemporáneo de unas cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de mora; luego, se trata de una controversia de carácter particular y de contenido económico, que recae sobre derechos disponibles por las partes y por ende transigibles, condición *sine qua non* para que éstos sean materia de conciliación de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1818 de 1998.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

Se observa que, las partes comparecieron al proceso a través de sus apoderados judiciales, en virtud de los poderes a ellos conferidos.

En efecto, entre folios 1 y 2 del cuaderno 1, obra el poder conferido al abogado Rubén Darío Giraldo Montoya, con el fin de que ejerza la defensa de los intereses de la señora Carmen Patricia Galeano Aguirre, demandante; siendo una de las facultades expresas allí conferidas, la de conciliar.

Asimismo, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM otorgó poder general al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, de conformidad con los documentos que obran entre folios 100 y 101 del cuaderno 1. A su vez, dicho apoderado sustituyó poder para representar en este proceso a la entidad, al abogado Alejandro Álvarez Berrío, tal y como se observa a folio 97 del expediente, quien en tal virtud y de manera expresa,

adquirió facultad para conciliar. Conviene señalar, además, que el abogado sustituto asistió a la audiencia inicial y propuso fórmula conciliatoria en atención a las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional. (fl. 103, C. 1)

4. **Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998).**

4.1. Pruebas relevantes

Las pruebas más relevantes que acreditan los hechos anteriores son las siguientes:

- Resolución 8071 – 6 del 19 de noviembre de 2014, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial para liberación de gravamen hipotecario, en favor de la señora Galeano Aguirre. (fl. 3-4, C. 2)
- Constancia de notificación de la Resolución 8071 – 6 de 2014, en la que se indica que el 24 de noviembre de 2014 la demandante recibió copia de la resolución y renunció a los términos legales para interponer el recurso de reposición. (fl. 4 C. 2)
- Hoja de revisión correspondiente al trámite de cesantía parcial para liberación de hipoteca, en donde figura como fecha de radicación de la solicitud, el 27 de junio de 2014, fecha de recibido el 14 de julio de 2014 y fecha de estudio el 23 de octubre de 2014. Como beneficiario del pago aparece el banco Davivienda con Nit. 8600343137. (fl. 13, C.2)
- Copia de la Cédula de ciudadanía de la señora Carmen Patricia Galeano Aguirre. (fl. 14, C. 2)
- Escritura Pública 893 del 30 de abril de 2013, correspondiente al inmueble sobre el cual recae el gravamen hipotecario. (fls. 15-23, C. 2)
- Certificado de tradición y matrícula inmobiliaria 100-144739, correspondiente al inmueble objeto de gravamen. (fls 29-30, C. 1)
- Certificación del banco Davivienda sobre la existencia de una obligación –crédito hipotecario - radicada bajo el número 5708084100115029, a cargo de la señora Carmen Patricia Galeano Aguirre. (fl. 28, C. 2)
- Formato único para la expedición de certificado de historia laboral. (fls. 32-33, C. 2)
- Formato único para la expedición de certificado de salarios. (fls. 21-22, C. 1; 36 -37, C. 2)
- Correos electrónicos de la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, en relación con el trámite de cesantías parciales de la demandante, los cuales datan del año 2015. (fls. 39-41, C. 2)
- Certificado de pago de cesantía, expedido por la Fiduprevisora S.A., en la cual se consignó lo siguiente:

*“...nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de cesantía **PARCIAL** reconocida por la Secretaría de Educación de **CALDAS**, al docente **GALEANO AGUIRRE CARMEN PATRICIA**, identificado con CC No. 24857109, mediante Resolución No. **8071** de fecha **19 de Noviembre de 2014**, quedando a disposición a partir del **26 de octubre de 2017** por valor de **\$17,589,755.**” (fl. 20, C. 1)*

- Petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, del 23 de noviembre de 2017. (fls. 23-26, C. 1)
- Certificación expedida por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación, en la cual quedó consignada la propuesta de arreglo planteada en audiencia inicial. (fl. 103, C. 1)

Ahora bien, el Agente del Ministerio Público ha indicado que en el plenario no obra prueba de la fecha en que fue presentada la solicitud de cesantías parciales por parte de la demandante y que lo único que se tiene es la referencia que se hace de ello en la parte considerativa de la Resolución No. 8071 – 6 del 19 de noviembre de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en donde se indica que la radicación de aquella ocurrió el 27 de junio de 2014.

Al respecto, una vez revisadas las pruebas hasta ahora allegadas, se evidencia que, no obra la copia de la petición de reconocimiento de la cesantía, lo cual resulta importante para decidir sobre la aprobación del acuerdo, toda vez que a partir de la fecha de radicación de dicha solicitud es que se cuenta el término que tenía la demandada para decidir y pagar; y en consecuencia la fecha en que se causa la sanción moratoria.

Además la fecha de radicación de dicha solicitud es la que permitirá establecer si en el presente asunto se configura o no la prescripción extintiva del derecho, como se explica a continuación.

4.2.Prescripción trienal

La sección segunda el Consejo de Estado² ha sostenido que la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995³, se encuentra sujeta al término de prescripción previsto en el artículo 151⁴ del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que aquel se hace exigible **desde el momento mismo en que se causa la mora**, ello en atención a lo previsto por la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016⁵, que en materia de la aplicación del fenómeno extintivo a la penalidad por mora, dispuso lo siguiente:

*«i) Prescripción de los salarios moratorios
[...]*

² Véase: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2012-00461-01; Sentencia de 7 de noviembre de 2018, Rad. 2013-00683-01; Sentencia de 14 de febrero de 2019, Rad. 2013-0078-01; Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Rad. 2014-00363-01; Sentencia de 24 de enero de 2019, Rad. 2012-90134-01; Sentencia de 25 de octubre de 2018, Rad. 2013-00078-01; Sentencia de 31 de octubre de 2018, Rad. 2013-00295-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Sentencia de Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01; Sentencia de 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

⁴ «ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011-00628-01.

Como hacen parte del derecho sancionador⁶ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969⁷, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

[...]

ii) Reclamación de la sanción moratoria

[...]

*Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a **partir del momento mismo en que se causa la mora**, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.»*

En providencia de 6 de diciembre de 2018, el Consejo de Estado⁸ al analizar el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de la prestación aludida a favor de un docente, con fundamento en la Sentencia de Unificación⁹ señalada, declaró la prescripción del derecho, al encontrar acreditado que este **fue reclamado 4 años después de iniciada la mora por parte del empleado:**

*«De conformidad con la norma transcrita, en la citada providencia de unificación se consideró que la obligación se hace exigible **desde el momento mismo en que surge la***

⁶ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

⁷ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

⁸ Consejo de Estado- Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011 00628-01.

mora, por lo que pese a que en ella solo se abordó la prescripción en materia de cesantías anualizadas, la Subsección aplicará la regla atinente a que la reclamación deberá efectuarse desde la causación de la penalidad, que para el caso de aquella prevista en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, será desde el día siguiente a la finalización de los 65 días en los eventos de reconocimiento tardío y respecto de los procedimientos administrativos regulados por el CCA – Decreto 01 de 1984.

41. Lo anterior, permite concluir que a partir del día siguiente al fenecimiento del plazo de los 65 días hábiles descritos de manera precedente, que en el sub lite tuvo lugar el 7 de octubre del 2009, el señor Barrios Triana estaba en la posibilidad – obligación de reclamar la sanción moratoria; no obstante, solo formuló la petición en tal sentido hasta el 11 de marzo de 2014, esto es, 4 años 5 meses y 4 días después del inicio de la mora del empleador.

[...]

42. Por consiguiente, como quiera que la obligación se causó a partir del 7 de octubre de 2009, el actor debió reclamar la penalidad dentro de los 3 años siguientes al momento en que el empleador se constituyó en mora, término que venció el 8 de octubre de 2012, puesto que no estaba supeditado al reconocimiento y cancelación de las cesantías parciales.

43. Ahora bien, en la citada Sentencia de Unificación CE-SUIJ2 004 del 25 agosto de 2016, la Sección Segunda determinó que la sanción moratoria no tiene el carácter de accesorio a la aludida prestación social, interpretándola como una expresión del derecho sancionador administrativo, de naturaleza indivisible y única, puesto que una vez es exigible empieza su causación de manera sucesiva hasta el pago de la cesantía. [...]

44. De lo anterior, la Subsección concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, **su característica de indivisible**, y en atención a que no constituye una prestación periódica, **deberá reclamarse dentro los 3 años siguientes al momento en que se causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad**; filosofía que el actor no ejerció, por cuanto tal como se expuso, solo formuló la petición el 11 de marzo de 2014, cuando ya habían transcurrido 4 años 5 meses y 4 días desde su exigibilidad.[...] »

Este criterio fue reiterado en sentencia de 28 de marzo de 2019¹⁰, en la cual se precisó:

*“27. Entonces al causarse la sanción moratoria a partir del 8 de septiembre de 2009, el fenómeno de la prescripción, de acuerdo con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social finalizaría el 8 de septiembre de 2012, encontrando que la demandante radicó la respectiva petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en fecha **23 de junio de 2011**, habiendo transcurrido solo 1 año, 9 meses y 15 días, es decir, que acudió ante la administración en su debida oportunidad, interrumpiendo de esa manera el medio extintivo.*

28. No obstante lo anterior, como quiera que la petición la radicó el **23 de junio de 2011**, interrumpiendo la prescripción pero solo por un lapso igual, de manera que contaba hasta

¹⁰ Rad. 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

el 23 de junio de 2014 para acudir ante esta jurisdicción y presentar la demanda a fin de controvertir la legalidad del acto ficto que le negó el reconocimiento de la sanción moratoria, observando que solo lo realizó el 4 de agosto de 2014.

*29. En consecuencia, a la actora le prescribió el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por cuanto pese a interrumpir el término por una sola vez y por un lapso igual, permitió que se extinguiera la oportunidad para exigir el derecho en sede judicial, precisándose que al tratarse de la causación de la penalidad por las cesantías definitivas solo puede tener lugar en un único evento, esto es, con ocasión del fenecimiento de la relación laboral-, de manera que la aplicación del término prescriptivo al causarse una **única sanción**, solo podrá ser **total**.*

En este sentido, se ha pronunciado la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado¹¹:

«[...] Si bien como se señaló líneas atrás, la providencia citada realiza un análisis de la prescripción de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, la Subsección considera que la misma tesis es aplicable para el caso del no pago o pago tardío de las cesantías definitivas, por cuanto la indemnización surge desde el día que venció el término que tenía la administración para pagarlas, es decir, el derecho a dicha indemnización no está supeditado al pago efectivo de las cesantías definitivas; por lo tanto se debe reclamar desde la fecha en que se hizo exigible la obligación.

En dicho sentido se pronunció la Subsección B de esta Sección en sentencia del 19 de enero de 2017 con ponencia de la Consejera: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la cual sostuvo que la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 empieza a causarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantía definitiva¹².

Así las cosas, la sanción moratoria debía solicitarse a la administración dentro de los tres años siguientes al momento en que se hace exigible la obligación, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción. [...]»

Criterio reiterado por dicha Subsección en sentencia de 24 de enero de 2019¹³, así:

«Teniendo en cuenta que el pago de las cesantías ocurrió el 23 de noviembre de 2009, es claro que la administración incurrió en mora desde el 11 de febrero de 2005 hasta el 22 de noviembre de 2009.

En razón de lo anterior, se debe entender que la parte interesada contaba con tres años para realizar la reclamación respectiva, es decir hasta el 11 de febrero de 2008, sin embargo la demandante radicó la solicitud de reconocimiento ante la administración el 8

¹¹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicación 08001233300020130016801 (2981-14).

¹³ Rad. 2019-90134-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández.

de noviembre de 2011, la cual fue extemporánea comoquiera que ya se había extinguido el derecho, por virtud del fenómeno de la prescripción.

Por lo anterior se puede concluir que teniendo en cuenta el material probatorio existente en el expediente, se revocará la decisión dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, pues considera esta Sala que se presentó de manera extemporánea la solicitud del reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la administración, y por lo tanto debe declararse de oficio la configuración de la prescripción extintiva.»

Y en sentencia del 11 de junio de 2019 la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado reiteró que: “... **la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995¹⁴ se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPTYSS y que su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida...**” (Se resalta).

4.3. Caso concreto

De acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la obligación se hace exigible desde el momento mismo en que surge la mora, por lo que la reclamación debe efectuarse desde la causación de la penalidad, que para el caso de aquella prevista en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, será desde el día siguiente a la finalización de los 70 días en los eventos de reconocimiento tardío.

Por lo tanto, si se acogiera como fecha de presentación de la solicitud de cesantías, el **27 de junio de 2014**, como se refiere en la Resolución 8071-6 de 2014, la entidad contaba con un término de 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo correspondiente, cumplidos los cuales correrían 10 días de ejecutoria del acto; seguidamente comenzaría a correr el término de 45 días hábiles para el pago; en este caso, dicho término se cumpliría el 8 de octubre de 2014.

Por lo tanto, la exigibilidad de la sanción moratoria iniciaría a contar el 9 de octubre de 2014, esto es, al día siguiente al vencimiento del término previsto por el legislador para pagar las cesantías, por lo que de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la actora contaba con 3 años a partir de la causación de la mora para reclamar la aludida penalidad, los cuales vencerían el 9 de octubre de 2017; no obstante, solo elevó petición en ese sentido el **23 de noviembre de 2017**, lo que implicaría que el derecho se encontraría totalmente prescrito y en ese orden de ideas, el acuerdo conciliatorio atentaría contra el patrimonio público.

4.4. Conclusión

Por lo anterior, la Sala improbará el acuerdo conciliatorio, por la ausencia de las pruebas que permitan señalar que el acuerdo no resulta lesivo para el patrimonio público; en ese orden de ideas se dispondrá continuar con el trámite del proceso (decreto y traslado de las pruebas).

¹⁴ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: No aprobar la conciliación lograda entre las partes en audiencia inicial celebrada el 26 de febrero de 2020.

Segundo: Continuar con el trámite del proceso.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 050 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado
SALVA VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión del Sistema Escrito

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17 001 23 00 000 2008 00821 00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Clara Isabel Calderón Zuluaga y Otros
Demandado:	Dirección Territorial de Salud de Caldas – Municipio de Manizales – Saludvida S.A. E.S.P. y Clínica Manizales S.A.
Providencia:	Sentencia N°. 115

Decide la Sala de Decisión del Sistema Escrito el **recurso de apelación** interpuesto por la demandada EPS Saludvida S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Manizales, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas

La parte demandante, mediante apoderada y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se hagan las siguientes condenas:

“Para los señores Clara Isabel Calderón y Alexander Márquez Zuluaga, mayores de edad y vecinas de Manizales – Caldas.

5.1. Por Perjuicios materiales: Condénese a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Municipio de Manizales, Saludvida S.A. E.S.P. y a la Clínica Manizales S.A., a pagar a los ya mencionadas demandantes, o a quienes sus derechos representen al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios materiales padecidos, concretamente el lucro cesante a raíz de la muerte de su esposo y padre Javier Donald Márquez García.

5.2. Lucro Cesante.

Para el pago de este concepto se tendrán en cuenta la totalidad de los ingresos fallecido tales como salarios, primas, etc.

Los mismos ingresos se actualizarán con la siguiente fórmula (...)

La indemnización vencida o consolidada se estima en ciento cincuenta millones de

pesos (\$150.000.000)

La indemnización futura o anticipada se estima en setenta y cinco millones de pesos (\$75.000.000) (...)

5.3. Daño Emergente: Por los gastos que hayan tenido que en la familia del señor Javier Donaldó Márquez García, con ocasión de medicamentos, exámenes de laboratorios, copagos, los servicios funerarios, entierro, bóveda, etc.

A los mismos gastos se les deberá aplicar la corrección monetaria.

Se estima en dos millones trescientos ochenta y ocho mil cincuenta pesos m/cte (\$2.388.050)

5.4. Por perjuicios morales:

Condénese a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Municipio de Manizales, Saludvida S.A. E.S.P. y a la Clínica Manizales S.A. a pagar las siguientes sumas y según su equivalencia en pesos al momento de hacerse el pago y en la siguiente manera:

Para Clara Isabel Calderón Zuluaga doscientos millones de pesos (\$200.000.000) o en subsidio cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales vigentes.

Para Alexander Márquez Calderón, doscientos millones de pesos (\$200.000.000) o en subsidio cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales vigentes.

Intereses: Condénese a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Municipio de Manizales, Saludvida S.A. E.S.P. y a la Clínica de Manizales S.A., respectivamente a pagar a los actores anteriormente mencionados o a quienes sus derechos representen al momento del fallo, los intereses aumentados con la variación del promedio mensual del índice nacional de precios al consumidor, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

Con fundamento en lo dispuesto en art. 1653 del Código Civil todo se imputará primero a intereses

Dirección Territorial de Salud de Caldas, Municipio de Manizales, Saludvida S.A. E.S.P. y a la Clínica Manizales S.A., darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (39) días siguientes a la fecha de la ejecutoria (...)

6. Costas: Las entidades demandadas serán condenadas a pagar las costas y agencias en derecho que genere este proceso”.

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifiesta la parte actora que el señor Javier Donaldó Márquez García, contaba al momento de su deceso con 45 años de edad, quien contrajo matrimonio con la señora Clara Isabel Calderón Zuluaga, producto de lo cual nacieron los hijos Jonny Leandro Márquez Calderón (fallecido) y Alexander Márquez Calderón, quien al momento de la demanda contaba con 21 años de edad.

Refiere que el señor Javier Donaldó Márquez García, vivía con su esposa Clara Isabel Calderón y su hijo Alexander Márquez Calderón, en un ambiente de amor, respeto, comprensión y ayuda; siendo el citado señor el sustento para su familia, por lo que debido a su fallecimiento, no sólo generó tristeza por la ausencia que lamentan; sino que también generó dificultades económicas para quienes dependían de su sustento.

Continúa la apoderada de la demandante exponiendo los hechos relacionados con la falla en el servicio, y cita que el señor Javier Donaldo Márquez García, se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado desde el año 2003 con la entidad Saludvida E.P.S.; y que la Dirección Territorial de Salud de Caldas, para el momento de los hechos, compartía responsabilidades en el aseguramiento de la población de régimen subsidiado en lo relacionado con el manejo de recursos del sistema general de participaciones (Recursos de la oferta), para la atención de la población del régimen subsidiado en la complementación de las coberturas no amparadas por la administradora de régimen subsidiado para el caso Saludvida S.A. E.S.P. según las responsabilidades que le asigna el acuerdo 306 de 2005, expedido por el Consejo de Seguridad Social en Salud, Decreto 2759 del Ministerio de Salud.

Refiere que el Municipio de Manizales, tiene a su cargo el manejo y la contratación de las administradoras de régimen subsidiado para la atención de su población en su área territorial, ya que el hecho de contratar con las administradoras de régimen subsidiado, les impone la obligación de hacer seguimiento periódico a la calidad del servicio que estén prestando y a exigir por medio de las actas de interventoría que las condiciones de atención garanticen la calidad y por lo tanto la oportunidad, accesibilidad, seguridad, continuidad y pertinencia que se debe ofrecer según las disposiciones del artículo 2 del decreto 2309 de 2020.

Con relación a la Clínica de Manizales S.A. expone que, para el momento de los hechos, brindaba su servicios como Institución Prestadora de Servicios, a los afiliados del régimen subsidiado en salud a Saludvida E.P.S., y a la población vinculada a cargo de la Dirección Territorial de Salud, con cargo a los recursos del sistema general de participaciones (oferta).

Por otra parte, cita que el Señor Javier Donaldo Márquez, ingresó al centro de salud Assbasalud de la Enea el día 16 de octubre de 2006, sitio donde fue remitido a la Clínica Manizales S.A., y que en esa remisión la Dirección Territorial de Salud de Caldas mediante su centro regulador de urgencias y emergencias intervino en el traslado inicial mediante remisión 34333, momento para el cual el paciente tenía un diagnóstico derrame pleural no clasificado en otra parte, y dice que era responsabilidad de la Dirección Territorial de Salud de Caldas y las Administradoras de Régimen Subsidiado eran responsables de los trámites administrativos del señor Javier Donaldo Márquez García; entidades que debían coordinar y gestionar la ubicación del paciente dentro y fuera del departamento de Caldas.

Refiere la apoderada judicial de la demandante que, el señor Javier Donaldo Márquez García se encontraba afiliado a Saludvida S.A. E.S.P. régimen subsidiado; y que, la Clínica Manizales S.A. brindaba los servicios de urgencias como Institución Prestadora de

Servicios de Salud a los afiliados de la E.P.S. Saludvida S.A.; y que el día 16 de octubre de 2006 a las 9:38 a.m., el citado señor ingresó a la Clínica Manizales por el servicio de urgencias procedente de Assbasalud, remitido por derrame pleural con cuadro de 15 días de evolución, y que fue hospitalizado en la Clínica Manizales, donde le iniciaron manejo, siendo ordenado el día 23 de octubre de 2006 a las 15:40 horas, por el Anestesiólogo Intensivista doctor Roberto Ramírez remitir a mediastinoscopia, examen necesario para establecer un diagnóstico e iniciar el tratamiento específico y oportuno.

Refiere la apoderada judicial de la demandante que, según consta en la historia clínica del paciente, sus condiciones eran críticas, y que ninguna de las entidades gestionó o presionó sobre el traslado efectivo del paciente a una institución con las especialidades y servicios que requería el señor Donaldó Márquez García, y el municipio de Manizales en calidad de contratista interventor no se hizo partícipe del seguimiento y control de calidad de los servicios que requería el paciente; así como que la Dirección Territorial de Salud de Caldas omitió su obligación de coordinar y vigilar la ubicación y traslado del señor Márquez García en una institución que garantizara la accesibilidad a los servicios de salud ordenados por los especialistas de la Clínica Manizales.

Hace referencia la apoderada a la hoja de evolución del 23 -10 -06, una nota del doctor Roberto Ramírez en la cual se ordena el traslado del paciente al Hospital Departamental Santa Sofía, momento a partir del cual se inicia el procedimiento para el paciente, pues ni la DTSC, ni la Clínica Manizales S.A., ni la EPS Saludvida S.A. efectúan el traslado ordenado por el especialista, y que en respuesta del Hospital Santa Sofía se dice que solo habría cirujano de tórax hasta el 30 de octubre de 2006.

Afirma que el paciente tuvo que interponer acción de tutela el 30 de octubre de 2006, y que en el transcurso de la atención brindada se observan varias fallas, como la historia clínica ilegible e incompleta, sin que se incorpore con claridad el registro médico, ni las personas que atendieron al paciente; así como dice que no se aplicaron las normas de calidad en la prestación del servicio de salud del personal de la Clínica Manizales; y que nunca se generó la remisión que requería el paciente por parte de la E.P.S. Saludvida S.A., falleciendo el 31 de octubre de 2006, sin que se hubiera efectivo ni el traslado ni el examen requerido.

Dice que la Clínica Manizales S.A., actuaba como agente prestador al servicio en una entidad de aseguramiento, en este caso Saludvida E.P.S. S.A., entidad que también debe tener dispuesta la infraestructura y logística para el sistema de referencia y contrareferencia.

Concluye que después de esperar injustificadamente más de 8 días de desaciertos, el señor Javier Donaldó Márquez García, falleció en Clínica Manizales S.A. sin la

Coordinación necesaria de la Clínica en cita, con el municipio de Manizales, la E.P.S. Saludvida S.A. y la DTSC.

3. Normas Violadas

Artículos 1, 2, 16, 44 de la Constitución Política

Ley 23 de 1981

Artículo 2341 del CC

Artículo 396 del CPC

Ley 100 de 1993

Decretos:

3130 de 1968

2759 de 1991

2148 de 1992

2147 de 1996

2165 de 1992

1938 de 1994

1546 de 1998

806 de 1998

2753 de 1998

1011 de 2006

2309 de 2002

Resoluciones:

1020 de 2002

13437 de 1991

3881 de 1992

04252 de 14 de 1997

5061 de 1997

5261 de 1994

1995 de 1999

1231 de 2001

Ítem 7 del Acuerdo 306 de agosto 16 de 2005 del CNSSS

4. Contestación de la demanda

4.1. E.P.S. Saludvida S.A. (Fls. 505 a 514 C. 1A)

La demandada EPS contestó la demanda se pronunció sobre los hechos de la demanda diciendo que unos no le constan y que otros no son ciertos.

Sostiene que la EPS cuenta con una Red de Prestación de servicios que incluye las mejores instituciones prestadoras de salud de la región, sin embargo tal como consta en las

comunicaciones obrantes en la historia clínica del paciente, no se trasladó debido a la ausencia de especialista, hecho que resulta ajeno a la voluntad de la EPS.

Seguidamente propone las excepciones de falta de competencia, argumentando en que por ser un régimen especial, y pro la naturaleza de las pretensiones, el Despacho carece de competencia para conocer del asunto.

La inexistencia de responsabilidad por parte de Saludvida, por cuanto es una entidad que según la resolución 1231 de 2001 si bien es partícipe dentro del grupo de actores del sistema de salud, no tiene como ejercicio la actividad médica. Y que si la actividad médica y al responsabilidad de dicha actividad en el caso de estudio, no se demuestran los presupuestos para endilgar la falla en la prestación del servicio de salud como entidad Promotora de Salud; y que, el señor Javier Donaldó Márquez García se encontraba afiliado al régimen subsidiado en Salud a través de Saludvida, entidad que no demoró la autorización de los servicios que requería el paciente.

Cita la inexistencia de los elementos de responsabilidad que configura los elementos de falla en el servicio, afirmando que no obra dentro del proceso existencia de responsabilidad por parte de Saludvida, y que la actividad médica no desplegada no da cuenta de esos presupuestos.

Propone la ausencia de nexo causal, exponiendo que el señor Javier Donaldó Márquez García, obtuvo tratamiento integral y acorde con su patología, así como que no señala que por acción u omisión de la EPS hubiera fallecido el mismo; y que, si hay inexistencia de acción u omisión por parte de Saludvida E.P.S. S.A. trae como consecuencia la ausencia del elemento axiológico de la relación de causalidad, por lo que la presunta lesión ocasionada, no puede ser consecuencia directa ni exclusiva de un hecho que no se establece en la demanda.

Y finalmente, afirma que hay ausencia de daño, porque la responsabilidad que se deriva del daño tampoco está demostrada dentro de la demanda, ni se establece con claridad la intención dañina.

4.2. Municipio de Manizales (Fls. 537 a 547 C. 1A)

El demandado Municipio de Manizales responde la demanda y se pronuncia sobre los hechos argumentando que los hechos ocurrieron en una entidad diferente al Municipio, sobre las pretensiones, dice oponerse a la totalidad de las mismas.

Como fundamento de defensa expone que el Sistema de Seguridad Social en Salud tiene dos regímenes, el contributivo y el subsidiado; a su vez con tres tipos de participantes, como lo son afiliados; afiliados al régimen subsidiado y participantes vinculados.

Así como cita que, la competencia de las entidades territoriales en materia de prestación de servicios de salud, está limitada al artículo 6 de la ley 10 de 1990, cuando señala que corresponde a los municipios la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención, que comprende los hospitales locales, los centros y puestos de salud; en tanto que a los departamentos les corresponde la dirección y prestación de servicios de salud de segundo y tercer nivel; y que, el municipio de Manizales satisface la prestación del servicio de salud a la población vinculada en lo correspondiente al primer nivel de atención a través de Assbasalud ESE, el Hospital geriátrico San Isidro y el Hospital de Caldas en dicho momento, y que el profesional especialista del área de la salud, no está contenido en el recurso humano mínimo indicado en la normativa citada (inciso 2° del párrafo 2° del artículo 2 del Decreto 2759 de 2001) para el municipio como ente territorial.

En lo que respecta al sistema de referencia y contrareferencia, precisa que no todos los hospitales EPS o IPS, pueden ni deben tener personal y equipo suficiente para atender a pacientes gravemente traumatizados, pero que todo médico de urgencias debería conocer las indicaciones para trasladar a los pacientes; y que, en todo caso, dicho régimen es entre las ESE o IPS; y que por ello, era Saludvida EPS, quien junto con la red de prestadores de servicios por ella contratada, era la que debía brindar la atención médica que requería el señor Javier Donaldó Márquez García, aduciendo que no existe entonces, nexo que haga posible derivar la responsabilidad patrimonial en contra del municipio de Manizales; y finalmente, propone como excepciones ineptitud de la demanda por falta de legitimación por pasiva,

4.3. Dirección Territorial de Salud de Caldas (Fls. 599 a 610 C. 1A)

La demandada Dirección Territorial de Salud de Caldas, respondió la demanda diciendo que no le constan los hechos de la misma, y que éstos deben probarse.

Aduce que al revisar la bitácora del Centro Regulador de Urgencias (CRUE), correspondiente al mes de octubre de 2006, específicamente el día 14 a las 15 horas, la doctora Jhoana Guerra solicita autorización para la realización de ecografía hepatobiliar, por cuadro de dolor abdominal tipo cólico en hipocondrio derecho, radiado al hombro y espalda, e inmediatamente se generó la autorización; y que en el caso de la DTSC, ésta emitió la autorización número 34300 en desarrollo de sus competencias, además porque se consideró que la patología con que cursaba el paciente era no POS subsidiada. Así como que el especialista Roberto Ramírez solo podría ordenar el traslado del paciente cuando tuviese la certeza de la admisión, previo comentario del paciente conforme a lo estipulado por el decreto 2759 de 1991 y que la EPS Saludvida hubiese realizado los trámites correspondientes al tratarse de un paciente ubicado en la unidad de cuidados

intensivos, para lo cual debió disponer de una red suficiente y alterna; y que no es cierto que la DTSC fuera llamada a intervenir dentro del proceso de referencia del paciente, y que ese hecho debió ser conocido por la Secretaría de Salud de Manizales, y dicha Secretaría a través de su Dirección Local de Salud debió adelantar el proceso sancionatorio de la EPS.

Con relación a las pretensiones, manifiesta que se opone a todas ellas, argumentando que la DTSC no tiene funciones o competencias para prestación de servicios de salud; así como que no es la responsable de los hechos que se le imputa, y que no hay reglamento alguno que le asigne a la DTSC el deber de prestar servicios de salud.

Finalmente propone las excepciones que denomina falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a la naturaleza de la DTSC y a las obligaciones que por ley corresponden; y propone la ausencia de responsabilidad.

4.4. Empresa Social del Estado Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas (Fls. 715 a 740 C. 1A)

La vinculada ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas contestó la demanda citando que la Clínica Manizales codemandada en el asunto de la referencia, pretendió la vinculación de la ESE mediante la figura del llamamiento en garantía, sin aportar la prueba necesaria para ello, y sin razones claras para argumentar dicho llamamiento; por lo que, sorprende a su apoderado que una vez rechazado el llamamiento, el despacho de oficio, argumentando como fin evitar una sentencia inhibitoria, vinculó directamente a dicha ESE, pasando incluso por encima del requisito de procedibilidad; afirmando además que se rompe con ello la caducidad de la acción respecto de la vinculada, toda vez que los hechos ocurrieron en el mes de octubre de 2006 y solo se le notificó la demanda en febrero de 2013.

En cuanto a los hechos relacionados con la falla, afirma que no le constan y que se atiende a lo que resulte probado dentro del proceso; y que de conformidad con las normas legales sobre la materia, la entidad donde se atiende el paciente debe contar con los recursos de habilitación para prestar los servicios que ofrece, los cuales deben ser prestados a sus pacientes, según las relaciones establecidas con la respectiva EPS; y que, tratándose de ayudas diagnósticas, que se requieren y con las que no cuenta esa institución prestadora de servicios de salud, corresponde a la EPS proceder a dar las autorizaciones para su realización en una de las entidades previstas dentro de su red de servicios, la cual debe tener definida con antelación.

Sostiene el apoderado judicial que, en lo relacionado con la remisión citada en los hechos de la demanda, ésta nunca se llevó a cabo, en particular no se hizo a la ESE Santa Sofía,

lo cual desliga del proceso de atención de la ESE citada, por lo que resulta contradictorio hablar de falla en la prestación del servicio; así como que la ESE no tenía cama disponible durante la época de los hechos. Y que, al revisar el expediente de la actuación administrativa, se encuentran notas que evidencian que las autorizaciones para el traslado por parte de la EPS subsidiada Saludvida, no se expidió ninguna; y que al 30 de octubre de 2006 sólo se encuentran dos autorizaciones dadas por la EPS, específicamente para internar al paciente en la Clínica Manizales.

Afirma que al revisar los archivos de la ESE Hospital Santa Sofía de Caldas, para la época de octubre de 2006, no se tenía suscrito contrato con la EPS subsidiada Saludvida, por lo que se concluye que esta entidad, no hacía siquiera parte de la red de prestadores de esa entidad.

Finalmente la ESE Hospital Santa Sofía propone las excepciones que denomina caducidad respecto de la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas; ser otra la acción judicial a tramitar para la reclamación de perjuicios e inepta demanda; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de falla en la prestación médico ajustada a la lex artis y a los protocolos de atención según los niveles de complejidad autorizados para la entidad; la responsabilidad de la entidad demandada es obligación de medios y no de resultados; ausencia de nexo causal; culpa exclusiva de un tercero e inexistencia de perjuicios y por ende no a lugar de las condenas económicas reclamadas por los accionantes.

4.5. Llamada en garantía La Previsora S.A. por parte del Municipio de Manizales (Fls. 643 a 654 C. 1A)

La llamada en garantía por parte del Municipio de Manizales se pronuncia sobre la demanda, y afirma que no le consta ninguno de los hechos, y que deben probarse; afirma que al municipio de Manizales no le cabe responsabilidad alguna por los hechos endilgados, pues tal como dijo a la contestación de la demanda, en ese caso, existen eximentes de responsabilidad; y que así las cosas, no teniendo el asegurado responsabilidad en el evento, mal puede predicarse de la llamada en garantía, responsabilidad pecuniaria frente a este.

Propone la aseguradora las excepciones que denomina inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la actuación del municipio y falta de requisito de procedibilidad.

Y frente a los hechos del llamamiento en garantía, afirma que inicialmente son ciertos por la suscripción de la póliza 1002266, la cual tiene una serie de condiciones, amparos, cobertura, valores asegurados deducibles y exclusiones; y hace alusión a la exención de

indemnizar por cuanto los hechos a su juicio, se encuentran por fuera de la cobertura de la póliza en cita, pues ésta ampara la responsabilidad civil extracontractual del asegurado derivada de las actividades desarrolladas por el mismo, en el giro normal de sus negocios; y que, según los hechos de la demanda, acaecidos el 31 de octubre de 2006, éstos ocurrieron en las instalaciones de la Clínica Manizales, o sea que para que el municipio de Manizales sea tenido como responsable de lo supuestamente acaecido se requiere no solamente que se demuestre la existencia del daño, sino que fue por una actuación en cabeza de la administración municipal, y el nexo causal entre el daño y dicha actuación; y que en el evento que se declare la responsabilidad del asegurado, la póliza excluye los daños a personas o a bienes de terceros causados por dolo o culpa del asegurado, o sus representantes y los derivados de obligaciones adquiridas por el asegurado en virtud de contratos; y que el mero llamamiento de garantía no es de por sí una obligación absoluta a cargo de La Previsora S.A., ya que la situación se define por las condiciones de la póliza y que no toda condena contra el municipio de Manizales debe ser reembolsada.

Finalmente propone las excepciones al llamamiento en Garantía formulado por el municipio de Manizales, como lo son inexistencia de obligación de indemnizar al asegurado; no cubrimiento de la póliza para eventos de naturaleza contractual; inoperancia de la póliza base del llamamiento como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda; excepción de prescripción de la acción, y excepción del límite asegurado.

4.6. Llamada en garantía La Previsora S.A. por parte de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía (Fls. 757 a 769 C. 1A)

La llamada en garantía por parte de la ESE Santa Sofía contesta la demanda y el llamamiento en garantía, citando que por cuanto a la ESE no le cabe responsabilidad alguna por los hechos endilgados, no habría lugar responsabilidad alguna por parte del asegurado, y dice que coadyuva las excepciones propuestas por la ESE.

Frente al llamamiento en garantía cita que al tener la ESE causales claras de exoneración no habría lugar a pago y propone las excepciones de inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil por los hechos de la demanda; no aseguramiento bajo la póliza para hechos devenidos de abandono y/o negativa de atención al paciente; ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no notificación oportuna del siniestro; inoperancia de la póliza base del llamamiento, como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda; prescripción de la acción y límite del valor asegurado.

5. Sentencia Primera Instancia (Fls. 1082 a 1122 C. 1B)

El día 31 de agosto de 2015, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del

Circuito de Manizales, profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, en la cual resolvió declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Manizales, la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la ESE Hospital Departamental Santa Sofía; así como accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró administrativamente responsable a Saludvida S.A. E.P.S. y la condenó a cancelar por pérdida de oportunidad del señor Javier Donaldo Márquez García, un monto de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes; así como al pago por concepto de perjuicios morales la misma suma de dinero para cada uno de ellos; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de las decisiones citadas, esto es, la declaración de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Manizales, la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la ESE Hospital Departamental Santa Sofía, citó la ley 715 de 2001, así como la ordenanza 446 de 2002, y refiere que la DTSC es responsable de dirigir, gestionar, coordinar y vigilar la prestación de servicios de salud de la población del departamento de Caldas, en lo que no tenga cobertura con subsidio de la demanda; de modo que, teniendo en cuenta que el señor Javier Donaldo Márquez García, se encontraba afiliado a Saludvida EPS S.A. en el nivel 2, le era aplicable la ley 100 de 1993. De tal manera que, la responsabilidad para expedir las órdenes y remitir a los afiliados a las administradoras de servicios de salud EPS, recae en tales entidades, quienes deben activar su red de prestadores con el fin de ubicar el paciente en el menor tiempo posible en un centro asistencial que cumpla con las exigencias determinadas para el cuidado que se requiere.

Así mismo cita que en el año 2006, se encontraba vigente el acuerdo 306 de 2005, por lo que correspondía a Saludvida EPS S.A., la obligación de suministrar aquellos medicamentos o procedimientos que necesitara el paciente para restablecer o mantener su estado de salud, y no la DTSC.

Con relación a la ESE Hospital Departamental Santa Sofía, expone la Juez de instancia que, no se encuentra legitimada por pasiva, como quiera que nada tuvo que ver con los daños alegados en la demanda, pues en ningún momento dicha entidad prestó atención médica al paciente, tal como lo afirmó la misma parte demandante. Y como consecuencia de ello, considera que tampoco la Previsora S.A. se encuentra legitimada dentro del presente asunto.

Continúa la Juez con una exposición sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, y específicamente sobre el régimen de responsabilidad médica, citando que la posición de dicho momento era la falla probada del servicio; así como que se ha estudiado la responsabilidad médica desde la tesis denominada pérdida de la oportunidad o chance, al considerar que la falla en la prestación del servicio de salud se configura por el sólo hecho

de no brindar acceso a un tratamiento, aún en los casos que de no haberse realizado, el paciente no tuviera posibilidades de mejoría, y debe determinarse la responsabilidad en que pudieron haber incurrido la Clínica Manizales y Saludvidas EPS, como consecuencia de no expedir las órdenes y autorizaciones para tratar la patología del paciente, y la tardanza en la remisión a un centro hospitalario de mayor complejidad al paciente que perdió finalmente su vida el 31 de octubre de 2006.

Seguidamente se hace un estudio del daño, quedando demostrado con suficiencia con el fallecimiento del señor Javier Donaldó Márquez; y continúa con el estudio de la prestación del servicio, inicialmente por parte de la Clínica Manizales y hace un estudio minucioso de la historia clínica del paciente, realizando una extensa transcripción de ésta, concluyendo que el día 16 de octubre de 2006 el señor Javier Donaldó Márquez García ingresó a la Clínica Manizales remitido del centro de salud Assbasalud de la Enea, refiriendo 15 días de evolución consistente en dolor en hemitorax derecho y abdomen, así como disnea, tos y fiebre.

También expone que la historia clínica evidencia que el paciente ingresó en regulares condiciones, haciéndose un diagnóstico inicial de derrame pleural derecho, derrame pericárdico, ensanchamiento del mediastino y síndrome vena cava superior, neumonía y HTA; y debido a las condiciones presentadas, ingresó el paciente inmediatamente a la unidad de cuidados intensivos. Y que, desde el mismo día de su ingreso, se estableció como conducta a seguir, la remisión al Hospital Santa Sofía para la realización de una mediastinoscopia, efectuando varias llamadas a dicha entidad, quien respondía no tener disponibilidad de camas para el momento de los hechos, vinculando al paciente con el auditor de Saludvida para que gestionara el traslado correspondiente. El día 18 de octubre de 2006, se programó procedimiento denominado "*ventana pericárdica*", con el fin de manejar los diagnósticos iniciales.

La Juez narra que al paciente se le practicó ecografía hepática y de vías biliares el día 14 de octubre de 2006, cuyo resultado fue entre otros, moderado derrame pleural derecho y escaso derrame pericárdico. Posterior a lo cual, el 18 de octubre de 2006, se le practicó al paciente un procedimiento quirúrgico en la Clínica Manizales, denominado "*ventana pericárdica*", y que en el informe quirúrgico se consignó como descripción de hallazgos salida de abundante líquido. Y que se realizó tac de tórax, el día 19 de octubre de 2006 en el cual se encuentra entre otros, derrame pleural derecho que produce "*atelectasia pasiva del lóbulo inferior*". El día 26 de octubre de 2006, se le practicó al paciente una "*toracostomía*", así como que se le tomaron imágenes diagnósticas los días 18 y 30 de octubre de 2006, consistentes en radiografía de tórax; y que finalmente, se realizó ecocardiograma de fecha 18 de octubre de 2006, concluyendo el especialista "*derrame pericárdico moderado con efecto hemodinámico sobre cavidades derechas*".

Por otra parte, transcribe la Juez gran parte del dictamen pericial elaborado por la médica Gloria Stella Sánchez Quintero, del cual resalta que el deber de la Clínica Manizales era prestar una atención integral al paciente, quien presentaba una patología de difícil manejo; y que la Clínica Manizales si bien, era la responsable de la remisión del paciente al hospital Santa Sofía, ese caso no fue posible por no haber camas desocupadas en la UCI de dicha entidad; y que la Clínica de Manizales trató de remitir en varias oportunidades al paciente a un nivel superior de atención para tratar la patología que tenía, pero no le fue posible.

También transcribe apartados de las declaraciones de los médicos William Arias Betancourth y Gonzalo Calle Hoyos, médicos del hospital Santa Sofía, resaltando de dichas declaraciones que la entidad responsable del paciente era la EPS, que no realizó las solicitudes ni el trámite ante la realización de los procedimientos diagnósticos; así como que lo que se solicitó fue una interconsulta para la realización de un paraclínico llamado video mediastinoscopia, y que la remisión implica el traslado del paciente para el manejo integral, pero la interconsulta se utiliza para solicitar un concepto de una especialidad o para solicitar un paraclínico como en este caso. Así como que dejan presente que se hicieron múltiples requerimientos de autorizaciones y la única que se pudo evidenciar, fue una autorización para la prestación del servicio de cuidado intensivo del 30 de octubre de 2006 para la Clínica de Manizales, y que la unidad de cuidados intensivos de de Santa Sofía era idéntica a la Clínica Manizales, que se requería en tal caso, era un examen adicional para aclarar el diagnóstico, así como que otras entidades podían tener el cirujano de tórax.

De lo analizado por la Juez de instancia respecto de la responsabilidad que atribuible a la Clínica Manizales concluye lo siguiente:

- Que desde que el paciente señor Márquez García ingresó a las instalaciones de la Clínica Manizales remitido por Assabsalud de la Enea lo hizo en regulares condiciones, siendo internado de inmediato en la UCI.
- Que por la valoración del paciente y por resultados de exámenes, se le ordenó remisión o interconsulta al Hospital Santa Sofía, para la realización de un examen diagnóstico; y luego de insistentes llamadas, no fue posible obtener la remisión o interconsulta del paciente; ello por cuanto no tenían disponibilidad de camas, y porque nunca se expidió por parte de la EPS, la autorización correspondiente para el procedimiento requerido, pese a estar enterados de la situación del paciente.
- Que la atención brindada por la Clínica de Manizales al señora Javier Donaldo Márquez García, fue adecuada, pues realizó las acciones tendientes a manejar el diagnóstico inicial del paciente; y que no le era posible a dicha clínica, la

realización del examen denominado mediastinoscopia, pues no contaba con los medios idóneos para realizarlos.

Concluyendo que, la Clínica Manizales, brindó la atención adecuada al paciente, con las disposiciones médicas con las que contaba, por lo que no hay lugar a declarar la responsabilidad en la muerte del señor Javier Donaldto Márquez García, declarando próspera entre otras, la excepción de ausencia de culpa e inexistencia de responsabilidad.

Frente al estudio de la responsabilidad de la EPS Saludvida, la Juez de primera instancia inicia abordando el tema régimen subsidiado, y cita los artículos 156, 157 y 215 de la ley 100 de 1993, resaltando que las EPSs que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán directa o indirectamente los servicios contenidos en el Plan de Salud Obligatorio; así como que las direcciones locales, distritales o departamentales de salud, deberán suscribir contratos de administración del subsidio con las EPS que afilien a los beneficiarios de éste.

Refiere que el municipio de Manizales suscribió el 30 de septiembre de 2006 contrato 060930481 por medio del cual contrata con Saludvida S.A. E.S.P. la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud mediante subsidios plenos – unificados, y transcribir apartes del clausula segunda, concluyendo de allí que, correspondía a Saludvida S.A. E.P.S. emitir todas las órdenes correspondientes y garantizar los tratamientos que fueran prescritos por los médicos tratantes para establecer y manejar la patología presentada por el señor Javier Donaldto Márquez García.

Y continúa con un estudio probatorio, en el que resalta oficio de 22 de noviembre de 2006 del director zonal Caldas y la auditoría médica de Saludvida EPS, donde informan a la unidad de reacción Inmediata URI, en la cual informan que el señor Javier Donaldto Márquez se encontraba activo en la ARS Saludvida en el nivel 2 de Sisbén, y a quien se le expidieron las siguientes autorizaciones de servicios para ser atendido en la Clínica Manizales, con fechas 20 y 26 de octubre de 2006, para internación en UCI adulto en ambos casos.

Así mismo, cita la acta de auditoría clínica realizada el 26 de octubre de 2006, donde el médico auditor de Saludvida EPS precisa las situaciones acontecidas con el paciente, y resalta la Juez las llamadas realizadas por para obtener ubicación en Santa Sofía, pero que allí no había disponibilidad en UCI. Hay una nota del 30 de octubre donde dice que Santa Sofía ya tenía cama en UCI, pero ese día fallece el paciente. Y también cita informe de interventoría de la EPS Saludvida a las obligaciones contractuales, en las cuales se describen cuales son las entidades con las que se tiene contratados los diferentes servicios de salud; también cita el auto de 12 de diciembre de 2006, en el cual se ordena por parte de la DTSC auto de apertura de indagación preliminar contra la ARS Saludvida,

relacionado con la presunta inobservancia de las características de accesibilidad y oportunidad en el proceso de atención al señor Javier Donaldó Márquez García; y transcribe extensos apartados de dicho documento.

Transcribe algunas partes de la aclaración de dictamen judicial, del cual resalta que era necesaria la remisión del paciente a un nivel superior donde pudieran aclarar el diagnóstico y por el tratamiento; así como en los deberes de las EPSs prestadoras de servicios debe existir una red de entidades para la atención adecuada de los pacientes.

Nuevamente transcribe apartados de los testimonios de los médicos de Santa Sofía, William Arias Betancourth y Gonzalo Calle Hoyos; pruebas todas de las cuales concluye el Despacho de instancia que se encuentran demostradas las anomalías en la prestación del servicio por parte de la EPS Saludvida S.A. por cuanto nunca expidió la autorización para la realización del examen diagnóstico requerido por el señor Márquez García, ni aún obedeciendo a la medida previa ordenada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito dentro de la acción de tutela instaurada por su esposa; así como por no remitir al paciente a otra institución prestadora de servicios de salud que hiciera parte de la red, así como que el Hospital Santa Sofía de Caldas, nunca se negó a realizar los exámenes, pues no contaba con contrato vigente para esa época, y por no haberles llegado nunca la autorización necesaria para ello; y finalmente, porque a pesar de que la EPS Saludvida era consciente del estado crítico del paciente, y de que su vida dependía de la realización del examen, actuó de manera omisiva al no adelantar las gestiones pertinentes para que la orden impartida por el médico tratante se llevara a cabo.

Con relación al nexo causal expone que, pese a no existir certeza de que aún si Saludvida S.A. E.S.P. hubiere actuado con la diligencia debida, el señor Márquez García, habría mejorado su estado de salud y sobrevivido; pero si es cierto que, si hubiere actuado con diligencia y cuidado, no hubiere generado la pérdida de oportunidad de obtener su recuperación; declarando la responsabilidad de la EPS Saludvida, por la pérdida de oportunidad de obtener un diagnóstico más certero, como consecuencia de un tratamiento adecuado; lo cual encuentra nexo directo con la actuación administrativa.

Por último se pronuncia la Juez sobre los perjuicios derivados de la pérdida de oportunidad, y cita que el perjuicio autónomo que se indemniza, no deviene exactamente de la muerte del señor Javier Donaldó Márquez García, sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona para recuperar su salud y poder sobrevivir por un tiempo adicional; y que, el Despacho no se pronunciaría respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, por lo que se reconocerá con fundamento en el principio de equidad ilustrado.

Frente a los perjuicios morales, transcribe apartados de testimonios de las señoras Luz Adriana Muñoz Calderón y Sandra Marcela Calderón Quintero, y que por encontrarse

acreditada la aflicción sufrida por la señora Clara Isabel Calderón Zuluaga y Alexander Márquez Calderón, reconoce la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Recurso de apelación (Fls. 1125 a 1144 C. 1B)

El único apelante dentro del proceso de la referencia, es la demandada Saludvida EPS, quien dice que su inconformidad radica en que la Juez de instancia desconoció la valoración de los medios probatorios que se encuentran dentro del expediente, de las que se puede deducir a su juicio que, no existió nexo de causalidad entre el fallecimiento del señor Javier Donald Márquez García, ya que Saludvida S.A. E.P.S. no asume ninguna responsabilidad, debido a que existe una atención inicial de urgencias.

Refiere que al revisar el expediente y la historia clínica aportada, se observa que el paciente consulta en el puesto de salud de Assbasalud, y el día 16 de octubre de 2006, el señor Javier Donald Márquez García, ingresa a la Clínica Manizales S.A. por derrame pleural y neumonía 2, HTA, donde se le brindó la atención inicial de urgencia, siendo hospitalizado y cita que, de acuerdo al artículo 168 de la ley 100 de 1993, la entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento de que sea dado de alta, y que, si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que éste ingrese a la entidad receptora.

Cita que la obligación que se genera para las entidades promotoras de salud es la autorización de los servicios del POS – POS-S a la IPS que se presta este servicio de urgencia adscrita o no a la red de la EPS; y que el servicio de urgencias debe prestarse de manera obligatoria por las empresas públicas y privadas, tal como dispone el artículo 12 del decreto 4747 de 2007; y que, en el caso apelado, el servicio de urgencias lo prestó la IPS Clínica Manizales S.A., siendo Saludvida, quien realizó todas las gestiones a su cargo y alcance, para la debida prestación de los servicios al señor Márquez García, pero que no obstante sus gestiones, no encontró disponibilidad de camas para ello.

Refiere que existe una diferencia entre asegurador y prestador de servicios de salud, y que no obra prueba alguna de autorizaciones que la EPS, haya impedido u obstaculizado la solución oportuna del servicio, resaltando que no se requiere autorización alguna para la atención de urgencias; atención que no necesita contrato ni orden previa.

Sostiene el apelante que la responsabilidad de las IPS están enmarcada por los servicios que presten y estén habilitados por la Secretaría de Salud, de acuerdo al nivel de atención y grado de complejidad; y retira que la atención de urgencias tiene la responsabilidad sobre pacientes hasta el momento de ser dado de alta, si el paciente no ha sido remitido, debiendo garantizar la remisión adecuada.

Seguidamente expone un capítulo denominado falta de legitimación en la causa por pasiva, y afirma que en el trámite probatorio se encuentra demostrado que Saludvida EPS -S, no posee responsabilidad contractual o extracontractual frente a los hechos de la demanda, pues los hechos ocurridos involucran solo a las IPS, y la EPS contrató previamente los servicios de urgencias requeridos por el paciente, y cita extensos apartados de una sentencia del Consejo de Estado del año 2004 relacionada con las actividades médico asistenciales.

Resalta que en la declaración del médico Gonzalo Calle Hoyos, manifestó que la enfermedad del paciente progresó rápidamente, así como que el procedimiento sugerido al paciente era NO POS, por lo que, la entidad que debía autorizar el servicio médico ordenado al paciente, era la Dirección Territorial de Salud de Caldas. Así como que en el fallo de tutela, se ordenó como medida previa a la DTSC y a Saludvida, que gestionaran lo concerniente a la cirugía de tórax; pero que al analizar la historia clínica el paciente no requería dicho servicio, sino una interconsulta para la realización de un examen llamado video mediastinoscopia, el cual debía ser autorizado por la DTSC, por ser éste un servicio NO POS.

Continúa con un capítulo denominado inexistencia de nexo causal, y que en este caso, se debía demostrar cuál fue la actuación u omisión que produjo el daño imputado y que la EPS, no actuó con diligencia frente al proceso de autorizaciones y traslado a un hospital de mayor nivel.

Se remite igualmente al informe pericial de la doctora Gloria Stella Sánchez Quintero, quien dice que las entidades demandadas no son responsables directamente de los protocolos de atención hospitalaria y que los protocolos son llevados a cabo en cada entidad prestadora de servicios de salud, y que la Clínica de Manizales era responsable de la remisión del paciente al Hospital Santa Sofía, la cual no fue posible por no haber disponibilidad en camas de la UCI, concluyendo el apelante, que el desenlace del paciente no fue responsabilidad de la EPS demandada.

Con relación a la existencia de un daño indemnizable, y cita un texto que dice estar contenido en un informe de la Fiscalía, donde dice que se trataba de una persona sin diagnóstico definido, y que probablemente su remisión a un tercer nivel de atención, no hubiera cambiado el desenlace final; transcripción que finaliza diciendo que *“no hubo negligencia por parte de la institución que inicialmente atendió a la señora Espinosa Rojas”*.

Sobre el nexo, cita que es inexistente, pues no hubo acontecimiento imputable a las entidades demandadas, por lo que no debe haber lugar a condena alguna.

Incluye en su escrito de apelación un capítulo que denomina ausencia total de la falla del servicio, y afirma que no existen pruebas que indique que la EPS Saludvida, hubiere omitido o retardado la prestación del servicio médico; así como que se realizó todo el proceso de referencia y contra referencia del señor Javier Donaldo Márquez García y que no se requería autorización previa de la EPS para el traslado y la atención médica, constituyendo ello una causal de exoneración de responsabilidad.

Aduce que lo relacionado con la ausencia de camas disponibles, no dependía de la EPS, y se aleja de su voluntad dicha situación, no lográndose probar a su juicio, la imputabilidad del daño; y que si bien se afirma que el paciente requería remisión, no obra prueba dentro del proceso que lo demuestre, pues lo que requería era una interconsulta de un servicio NO POS, que debía ser autorizado por la DTSC.

Finalmente, refiere una indebida y exagerada cuantificación de los perjuicios, por cuanto se ordena en el fallo de primera instancia cancelar por la pérdida de oportunidad del señor Javier Donaldo Márquez García, el monto de “20” (SIC) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como esa suma a cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales. Y sin más argumentos, afirma que hay una indebida cuantificación de perjuicios, aduciendo que no se encuentran debidamente probados, así como tampoco el nexo causal, por lo que no hay lugar a imponer condena alguna a la EPS.

7. Alegatos en segunda instancia

7.1. Alegatos del Municipio de Manizales (Fls. 6 a 8 C. 5)

El demandado municipio de Manizales, presenta escrito de alegatos afirmando que, resultó acertada la decisión de la Juez de primera instancia en la cual declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta; y que hasta el 19 de enero de 2011, el municipio suscribía los contratos para el aseguramiento del régimen subsidiado con la EPS, pues a partir de esa fecha se hace una modificación, pues desde el año 2001 los contratos de prestación de servicios de salud que suscribe el Ministerio de Salud y Protección Social con las EPS respectivas, y éstos a su vez, contrataron los servicios en los tres niveles con las IPS privadas o con las ESE públicas, y que el municipio se limita hoy, solo a suministrar al Ministerio de Salud la base de datos de las personas afiliadas al régimen subsidiado.

También refiere que el señor Javier Donaldo García se encontraba afiliado a Saludvida S.A. en el nivel 2, por lo que era la EPS quien debía prestar directa o indirectamente los servicios del POS, así como la obligación de ubicar al paciente en el menor tiempo en un centro asistencial que cumpla con las exigencias determinados para el cuidado requerido. Motivos por los cuales, no es posible atribuir al municipio de Manizales responsabilidad

alguna frente a los hechos de la demanda.

7.2. Dirección Territorial de Salud de Caldas (Fls. 9 y 10 C. 5)

La DTSC presenta escritos de alegatos en los cuales solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia en lo referente a la declaración probada de la expedición de falta de legitimación en la causa por pasiva de la DTSC; pues se encuentra demostrado que la DTSC no presta de manera directa servicios de salud, pues ello no está en sus funciones. Y que, al encontrarse demostrado que el señor Javier Donaldto Márquez García se entornaba afiliado a la EPS Saludvida, esa era la entidad que debía garantizar la atención médica, siendo la llamada a responder y darle trámite al tratamiento requerido por el paciente.

7.3. Llamada en garantía por la ESE Hospital Santa Sofía La Previsora S.A. (Fl. 11 C. 5)

La llamada en garantía presenta un escrito en el cual, dice que no existe reparo en cuanto a la sentencia de primera instancia, que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía, pues no existe prueba real del vínculo del cual pueda predicarse responsabilidad alguna en el daño producido, pues la EPS Saludvida nunca emitió la autorización correspondiente para remisión a otro nivel, así como que para la fecha no se tenía contrato por parte de la EPS Saludvida con la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas.

7.4. Llamada en garantía por el Municipio de Manizales La Previsora S.A. (Fls. 12 a 14 C. 5)

La llamada en garantía pro el municipio de Manizales, cita que no tiene reparo frente a la sentencia proferida en primera instancia, especialmente frente a la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Manizales.

Cita que en el evento que deba analizarse la posición de la compañía aseguradora frente al llamamiento en garantía realizado, precisa que la póliza de responsabilidad civil número 1002266 mediante la cual se le vinculó, contempla como exclusión la responsabilidad de sus asegurados por obligaciones adquiridas en virtud de contratos; y que la reparación pretendida tiene su fundamento en el incumplimiento de un contrato.

8. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, tal como se consigna en constancia secretarial

que reposa a folio 15 del cuaderno 5.

II. Consideraciones

Solicita la parte actora que, a título de indemnización, se pague a los demandantes unas sumas de dinero para cada uno de los demandantes, por los perjuicios materiales e inmateriales padecidos por la muerte de su padre y esposo, señor Javier Donaldo Márquez García.

Debe precisarse que los problemas jurídicos que se resolverán en este proceso, se circunscriben exclusivamente a los motivos de inconformidad planteados por la única parte apelante dentro del presente asunto, que es la EPS Saludvida S.A.

Por lo anterior, se hace una sinopsis de los argumentos expuestos por la EPS Saludvida en su escrito de apelación, los cuales trae como motivos de inconformidad con la sentencia proferida, a saber:

- Afirma que la Juez de primera instancia desconoció la valoración de los medios probatorios que se encuentran dentro del expediente, afirmando que no existió nexo de causalidad entre el fallecimiento del señor Javier Donaldo Márquez García y la actuación de la EPS Saludvida.
- Dice que quien hubiere prestado la atención inicial de urgencias, es la entidad responsable del paciente hasta que se le dé de alta, si no ha sido objeto de remisión; y si ha sido remitido, la responsable es la entidad receptora; y que, en este caso la entidad que tenía a cargo el paciente era la Clínica de Manizales S.A.
- Sostiene que Saludvida realizó las gestiones pertinentes para la atención en salud del señor Javier Donaldo Márquez García, y que no existe evidencia de autorizaciones relacionadas con la EPS hubiesen impedido u obstaculizado la oportuna prestación de salud, y que para el trámite administrativo de la atención de urgencias, no se requiere autorización alguna.
- Hace referencia a la falta de legitimación en la causa por pasiva, refiriendo que Saludvida no posee responsabilidad contractual ni extracontractual en el caso de la referencia, pues a su juicio, son las entidades obligadas a prestar los servicios de salud, quienes determinan lo que requiere el paciente, donde en el servicio de urgencias se debe dar la atención que sea requerida.
- Se refiere al testimonio rendido por el médico Gonzalo Calle Hoyos, y resalta de éste que, al apaciente le progresó rápidamente la enfermedad, así como que el procedimiento que se requería era no POS, afirmando que siendo ello así, la

entidad que debía autorizar el servicio médico ordenado al paciente era la DTSC.

- También afirma que no existe en este caso un nexo causal, y que se debe para ello analizar los medios probatorios correspondientes, pues la actuación de Saludvida no es la causa efectiva del daño.
- Refiere que hay ausencia total de falle en el servicio, pues Saludvida realizó todo lo necesario para el proceso de referencia y contrareferencia del paciente, señor Javier Donaldó Márquez García, y aclara que no se requiere de autorización previa de la EPS para el traslado y atención médica; y que, contrario a ello, lo que se comprueba es que Saludvida brindó todo lo requerido por el paciente, actuó diligentemente; y que debe tenerse en cuenta que esta entidad es aseguradora, no prestadora del servicio; y como aseguradora no omitió deber alguno, pues garantizó en todo momento la atención del paciente; pero que por circunstancias especiales de tiempo, modo y lugar que no dependieron de su voluntad, debido a la no disponibilidad de camas acontecieron los hechos.
- Finalmente, afirma que hay una indebida y exagerada cuantificación de perjuicios, estando éstos por fuera de la realidad; sin presentar más argumentos en este punto.

1. Los problemas jurídicos a resolver

Esencialmente, los problemas jurídicos a resolver se contraen a los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de Primera Instancia imputó el fallecimiento del señor Javier Donaldó Márquez García a la actuación de la EPS Saludvida; y, en caso afirmativo, efectivamente es la actuación u omisión de la EPS en cita, el origen del fallecimiento de dicho señor?

¿Cuál es el régimen de responsabilidad que tienen las EPS en el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, vigente para la época de los hechos?

¿Cuáles son las acciones u omisiones que se le imputan a la EPS Saludvida en relación con la atención en salud prestada al señor Javier Donaldó Márquez García; y si esas acciones u omisiones constituyen la causa en la producción del daño padecido por el citado señor?

¿Las acciones u omisiones en las que pudo incurrir la demandada EPS Saludvida, le restaron al señor Javier Donaldó Márquez García, la oportunidad

de tener un diagnóstico acertado?

¿Los perjuicios a los cuales se condenó a pagar a la EPS Saludvida S.A. en la sentencia proferida en Primera Instancia estuvieron debidamente cuantificados?

- 1.1. La sentencia de Primera Instancia imputó el fallecimiento del señor Javier Donaldo Márquez García a la actuación de la EPS Saludvida; y, en caso afirmativo, efectivamente es la actuación u omisión de la EPS en cita, el origen del fallecimiento de dicho señor?**

Lo primero que se hace necesario precisar es que, en su escrito de apelación, la EPS Saludvida afirma que no existió nexo de causalidad entre el fallecimiento del señor Javier Donaldo Márquez García y dicha entidad; pero lo que se afirma en la sentencia de primera instancia es lo siguiente:

“(...) De este modo y pese a que no existe certeza de que aún si Saludvida S.A. E.P.S., hubiere actuado con diligencia debida, el señor Márquez García, habría mejorado su estado de salud y sobrevivido; no hay lugar a hesitación alguna, en relación a que obrar de tal forma, esto es, con la diligencia y cuidados que a ella le correspondían, no hubiese generado la pérdida de oportunidad de obtener su recuperación.

Así las cosas, dado que la omisión de la entidad al autorizar el examen diagnóstico, le restó oportunidades al paciente de preservar su vida, el Despacho declarará la responsabilidad de Saludvida S.A. E.P.S., por la pérdida de la oportunidad de obtener un diagnóstico más certero y, como consecuencia de ello, un tratamiento adecuado, la cual sí tiene nexo directo con la actuación administrativa (...)” (Fl. 1118 C. 1B)

De la cita que se permite la Sala hacer de la Sentencia proferida por la Juez de primera instancia, queda claro que, lo que allí se le imputó a la EPS recurrente fue la pérdida de oportunidad del paciente, no se le imputa la responsabilidad en el fallecimiento del mismo; de tal manera, que los argumentos que plantea en tal sentido tienen gran imprecisión sobre la naturaleza de la imputación que se le hace.

Ahora bien, sobre el marco jurídico de la responsabilidad por actos médicos, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha definido que es el correspondiente al de falla probada, tal como lo ha definido en el siguiente sentido:

“De manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera- Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014. Rad. 31182 Radicación: 050012331000199903218-0

[...] Por lo anterior, la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarian los postulados de la lex artis o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra.

Así las cosas, como esta Subsección lo recordó en sentencia del 29 de julio del 2013, en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras de la Sala: La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber de probar. (...)

Así pues, resulta necesario acreditar los elementos que configuran la responsabilidad médica, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo causal entre esta y aquel; por lo que se requiere revisar la actuación de la EPS Saludvida, con el fin de verificar, para ver si se encuentran los anteriores elementos de los que se pueda desprender una responsabilidad administrativa.

1.1.1. Del daño

Considera la Sala innecesario estudiar detalladamente este primer elemento, pues éste no es discutido dentro del proceso, solo en la apelación se dice que el daño, conformado por la omisión en la atención médica no se encuentra demostrado; pero no se discute el daño per se, que es la muerte del señor Javier Donald Márquez García, el cual se encuentra con suficiencia acreditado con el registro civil de defunción (Fl.104 C. 1) y la consignación en la historia clínica de su fallecimiento (Fl. 139 C.1).

Para estudiar los demás elementos que configuran la responsabilidad, se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos.

1.2. ¿Cuál es el régimen de responsabilidad que tienen las EPS en el Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, vigente para la época de los hechos?

El 177 de la ley 100 de 1993 define las EPS de la siguiente manera:

“Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.” (Resalta la Sala).

Y a su vez, el artículo 178 contiene como funciones de las EPS las siguientes:

1. *Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.*
2. *Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.*
3. *Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.*
4. *Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
5. *Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.*
6. *Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.*
7. *Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.* (Subraya la Sala).

A su vez, el artículo 179 de la misma norma contempla como campo de acción de las Entidades Promotoras de Salud:

“Para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada Entidad Promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud

***Parágrafo.** Las Entidades Promotoras de Salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno nacional.* (Subraya la Sala).

Con relación a la disponibilidad del servicio y acceso a los niveles de complejidad, el artículo 2 de la resolución 5261 de 1994, “*Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, dispone:

“En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.

Parágrafo. El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S. (Subraya la Sala).

Por su parte, el Decreto 2759 de 1991, mediante el cual se organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia, define en su artículo 2 el régimen de referencia y contrarreferencia de la siguiente manera:

“El régimen de Referencia y contrarreferencia, es el Conjunto de Normas Técnicas y Administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia.

Parágrafo 1o. El régimen de Referencia y Contrarreferencia facilita el flujo de usuarios y elementos de ayuda diagnóstica, entre los organismos de salud y unidades familiares, de tal forma que se preste una atención en salud oportuna y eficaz.

Parágrafo 2o. Se entiende por Referencia, el envío de usuarios o elementos de ayuda diagnóstica por parte de las unidades prestatarias de servicios de salud, a otras instituciones de salud para atención o complementación diagnóstica, que de acuerdo con el grado de complejidad den respuesta a las necesidades de salud.

Se entiende por Contrarreferencia, la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar.

La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica.

Parágrafo 3o. El régimen de Referencia y Contrarreferencia incluye las remisiones de usuarios o muestras biológicas, enviadas por los promotores de saneamiento, promotores de salud y otros agentes comunitarios tales como las parteras y los gestores de salud.”(Subraya la Sala).

Y el artículo 4 del mismo decreto, define las modalidades de solicitudes de servicios así:

“Dentro del régimen de Referencia y Contrarreferencia se dan las siguientes modalidades de solicitud de servicios:

1.- Remisión. Procedimiento por el cual se transfiere la atención en salud de un usuario, a otro profesional o institución, con la consiguiente transferencia de responsabilidad sobre el cuidado del mismo.

2.- Interconsulta. En la solicitud elevada por el profesional o institución de salud, responsable de la atención del usuario a otros profesionales o instituciones de salud para que emitan juicios y orientaciones sobre la conducta a seguir con determinados usuarios, sin que estos profesionales o instituciones asuman la responsabilidad directa de su manejo.

3.- Orden de servicio. En la solicitud de realización de actividades de apoyo

diagnóstico y/o tratamiento entre una institución y otra. Para lo anterior pueden referirse: Personas, elementos o muestras biológicas y productos del ambiente.

4.- Apoyo tecnológico. Es el requerimiento temporal de recursos humanos, de dotación o insumos, de un organismo a otro, para contribuir a la eficiencia y eficacia en la prestación de servicios, de conformidad con el principio de subsidiariedad, evitando así el desplazamiento de usuarios.” (Subraya la Sala).

De las normas en cita, se desprende que dentro de las responsabilidades de las EPS en el Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentran las de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados; así como organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional; definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional; establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud; así como que para garantizar el Plan Obligatorio a sus afiliados, prestaran directamente o mediante servicios de salud contratados con las IPS y los profesionales; y cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, ello se hará mediante la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S.. Y, también, está dentro de sus obligaciones que, cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él.

1.2.1. El Nexo causal

Para determinar este elemento, se hace necesario despejar los siguientes problemas jurídicos planteados.

- 1.3. ¿Cuáles son las acciones u omisiones que se le imputan a la EPS Saludvida en relación con la atención en salud prestada al señor Javier Donaldto Márquez García; y si esas acciones u omisiones constituyen la causa en la producción del daño padecido por el citado señor?

De lo probado dentro del proceso

De la historia clínica del señor Javier Donaldto Márquez García se hacen las siguientes transcripciones:

Epicrisis

Del ingreso

Fecha de ingreso: 16 mes 10 año 06 hora: 9:50

Motivo de Consulta: Derrame pleural

Enfermedad actual: 2 semanas dolor hemitórax derecho, disnea.

Antecedentes: HTA

(...)

*Dx de ingreso: 1) Derrame pleural 2) Neumonía 2
(...)*

De la evolución

Cuadro de 2 semanas de evolución, entumecimiento con hemitorax derecho.

(...) Ingreso en regulares condiciones (ilegible) derrame pericardio con efecto hemodinámico.

18-X-06 Se remite a Santa Sofía mediastinoscopia.

Notas de enfermería (Fls. 128 a 139 C. 1)

Octubre 23/06

“(...) Paciente que tiene pendiente traslado a Santa Sofía. El Paciente ya fue comentado al doctor Jaramillo y en la tarde lo comenta con el doctor Andrés de urgencias, quien comenta que a él no le han comentado nada, pero igual se dejan los datos al doctor Andrés quien refiere que lo llame en ½ hora, efectivamente se llama y el doctor refiere que no hay cama ni en UCI ni en intermedio que llamara mas tarde. (...) pendiente llamar nuevamente a Santa Sofía para el traslado, en la tabla queda la hoja con el resumen de la H. para dicho traslado.

24-10-06 5+30 (...) Se llamó a Santa Sofía y se habló con el Dr. Zuluaga quien tomó los datos del paciente pero dijo que por el momento no había camas disponibles que llamara en la mañana. P/ traslado a Santa Sofía.

26/10/06 (...) Se llama al Hospital Santa Sofía en 2 ocasiones y se habla con el Dr. Andrés Pineda y Néstor Agudelo, quienes manifestaron no haber disponibilidad de camas.

25/10/06 5+50 (...) pendiente reporte de laboratorios, traslado Santa Sofía.

X-25-06 (...) Se llama nuevamente a Santa Sofía se habla con el Dr. José Fernando Zuluaga de urgencias, el cual informa nuevamente (...) en el momento no hay camas disponibles (...) pendiente traslado a Santa Sofía y (ilegible) de tórax.

que 26-X-06 14+00(...) desde horas de la mañana se comentó paciente con auditoría de Saludvida para que se le consiga cama en Santa Sofía. Hasta el momento no hay razón.

16+00 La auditora informa mañana viene a recoger la HC para llevársela a Santa Sofía y comentarlo con médico de allá.

27-oct-06 (...) Pte remisión a Santa Sofía, y la auditora de Saludvida consiga la cama.

28/10/05 Pte (ilegible) y Rx Tórax y traslado a Santa Sofía.

28-10-06 18+20 (...) Pte remisión a Santa Sofía para mañana

(fecha ilegible) traslado a Santa Sofía.

Se habla con auditora de Saludvida para que gestione lo más pronto posible el traslado a Santa Sofía, se (ilegible) del estado del paciente y la urgencia del traslado a ese servicio

Hoja de evolución (Fls. 133 a 180 C. 1)

23-X-06 14+50 (...) Diagnósticos presuntivos:

Poliserositis

Derrame pericardico – ventana pericardial

Obesidad

Sospecha tumor mediastino

24-10-06 20+00 (...) Plan: Soporte (ilegible) P/ traslado a IV nivel (Santa Sofía)

26-10-06 10+10 (...) Plan(ilegible) para drenaje del derrame pleural – En trámite envío a Santa Sofía.

27-10-06 8 hr. (...) Plan: 1) Pendiente disponibilidad de cama en Santa Sofía
16+40 La auditoría de saludvida se lleva copia de la historia clínica para comentar en Santa Sofía

29-X-06 17 hr (...) No han autorizado el traslado a Santa Sofía

30-10-06 7+10 PROBLEMA: Pendiente autorización de traslado por parte de Santa Sofía.

Formato de remisiones (Fl. 185 C. 1)

Número de remisión 34333

Nombres: Javier Donaldo

Apellidos: Márquez García

En condición de: Subsidiad

Origen: Clínica la Enea

Destino: Clínica Manizales S.A.

Del dictamen pericial rendido por la perito médico Gloria Stella Sánchez Quintero (fls. 100 a 107 C. 3A) se permite esta Sala transcribir lo siguiente:

“Cuestionario.

2. *¿Cuál era el deber de la EPS Saludvida, respecto a la gestión administrativa de la prestación hospitalaria y el manejo de la patología de Javier Donaldo Márquez García?*

El deber de la EPS Saludvida es dar aprobación de aquellos procedimientos y/medicamentos de forma oportuna cuando el paciente requiera.

(...)

7. *¿Las entidades demandadas, en especial la IPS, EPS y la Dirección Territorial de Salud, realizaron las acciones necesarias para el cumplimiento de sus deberes respecto al tratamiento y de servicios de salud a la patología de Javier Donaldo Márquez García?*

El paciente presentaba un síndrome de vena cava superior, secundario a una masa en mediastino, requería aclarar el diagnóstico con otros paraclínicos más especializados, en el nivel que estaba no era posible hacerlos.

Cuestionario parte demandante:

6. *¿Qué tratamientos ameritaba para la prestación de los servicios de salud el señor Javier Donaldo Márquez García, según la patología que presentaba? Requería otros exámenes diagnósticos más complejos, para así saber qué tipo de masa presentaba y así poder establecer un tratamiento idóneo.*

8. *¿En qué consiste el procedimiento de mediastinoscopia? Mediastinoscopia es un procedimiento en el cual se introduce un mediastinoscopio (Tbo con Haz de luz) por la región cervical al mediastino para visualizar las estructuras de la parte superior del tórax.*

12. *¿Con base en la historia clínica en qué momentos - fechas, se solicitó el procedimiento de Mediastinoscopia al paciente? En ningún momento se solicitó al paciente una mediastinoscopia.*

15. *¿Qué instituciones y qué profesional debe realizar el procedimiento de mediastinoscopia? En instituciones de tercer nivel debe existir este procedimiento, lo realiza un cirujano de tórax entrenado para tal procedimiento*

18. *¿En el Sistema de Seguridad Social en general y en particular en este caso quien es la entidad responsable del aseguramiento? La entidad responsable del aseguramiento es la Superintendencia de Salud, la EPS, se encargan de contratar servicios con las IPS (clínicas, hospitales, laboratorios, etc).*

Aclaración del dictamen (Fls. 126 a 128 C. 3A)

Respuesta 8. Si era necesaria la remisión de la paciente a un nivel superior, donde pudiera aclarar el diagnóstico y por ende el tratamiento.

3. Si, en los deberes de la EPS prestadora de servicios debe existir una red de entidades para la atención adecuada de los pacientes.

Oficio de respuesta de Saludvida S.A. E.P.S. a oficio de prueba decretado por el Juzgado Octavo Administrativo del Círculo de Manizales del cual se extrae:

2. Autorizaciones.

Ahora bien, respecto a las autorizaciones que ha realizado Saludvida S.A. E.S.P. ; y conforme lo relata la demanda dentro del proceso de la referencia, ... “El señor Javier Donald Márquez García fue hospitalizado en la clínica de Manizales S.A. y le inician manejo por cuadro de derrame pleural, y posible masa en mediastino, por lo cual desde el 23 de octubre de 2006 a las 14:40 horas el Dr. Roberto Ramírez Anestesiólogo Intensivista de la Clínica Manizales S.A., ordena remitir mediastinoscopia, examen necesario para establecer realmente el cuadro clínico, y poder inicial el tratamiento específico de manera oportuna...”

Por lo anterior, se aporta mediante el presente documento las siguientes autorizaciones:

1. Autorización de Servicios médicos Nro. 1700100100006508 el 20 de octubre de 2006, el cual se describe la internación en unidad de cuidados intensivos adulto, dando una descripción de Pericarditis Aguda, No especificada.

2. Autorización de Servicios médicos Nro. 1700100100006422 aliado el 26 de octubre de 2006, el cual se describe la internación en unidad de cuidados intensivos adulto, dando una descripción de Pericarditis Aguda, No especificada.

Acta de auditoría médica de EPS Saludvida de fecha 26 de octubre de 2006 (Fl. 314 C. 1), la cual consigna:

*Paciente: Javier Donald Márquez García
Fecha de ingreso 16-X-06 en UCI*

Hallazgos: Paciente de 48 años de edad, quien ingresa a la unidad de cuidados intensivos por requerir soporte de ventilación mecánica y soporte inotrópico por inestabilidad eléctrica cardíaca.

(...)

El día 25 – 10 – 06 se obtiene llamada de la UCI C. Manizales para gestionar a través de la ARS la remisión del paciente al Hospital Santa Sofía, ya que paciente requiere ser manejado por cirujano de tórax y es la única entidad de esta ciudad que tiene este servicio, pero no ha sido posible ubicarle cama en UCI; me comunico con el Dr. Javier Díaz Granados, auditor médico de Santa Sofía, quien refiere que en momento no hay cama disponible, pero me sugiere hablar personalmente con el cirujano.

Observaciones del auditor médico:

Atención pertinente SI, POS: SI, Subsidio a la oferta: NO

(...)

Folio vuelto:

Lunes 30-10-2006, nuevamente se intenta remitir al usuario (...) la auditoría médica de Santa Sofía informa que no hay camas disponibles (...) se habla además con la clínica la (ilegible) ción (SIC) para verificar si nos pueden recibir al paciente y nosotros tratar (ilegible) actuar (SIC) al especialista por nuestros medios pero nos informan que no es (ilegible) igualmente se hace la misma propuesta a H. Santa Sofía (...) y nos informan que van a ver que pueden hacer.

(...) Se visita nuevamente C. Manizales y nos informan que el paciente falleció en horas de la madrugada.

10 a.m. recibo llamada de la doctora Maria del Socorro Cano Santa Sofía y nos informa que lograron ubicar una cama en la UCI médica pero a su vez se le informa que el paciente falleció.

De los Testimonios que se rindieron dentro del proceso de naturaleza médica, se transcriben los siguientes apartes: (Fl. 25 C. 3A)

Testimonio Médico William Arias Betancoruth.

“(...) lo que si tenemos claro es que la institución, y lo digo claro porque a esa conclusión llegamos después de la lectura del expediente que tengo a mi alcance y lo que encontramos en los archivos de la institución; es decir la entidad responsable del paciente en este caso la EPS en ningún momento hizo solicitud o tramitó ante la entidad la realización de algún procedimiento diagnóstico, entre Saludvida y el Hospital Santa Sofía, no existía contrato alguno para esa fecha (...) dentro de los archivos de la institución no encuentro evidencia alguna que se hubiese acudido a la institución para que a este paciente se le hubiera realizado el procedimiento que ajuicio de los especialistas de la Clínica Manizales ameritaba; no hay contrato, no hay autorizaciones para realizar el procedimiento, no hay contrato, no hay autorización, no hay remisión (...)

“(...) Una tercera instancia la que administra, la que administra es básicamente los llamados EPS o Entidades Promotoras de Salud que son la aseguradoras responsables de garantizar varias cosas; el sistema define el aseguramiento a la luz de la ley 1122 de 2007, (...) la garantía de calidad de la prestación de servicios de salud, (...)

Testimonio del Médico Gonzalo Calle Hoyos Asesor de garantía de calidad de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía.

(...)Debo hacer también claridad que Saludvida en el momento de los hechos no tenía contrato vigente con el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, por tal razón no hubo autorizaciones (...) la interconsulta debe tramitarse inmediatamente frente al asegurador que es el responsable de la prestación del servicio acorde con lo que está normado en el país de la responsabilidad de aseguramiento en salud, como esa responsabilidad es potestativa exclusivamente de la EPS sería la EPS respectiva quien tendría que hacer el trámite. Si está por cuestión de cobertura, tenía la potestad de hacer negación del servicio por ser un servicio no considerado dentro del Plan Obligatorio de Salud esa solicitud se trasladaría directamente a la Dirección Territorial de Salud quien tendrá la potestad de ubicar el paciente en cualquier sitio donde pudiera realizarse esta interconsulta o para paraclínico (...) Para la atención integral en la emergencia no requiere absolutamente nada, solamente el paciente pero si usted está ese paciente en otra institución y lo que requiere es cualquier examen o cualquier procedimiento específico debe venir previamente autorizado porque se supone que la emergencia vital ya pasó, porque por norma se tiene definido que son 24 horas (...) si bien el hospital Santa Sofía no era el único del país, es responsabilidad del asegurador dentro de su red ubicar al paciente donde lo requieran para lo pertinente. (...) no hubo orden ni de salud vida ni de la DTSC para hacer la solicitud verdadera, sino la intención de la historia clínica de la Clínica de Manizales (...) cuando un procedimiento como el que nos están pidiendo, que es un procedimiento NO POS, era un servicio que apenas se estaba solicitando como una interconsulta para llegar a un diagnóstico del paciente. No tenía un diagnóstico etiológico, tenía un síndrome de dificultad respiratoria aguda con un derrame pleura, pero se estaba sospechando una masa intratorácica, que no quedó clara aún después del fallecimiento (...). la interconsulta debe tramitarse inmediatamente frente al asegurador que es el responsable de la prestación del servicio acorde con lo que está normado, tiene la responsabilidad de aseguramiento en salud, responsabilidad potestativa exclusivamente de la EPS, ella era quien tenía que hacer el trámite (...) Queda claro que se hicieron múltiples requerimientos para sus autorizaciones y la única autorización fue para la prestación del servicio de UCI para la clínica Manizales (...) Quiero hacer claridad

que lo solicitado no es un procedimiento terapéutico, es un procedimiento meramente diagnóstico, eso quiere decir, que así se hubiese realizado el procedimiento diagnóstico video toratoscopia no tenía ninguna injerencia en la salud, sino exclusivamente, en la posibilidad de hacer un diagnóstico más acertado, y por tal razón enfocar el esfuerzo terapéutico en algunas actividades adicionales que se tenían para el manejo (...) probablemente habría cambios si hubiésemos encontrado una masa mediastinal, como teóricamente, posiblemente las imágenes radiológicas lo mostraban, se hubiese tomado una biopsia y esa biopsia se hubiera podido ubicar si era de tipo quirúrgico, o si era de tipo radioterapéutico o que otro manejo adicional podríamos implementar en ese paciente (...) es más un procedimiento intervencionista (...) hay varios diagnósticos precisos que requirieron manejo (...) el pronóstico puede no cambiar con el diagnóstico (...) En Manizales no existía en ese momento ni actual otra institución prestadora de servicios de salud que pudiese brindar ese complemento diagnóstico pero existe en Cali, Medellín, Bogotá, que no son ni siquiera lejanos, y si estamos hablando que la solicitud fue el día 16 y el fallecimiento fue el 31 fue tiempo suficiente para haberse utilizado cualquier otro prestador de la red, si lo tenían para realizar el procedimiento diagnóstico. (...) el diagnóstico oportuno creo que se hizo, frente al derrame pleural, frente a la insuficiencia respiratoria aguda; muy probablemente no, hacia una posible masa posible neo de mediastino; (...) la búsqueda del cirujano de tórax, era únicamente para el procedimiento, (...) Por eso solo el diagnóstico histopatológico es el único que define si es radio sensible o quimio sensible, precisamente para establecer el tratamiento de cualquier neoplasia, es necesario el estudio anatomo histo patológico (...) era necesario hacer el examen para abordar etiológicamente la patología del paciente, pero muy probablemente en la estadía inicial, había que esperar a que el paciente estuviera compensado para hacer el procedimiento quirúrgico (...) y sacar parte de ese tejido para poderlo estudiar (...) El actor más importantes porque es el responsable es el asegurador en salud, con la estructura de la ley 100 le otorgó la responsabilidad al asegurador la responsabilidad del riesgo en la salud, del riesgo financiero, se le trasladó con la contratación al hacer el proceso de aseguramiento, las diferentes normas lo han dado con diáfana claridad, entonces el primer enterado, primero que cualquier prestador debió haber sido quien es el responsable del paciente su asegurador (...) Hay varios diagnósticos que son precisos y requirieron manejo puntual y específico: 1. Derrame pleural, evidente, confirmado y que no requeriría ningún otro elemento diagnóstico de los que se hicieron en la clínica Manizales previamente diagnosticado también en la clínica de Assbasalud de la Enea que no es discutible y que fueron realmente manejados. Y lo único que quedaba por saber era si había una neoplasia o no como un diagnóstico adicional, (...)”

De Informe de interventoría de la EPS-S Saludvida realizado por la Secretaría de Salud Pública de la Alcaldía de Manizales por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2006 se resalta: (Fls. 28 a 39 C. 3)

RED DE SERVICIOS:

Se presenta información con respecto a la Red de servicios, encontrado que Assbasalud maneja todo el primer nivel de atención, SES atiende la imagenología de alta, mediana y baja complejidad para los niveles dos y tres.

Objetivo:

Realizar la evaluación, seguimiento y control de cada una de las obligaciones de los contratos suscritos con la EPS-S Saludvida actividades administrativas, financieras y asistenciales, retroalimentando con los datos de las inconsistencias que se puedan presentar en el desarrollo adecuado de los contratos.

RED DE SERVICIOS

En el momento de la interventoría se cuentan con contratos para atención en el primer nivel de atención con las IPS Assbasalud y Clínica Aman, (...)

Para el nivel dos de atención se tiene suscrito contrato con las IPS Assbasalud, Clínica Amán y Clínica Manziales.

Para el manejo de pacientes del nivel tres de atención en salud se cuenta con los contratos suscritos entre las IPS, Clínica Amán, Clínica Manizales y Hospital Santa

Sofía para la atención integral de cuarto nivel de atención en salud con el objetivo de atención integral a los pacientes de alto costo de la ciudad de Manizales se cuentan con los contratos suscritos entre la IPS de la siguiente manera:

(...)

Uci Adultos: Clínica Amán, Clínica Manizales, Hospital Santa Sofía, Rita Arango Álvarez del Pino y Clínica de la Presentación (...)”

De las pruebas antes relacionadas y de los apartes transcritos de las mismas, se concluye que, tanto en la demanda, como a lo largo del proceso y en la sentencia proferida en primera instancia, las omisiones que le imputan a la EPS Saludvida en relación con la atención en salud prestada al señor Javier Donaldto Márquez García se centran en que como EPS a la cual se encontraba afiliado el citado señor, y en virtud de que tenía dentro de sus obligaciones la autorización de los procedimientos ordenados por los médicos tratantes en el servicio de urgencias con el fin de preservar la vida del paciente, no dio las autorizaciones que se requerían, con el fin de que tuviera acceso a los exámenes que fueran necesarios para continuar su atención en salud de una manera integral.

Lo anterior se concreta en que, desde el 18 de octubre de 2006, los médicos de la Clínica Manizales, donde se encontraba el señor José Donaldto Márquez García, consideraron necesario remitir al paciente a Santa Sofía para la realización de un procedimiento denominado “mediastinoscopia”; y a lo largo de toda la estadía del paciente en la Clínica Manizales, se hizo referencia en múltiples oportunidades a la espera de remisión a la ESE Santa Sofía para la realización de dicho examen, días que transcurrieron entre el 18 y 30 de octubre de 2006, esto es 12 días, sin que se lograra dicha autorización o remisión, fecha última en la cual falleció el paciente.

De lo transcrito, para la Sala resulta claro que, el paciente presentaba unas condiciones críticas de salud, tanto así, que encontraba internado en la UCI de la Clínica Manizales; no obstante, también resulta claro que a juicio de los médicos tratantes, se requería de un examen especializado que dicha Clínica no podía realizar.

No hay duda para esta Sala que, de acuerdo con las obligaciones por ley correspondían a la EPS Saludvida, y de acuerdo a la versión de los médicos que rindieron su testimonio, así, como de acuerdo al dictamen pericial, y de lo que se desprende de la normativa citada, dicha EPS era la aseguradora responsable de garantizar entre otros, la prestación del servicio de salud integral al paciente; así como que su deber era dar la aprobación de aquellos procedimientos y medicamentos de forma oportuna cuando el paciente requiera, para lo cual las EPS deben contratar los servicios con las IPS, clínicas, hospitales y laboratorios entre otros; así como tener una red de entidades para la atención adecuada de los pacientes; y, en conclusión, la EPS Saludvida debió hacer el trámite correspondiente para la remisión, o realización de los exámenes requeridos por los médicos tratantes del señor Javier Donaldto Márquez García.

Ahora bien, se dice en los testimonios rendidos, que el procedimiento que se ordenó realizar al paciente era un procedimiento no POS, y la EPS afirma que debido a ello, era la DTSC la que debía autorizarlo; no obstante, debe decirse que si en gracia de discusión se aceptara del mero testimonio rendido, que el procedimiento era no POS; aún así, la EPS Saludvida debió haber dado traslado a la DTSC, no obstante ello no ocurrió; y finalmente nunca hubo orden de la EPS Saludvida para la realización del procedimiento requerido, puesto que la misma EPS en cita, acepta mediante escrito de respuesta a oficio del Juzgado de Instancia, que, sólo dio dos autorizaciones con relación a la atención en salud del paciente, y éstas fueron el 20 de octubre de 2006, para la internación en la UCI de la Clínica de Manizales, y luego otra del 26 de octubre del mismo año, para el mismo fin.

Así mismo, en la historia clínica del paciente, se consigna en varias oportunidades que se encuentra pendiente de autorización por parte de la EPS para traslado del paciente, así como de disponibilidad de camas en Santa Sofía, y queda un par de veces registrado que hubo comunicación con la auditora médica de Saludvida para darle trámite a la orden médica.

De igual manera, en la misma acta de auditoría realizada por la EPS Saludvida, de fecha 26 de octubre de 2006, al paciente señor Javier Donald Márquez García, se consigna que el día 25 de octubre de 2006 hay llamada por parte de la Clínica Manizales, con el fin de gestionar la remisión del paciente al Hospital Santa Sofía, ya que requiere ser manejado por cirujano de tórax, que se comunica con el auditor médico de Santa Sofía, quien refiere que en el momento no hay cama disponible, pero sugiere hablar personalmente con el cirujano; y sólo aparece nuevamente anotación del 30 de octubre de 2006, en la cual dice que intenta comunicarse nuevamente con Santa Sofía, y que se habla con otra clínica de la ciudad, planteando la posibilidad de que se reciba al paciente, y que la EPS traslada al especialista, y dicha clínica dice que no es posible, y plantea la misma opción a Santa Sofía, quien les informa que van a ver qué pueden hacer al respecto.

De lo expuesto queda establecido que la EPS Saludvida falló en su gestión como encargada del aseguramiento y prestación de servicios de salud del paciente afiliado, en gestionar el examen y la remisión ordenada por los médicos tratantes, pues pese a que en la historia clínica aparece por primera vez como opción la remisión a Santa Sofía el 18 de octubre de 2006, sólo el 25 de ese mismo mes dice haber intentado comunicación con dicha Institución para tales fines, y pasan 5 días sin que haga ninguna gestión, ello, según su propio documento de auditoría del caso. Solo el 30 de octubre, hace contacto con entidad diferente a Santa Sofía, así como plantea posibilidades diferentes, que según acta, finalmente Santa Sofía consideró tener en cuenta.

Del testimonio del médico Gonzalo Calle Hoyos, se desprende que, si bien es cierto que

en Manizales había limitación para ubicar al paciente, pudo haberse remitido a otras ciudades cercanas como Cali, Medellín o Bogotá, pero no se evidencia que la EPS Saludvida haya hecho nada para contactarse con dichas ciudades, comentar el caso del paciente o hacer otras gestiones de manera diligente con el fin de cumplir con lo ordenado por los médicos de la Clínica Manizales y su gestión como asegurador se limitó a establecer contacto telefónico con la ESE Santa Sofía, quien ya había mencionado en reiteradas oportunidades que carecía de disponibilidad de camas para UCI.

Ahora bien: lo que se pregunta la Sala en este momento es si las omisiones referidas anteriormente, constituyeron la causa eficiente del fallecimiento del paciente, para lo cual es necesario acudir al dictamen pericial y especialmente al testimonio del médico Gonzalo Calle Hoyos, así:

Del dictamen pericial se evidencia que el paciente presentaba un síndrome de vena cava superior, secundario a una masa en mediastino, motivo por el cual se requería aclarar el diagnóstico con otros paraclínicos más especializados, puesto que en el nivel que estaba no era posible hacerlos. Dichos exámenes de mayor complejidad, se requerían para saber qué tipo de masa presentaba el paciente, y poder establecer un diagnóstico claro y un tratamiento idóneo.

Del testimonio rendido por el médico Calle Hoyos, queda claro que la EPS Saludvida, no tenía contrato de servicios suscrito con la ESE Santa Sofía para la prestación de servicios de salud a sus afiliados y que lo que se intentó tramitar por parte de la Clínica Manizales, más que una remisión, era una interconsulta para la realización de un procedimiento que no era terapéutico, sino diagnóstico, que más que tener un efecto directo en el estado de salud del paciente en ese momento, lo que permitía era hacer un diagnóstico más acertado y poder realizar otras actividades terapéuticas adicionales. Dicha interconsulta, debía tramitarse inmediatamente frente al asegurador, que es el responsable de la prestación del servicio, esto es, la EPS.

De lo expuesto hasta el momento, concluye la Sala de decisión que, si bien es cierto que no existe prueba ni certeza que permita afirmar que la falta de autorización y consecuente realización del procedimiento denominado “mediastinoscopia”, que requería realizarse en un nivel de atención superior, que contara con dicha posibilidad, constituya por sí sola la causa determinante de la muerte del señor Javier Donaldto Márquez Garcí, sí es cierto que lo que debe analizarse en este caso, tal como lo hizo la Juez de Instancia, es la configuración de responsabilidad por la pérdida de oportunidad del paciente de conservar su vida y, más aún, la pérdida de oportunidad de tener un diagnóstico y tratamiento adecuados, por lo que en tal sentido se estudiará a continuación, resolviendo el siguiente problema jurídico:

1.4. ¿Las omisiones en las que incurrió la demandada EPS Saludvida, le restaron al señor Javier Donaldó Márquez García la oportunidad de tener un diagnóstico acertado?

1.4.1. De la pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud del paciente por falta de un diagnóstico y tratamiento adecuado

En relación con la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado² se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) Se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento³.”
(…) recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima⁴, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.” (Subraya la Sala).

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia⁵ ha considerado como elementos esenciales para la configuración de la pérdida de oportunidad: i) certeza acerca de la existencia de una oportunidad legítima, que sea seria, verídica, real y actual; ii) imposibilidad concluyente de obtener el provecho o evitar el detrimento y iii) que la víctima se encontrara en una situación fáctica y jurídicamente idónea para obtener el resultado

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Rad 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

³ Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Cita de cita: Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil. Sentencia de 4 de agosto de 2014 MP. Dra. Margarita Cabello Blanco. Rad. 11001-31-03-003-1998- 07770-01.

esperado; y en sentido similar, el Consejo de Estado⁶ ha planteado como elementos de la pérdida de oportunidad: i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; y iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima. Elementos que pasa la Sala a analizar.

1.4.2. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado

Al revisar cuidadosamente las pruebas estudiadas a lo largo del asunto, para esta Sala es claro que, tal como se refirió en anteriores ítems, este componente de la falta de certeza del resultado se encuentra acreditado en el presente asunto, toda vez que no resulta posible determinar a ciencia cierta si el señor Javier Donaldo Márquez García hubiera mejorado sus condiciones de salud, y más aún, hubiera sobrevivido a los padecimientos de salud que presentaba, por los cuales se encontraba internado en la UCI de la Clínica Manizales; aún, habiéndose practicado el examen mediante cirugía de tórax, denominado “mediastinoscopia”.

1.4.3. Certeza de la existencia de una oportunidad

Del testimonio rendido por el médico Gonzalo Calle Hoyos, y del dictamen pericial, no hay duda para esta Sala que, si bien el examen que debía realizarse al paciente, no correspondía a un procedimiento terapéutico; éste si constituía un procedimiento diagnóstico, que le brindaba al paciente la posibilidad de tener un diagnóstico acertado, y *“enfocar el esfuerzo terapéutico en algunas actividades adicionales que se tenían para el manejo”*; así como, poder definir con dicha intervención, que tipo de masa presentaba el paciente, y así establecer un tratamiento idóneo.

De igual manera, independiente de las condiciones de salud que el paciente presentaba en su momento, éste y su familia, tenían la legítima expectativa cierta de ser atendidos oportunamente con los diagnósticos acertados, para poder acceder a los tratamientos que dicho diagnóstico arrojaran como resultado; e incluso, eventualmente, mejorar con ello sus condiciones de salud.

1.4.4. Extinción irreversible de la oportunidad

Tampoco hay duda de que la oportunidad que el señor Javier Donaldo Márquez García tenía de realizarse los exámenes especializados, que le dieran un diagnóstico claro de su enfermedad, y así poder recibir el tratamiento idóneo para ello, se perdió de manera irreversible, al transcurrir 12 días desde el requerimiento médico de remisión a Santa Sofía

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233).

y de la mediastinoscopia, esto fue el 18 de octubre de 2009, hasta la fecha de su fallecimiento, el 30 del mismo mes y año, sin que la EPS Saludvida gestionara de manera diligente su remisión a un nivel de atención en el cual tuvieran cirujano de tórax para poder realizar el examen requerido.

1.4.5. Imputación del daño de pérdida de oportunidad

De todo lo expuesto hasta el momento, se concluye que, efectivamente, se presentó una pérdida de oportunidad del señor Javier Donaldto Márquez García de tener un diagnóstico claro, para acceder al tratamiento médico adecuado para su patología, y dicha pérdida de oportunidad, sin necesidad de consideraciones adicionales a las ya expuestas con suficiencia, le es imputable a la EPS Saludvida, comprobada su omisión administrativa consistente en no diligenciar la práctica del procedimiento requerido por el paciente en otras entidades, Clínicas, ESE y Hospitales, diferentes a Santa Sofía, incluidas otras ciudades, y a sabiendas de que ni si quiera tenía contrato suscrito con Santa Sofía para atender tales eventos se limitó a esperar una disponibilidad de camas en UCI de Santa Sofía de manera exclusiva, con lo cual generó, sin lugar a dudas, una responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud, y pérdida de oportunidad de un diagnóstico y tratamiento adecuado del paciente, como un perjuicio autónomo indemnizable.

1.5. ¿Los perjuicios a los cuales se condenó a pagar a la EPS Saludvida S.A. en la sentencia proferida en Primera Instancia estuvieron debidamente cuantificados?

Es necesario resaltar que en este caso, el recurrente Saludvida, no presenta ningún argumento relacionado con la *“Indebida y exagera cuantificación de perjuicios”*, más allá de transcribirlos y afirmar que no se encuentran probados.

Para resolver este problema jurídico, se hace necesario estudiar los casos de indemnización de perjuicios en los eventos de pérdida de oportunidad, siendo este un perjuicio autónomo, tal como se explicará a continuación; y dejando presente que en la sentencia proferida en primera instancia se condenó al pago de perjuicios por la pérdida de oportunidad en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes, esto es para la señora Clara Isabel Calderón Zuluaga y su hijo, Alexander Márquez Calderón, así como a cancelar por concepto de perjuicios morales a favor de cada uno de ellos, la misma suma de dinero antes referida.

Así pues, al remitirse esta Sala a los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado⁷, sobre el particular, se encuentra lo siguiente:

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub sección A. Sentencia de 1° de marzo de 2018. CP: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269).

“(…) En relación con los puntos objeto de apelación formulados por los demandantes, la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad y en atención a que la solución asumida por esta Corporación también es aplicada en los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha señalado que, como esta figura constituye un perjuicio autónomo, no deviene directamente del daño, en este caso, de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez sino de la pérdida de la oportunidad de salvar su vida, la cuantía se valora de acuerdo con el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

“5.- Indemnización de perjuicios.

“Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

“5.1.- Perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad de la víctima directa.

“(…), la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo”⁴⁹ (negritas y subrayas de la Sala).

Este reconocimiento, se insiste, surge de la dificultad de indemnizar con base en datos estadísticos o exactos de cuya prueba adolecen casos como el que se examina, razón por la cual se acude al criterio de equidad a fin de evitar condenas en abstracto, como ya lo ha hecho esta Subsección en casos de indemnización del perjuicio autónomo de la pérdida de la oportunidad⁵⁰.

De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocerán los perjuicios materiales a título de lucro cesante pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de salvar su vida y en ese sentido serán modificadas las sumas que se concedieron a título de perjuicios morales, para, en su lugar, concederlos a título de pérdida de oportunidad (…)” (Subrayas de la Sala y Negritas del texto)

Así mismo el Consejo de Estado⁸ ha sostenido:

26.2. En ese orden, la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad de sobrevivida que sufrió la señora Campiño, debe, sin duda, contar con elementos objetivos que sustenten la condena, puesto que lo equitativo no debe ser confundido con lo arbitrario. En este caso, tales elementos objetivos

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección B. Sentencia de 5 de abril de 2017. CP: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706).

existen en el presente proceso y están representados en la certeza que tiene la Sala, según lo dicho claramente por la experticia científica, acerca de que si el acto médico se hubiera prestado con integralidad, se habría brindado opciones terapéuticas mejores a la señora Campiño que habrían disminuido la contingencia de complicaciones letales y reducido la incertidumbre entre lo que hizo el galeno de la Clínica de Manizales y lo que debió hacerse en el servicio de urgencias, de conformidad con la lex artis.

26.3. Así las cosas, la Sala concluye que la expectativa de sobrevivida que tenía la señora Campiño de escapar al evento fatal de muerte estaba cifrada alrededor de un 50% de posibilidades, índice que se aplicará a la liquidación de los perjuicios de orden material e inmaterial.

De esta manera, y acudiendo a los criterios fijados por el Consejo de Estado para el reconocimiento de este tipo de perjuicios, teniendo en cuenta la indemnización con base en un 50% de la posibilidad truncada, se hace necesario citar igualmente la sentencia de unificación del Consejo de Estado⁹ relacionado con la tasación de los perjuicios morales en caso de muerte, en la que se fijó la suma de un 100%, equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para las relaciones afectivas conyugales y paterno filiales, y la pérdida de oportunidad es un daño autónomo que se puede indemnizar con base en el 50% de esa oportunidad perdida.

Así pues, teniendo en cuenta en primer lugar que, se encuentra dentro del proceso acreditadas las condiciones de cónyuge y de hijo de los demandantes, tal como consta en los respectivos certificados de matrimonio y de nacimiento que obran a folios 6 y 7 del cuaderno principal, y que en primera instancia se reconoció la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de ellos por la pérdida de oportunidad, y la misma suma por los perjuicios morales; encuentra esta Sala que los mismos fueron tasados adecuadamente, en virtud de las sentencias en mención; y específicamente frente a los perjuicios morales, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha considerado que en caso de muerte para las relaciones afectivas conyugales y paterno filiales correspondía la suma de 100 salarios mínimos para cada uno, y en vista de que acá se indemniza la pérdida de oportunidad, con fundamento en el 50%; al reconocerse en primera instancia 50 salarios mínimos para la esposa y 50 para el hijo del fallecido señor Javier Donaldo Márquez García, no hay duda de que éstos se tasaron debidamente.

Por todo lo considerado, esta Sala confirmará en todas sus partes la sentencia proferida en primera instancia el 31 de agosto de 2015, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

2. Costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Sala plena..

Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

3. De la renuncia de poder

Se encuentra pendiente por resolver en el presente asunto, un memorial de renuncia de poder presentado por el abogado Carlos Eduardo Mejía Giraldo, la cual obra a folio 33 del cuaderno 5, y con la cual adjunta oficio mediante el cual Saludvida e EPS en Liquidación, le envía un oficio informando sobre la terminación de su contrato de trabajo. Así pues, por reunir los requisitos necesarios para aceptarse su renuncia según lo dispone el artículo 76 del CGP, por lo cual se aceptará la misma, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión del Sistema Escrito**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Confirmar en todas sus partes la sentencia proferida el 31 de agosto de 2015, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Clara Isabel Calderón Zuluaga y el señor Alexander Márquez Calderón, contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas – Municipio de Manizales – Saludvida S.A. E.S.P. y Clínica Manizales S.A.

Segundo: Sin costas, por lo considerado.

Tercero: Aceptar la renuncia del poder presentada por el abogado Carlos Eduardo Mejía Giraldo, identificado con cédula de ciudadanía número 1.053.818.916 y portador de la tarjeta profesional número 252.221 del CS de la J, por lo considerado.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa “Justicia Siglo XXI”.

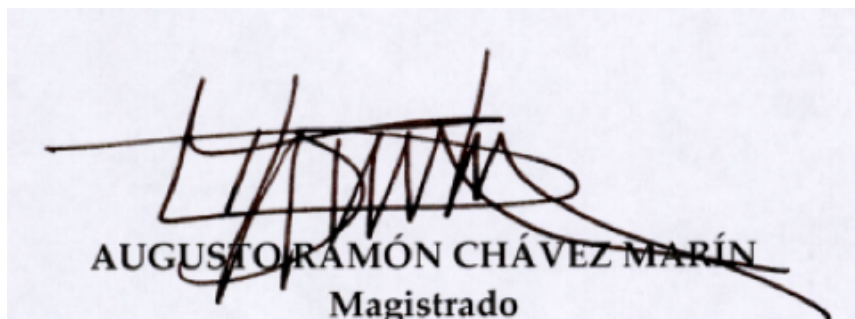
Notifíquese y cúmplase.

Proyecto discutido y aprobado en **Sala Extraordinaria de Decisión del Sistema Escrito**, celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala de Decisión del Sistema Escrito,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping initial 'J' followed by several loops and a long horizontal stroke.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a complex, multi-stroke design with several vertical and horizontal lines.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
CON IMPEDIMENTO ACEPTADO

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, proveniente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión. El expediente fue entregado al abogado de apoyo del despacho el 18 de noviembre de 2020, después de surtir trámites de carácter administrativo con la oficina judicial para que se realizara la adjudicación y el cambio de magistrado ponente.

Manizales, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-33-002-2014-00603-03
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	BERTHA MONTOYA DE VALENCIA
DEMANDADO	UGPP

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 22 de octubre de 2019 (Fls. 218 a 222 del cuaderno 1) en contra de la sentencia

¹ También CPACA

proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de octubre de 2019 al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 15 de octubre de 2019.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en el artículo 247 numeral 4 del CPACA, modificado por el artículo 623 del Código General del Proceso, al considerar innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegaciones de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público dispondrá igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se les enviará una vez surtido este mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 169 del 23 de noviembre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001-23-33-000-2019-00585-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecinueve (19) de NOVIEMBRE de dos mil veinte (2020)

A.S. 106

CÍTASE a las partes, al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo a Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento, que se llevará a cabo el día **JUEVES VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) A PARTIR DE LAS DOS Y TREINTA (2:30 P.M.)**, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por los señores **ALBERTO VALENCIA GAVIRIA, WILMAR ARENAS DE LA PAVA** y **JORGE WILSON ARENAS DE LA PAVA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS** y el **CONCEJO DE MANIZALES**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma **MICROSOFT-TEAMS**, para lo cual se enviará la respectiva invitación al correo electrónico de las partes, los apoderados, terceros si los hubiere, y al Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co”** **Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

REQUIÉRESE a las autoridades accionadas, para que se sirvan asistir a la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento con la respectiva acta del comité de conciliación según los lineamientos establecidos en la Sentencia de

Unificación del Consejo de Estado Sección Primera del once (11) de octubre de 2018¹.

RECONÓCESE personería a la togada **STEFANÍA RESTREPO NARANJO**, identificada con la C.C. N° 1.053'838.739 y T.P. 329.330 del CSJ, como apoderada del CONCEJO DE MANIZALES, en los términos del poder a ella conferido /fls. 40 a 55/.

RECONÓCESE personería al abogado **NELSON AUGUSTO CADAVID NARANJO**, identificado con la C.C. N° 1.057'304.080 y T.P. 272.163 del CSJ, como apoderado del MUNICIPIO DE MANIZALES, en los términos del poder a él conferido /fls. 56 a 65/.

RECONÓCESE personería al togado **JORGE IVÁN LÓPEZ DÍAZ**, identificado con la C.C. N° 75'076.931 y T.P. 141.356 del CSJ, como apoderado de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-, en los términos del poder a él conferido /fls. 149 vto. a 152/.

COMUNÍQUESE a través de las direcciones electrónicas indicadas en el expediente.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

¹ Radicación: 17001-23-33-000-2016-00440-01, C. P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 169 de fecha 23 de Noviembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

República de Colombia
Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GLORIA SERNA DE TRUJILLO
DEMANDADO: HOSPITAL DE CALDAS ESE
VINCULADOS: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO -
GOBERNACIÓN DE CALDAS, ALCALDÍA DE
MANIZALES
RADICACIÓN: 17-001-33-33-003-2017-00277-02
Acto judicial: Sentencia

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La actora pretende se reliquide la pensión con todos los factores percibidos el último año de servicios. El juzgado negó la pretensión porque se liquidó la pensión conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con los factores señalados en la Ley 33 de 1985 en el tiempo que le faltaba para adquirir el estatus. La demandante apeló para que se tenga en cuenta que está en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y no de la Ley 100 de 1993. La sala accede a las pretensiones porque la accionante está en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** interpuesto por **Gloria Serna de Trujillo** en contra de la **ESE Hospital de Caldas**. El objeto de la decisión es la apelación de la **demandante** contra la sentencia dictada el 06 de agosto de 2019 proferida por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicitó la reliquidación de la pensión con todos los factores percibidos el último año de servicios¹

§03. La actora pretende la nulidad de la resolución HC-130 del 04 de octubre de 2011, proferida por el Hospital de Caldas, que le negó la reliquidación de la pensión.

¹ Fl. 18 a 26; 30 a 31, C1

§04. A título de restablecimiento solicitó se ordene a la demandada a reliquidar la pensión a partir del 15 de noviembre de 1996, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios: salario, recargo nocturno, dominicales, subsidio de transporte, reajuste de sueldo, reajuste recargo, reajustes dominicales, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y vacaciones. Así como la inclusión de los ajustes de ley e intereses moratorios conforme lo establece el artículo 192 del CPACA. Se condene en costas.

§05. La demanda describió que la parte demandante prestó sus servicios en el Hospital de Caldas, por el lapso de 20 años, y su **retiro del servicio público fue a partir del 1 de junio de 1996.**

§06. Afirmó que a través de la **Resolución RHPS-506 del 28 de agosto de 1998** la accionada reconoció la pensión a la parte actora a partir del 1 de julio de 1996, conforme a lo previsto en la Ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985. Su cuantía fue de \$229.348.68. Se tuvieron en cuenta los factores por los cuales se hicieron aportes, conforme **al numeral 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.**

§07. Estimó que la prestación debió liquidarse **teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios esto es, del 1 de julio de 1995 al 30 de junio de 1996.** Lo cual daría una pensión de \$ 306.911.

§08. Explicó que en septiembre de 2011 radicó la solicitud de reliquidación teniendo en cuenta el **75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios conforme lo prevé la Ley 33 de 1985.** La entidad negó la solicitud con la Resolución HC-130 del 04 de octubre de 2011.

§09. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 2, 13 y 53 de la CP, 21 Código Laboral, 12 y 36 de la Ley 100 de 1993, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985, Decreto ley 1045 de 1978, y la Ley 1437 de 2011.

§10. Como concepto de violación precisó que se vulneraron las normas invocadas, toda vez que la entidad accionada no aplicó la jurisprudencia acerca del principio de favorabilidad, ni reliquidó la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.2. Contestación de la ESE Hospital de Caldas que reafirmó la no procedencia de la reliquidación²

§11. El establecimiento aceptó los hechos referidos al tiempo de servicios en la entidad, los actos administrativos que concedieron la pensión y resolvieron la petición de reliquidación. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§12. Como normas aplicables enunció las Leyes 33, 62 de 1985, 100 de 1993, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1989 y 1045 de 1978.

§13. Propuso los siguientes medios exceptivos:

² Fls. 76 a 108, C1

§13.1. **Falta de integración de litisconsorcio necesario – solicitud de integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.** Se indicó que para el pago del pasivo prestacional del sector salud territorial, se suscribió un contrato interadministrativo de concurrencia 971229647 del 31 de diciembre de 1997, entre el Ministerio de Salud, Fondo Nacional de Pasivo Prestacional sector Salud, la gobernación de Caldas y la alcaldía de Manizales. Toda vez estas entidades se comprometieron a realizar aportes para sanear el pasivo prestacional, solicitó la vinculación de dichas entidades.

§13.2. **Falta de legitimación pasiva.** Explicó que, si bien la entidad fue la empleadora, no es la llamada a responder financieramente, pues se creó un Fondo Nacional del pago de pasivo prestacional del sector salud, conforme a lo previsto en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001. De esta manera, el pasivo pensional debe ser asumido con la concurrencia del sector salud que determinó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

§13.3. **Cobro de lo no debido.** A la parte actora, como empleada pública territorial, no es posible aplicar las normas para empleados nacionales, como los decretos 1045 de 1978 y 1848 de 1969.

§13.4. **Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación.** Señaló que conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y la Ley 33 de 1985, la pensión de la parte actora fue liquidada con el 75% del promedio de los factores por los que se hicieron aportes entre el 01 de julio de 1995 al 30 de junio de 1996. Así, se respetó la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto. Y el ingreso base de liquidación se hizo con el promedio de los factores devengados en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus.

§13.5. **Prescripción trienal de mesadas pensionales y prescripción de la acción.** Solicitó en caso de demostrarse el derecho reclamado se declaren prescritas las mesadas anteriores a la reclamación.

§13.6. **Prescripción ordinaria de la obligación principal de liquidación de la pensión por ser un crédito laboral.** Conforme lo preceptuado en el artículo 152 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, la demandante tenía 3 años después del reconocimiento pensional para demandar la reliquidación con la inclusión de factores.

1.3. Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público³

§14. Afirmó no constarle ningún hecho de la demanda, y se opuso en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

§15. Como fundamento de defensa aludió a las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993. Resaltó que cumplió con los deberes del convenio de concurrencia para el pago del pasivo pensional.

§16. Propuso los siguientes medios exceptivos:

³ Fl. 189 a 49 c1A

§16.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Determinó que la Ley 60 de 1993 dispuso la concurrencia para el pago del pasivo pensional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993, por la Nación y los entes territoriales. Pero no trasladó la obligación de las prestaciones a los entes concurrentes.

§16.2. **Extinción de la obligación por pago:** Afirmó que cumplió con los aportes señalados en el ya mencionado convenio de concurrencia.

§16.3. **Inexistencia relación jurídico sustancial entre la ESE Hospital de Caldas y la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** La accionante no prestó servicios al Ministerio.

§16.4. **En caso hipotético de acceder a una eventual reliquidación pensional, el despacho debe tener en cuenta el precedente constitucional pacífico:** Señaló precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la interpretación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, referente al cálculo del IBL con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicios.

§16.5. **Prescripción:** Pidió que se aplique la prescripción a cualquier derecho a favor de la actora.

§16.6. **Genérica.**

1.4. Alcaldía de Manizales⁴

§17. En cuanto a los hechos precisó constarle los concernientes al acto administrativo que le reconoció el derecho pensional, y se opuso a las pretensiones de la demanda.

§18. Como fundamento de defensa aludió a la suscripción del convenio de concurrencia para sanear el pasivo del sector salud entre la Nación y los entes territoriales. Recalcó que fue el ente hospitalario quien jubiló a la accionante. Resaltó la prohibición de liquidar pensiones con factores salariales sobre los cuales no cotizó la accionante.

§19. Fundamentos normativos esgrimió la Leyes 715 de 2001, 60 de 1993, 33 de 1985 y 62 de 1985, Decreto 1338 de 2002, 306 de 2004, las sentencias C. 264 de 2008, SU 230 de 2015.

§20. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§20.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva.** Afirmó que la actora fue vinculada al hospital, quien le reconoció la pensión.

§20.2. **Inexistencia del derecho que se reclama.** Afirmó que a la demandante no le asiste derecho de reclamar la reliquidación de su pensión por inclusión de los factores salariales sobre los cuales no se realizó cotización alguna.

§20.3. **Genérica.**

⁴ Fls 172 a 182, C1

1.5. Gobernación de Caldas⁵

§21. En cuanto a los hechos refirió como ciertos los concerniente a la solicitud de reliquidación pensional y la respuesta de la accionada. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§22. Como fundamento de defensa señaló que el convenio de concurrencia se hizo para el pago de los pasivos anteriores prestacionales al 10 de agosto de 1991. De esta manera, los aportes para pensión entre de 1991 y 1993 le corresponde a los hospitales.

§23. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§23.1. **Falta de legitimación en la causa por pasiva.** Argumentó que la reliquidación de la pensión de la parte actora no tiene relación con el convenio de concurrencia suscrito entre la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la gobernación de Caldas y la alcaldía de Manizales.

§23.2. **Cobro de lo no debido.** Las pretensiones de la accionante no se relacionan con el convenio de concurrencia citado.

§23.3. **Prescripción.** Estimó que es procedente aplicar la prescripción en caso de accederse a las pretensiones.

1.6. La sentencia que negó las pretensiones⁶

§24. La Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 6 de agosto de 2019 dictó sentencia de la siguiente manera:

***“PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS** las excepciones de “cobro de lo no debido”, “adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación” conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora GLORIA SERNA DE TRUJILLO en contra del ESE HOSPITAL DE CALDAS.*

***TERCERO: SIN COSTAS** por lo considerado” (...)*

§25. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos contenidos hizo un análisis del régimen transición establecido en la Ley 100 de 1993, de la Ley 33 de 1985 y el Acto Legislativo 01 de 2005 aplicable al sector público.

§26. De acuerdo con las pruebas allegadas, la parte actora se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Como se trata de una empleada pública

⁵ Fls. 138 a 146 c1

⁶ Fls. 227 a 232 c 1A

del orden territorial al 30 de junio de 1995 le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus, el 30 de junio de 1996.

§27. La Resolución RHPS 443 del 28 de agosto de 1998 reconoció la pensión teniendo en cuenta el 75% de factores previstos en la Ley 33 de 1985.

§28. Por lo tanto, negó las pretensiones de la parte actora, y ordenó declarar probadas las excepciones de “cobro de lo no debido” y “adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación”, propuestas por la demandada.

1.7. La apelación que solicita se incluyan todos los factores salariales percibidos el último año de servicios⁷

§29. La demandante solicitó se revoque la decisión, porque no se tuvo en cuenta que la accionante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, y no de la transición de la Ley 100 de 1993. Y conforme a antecedentes de este tribunal, se incluya en la liquidación de la pensión todos los factores percibidos el último año de servicios.

1.8. Alegatos de segunda instancia

§30. La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Manizales presentaron alegatos de conclusión.

§31. **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público:**⁸ Rememoró los argumentos de la contestación, reforzando su determinación con varios antecedentes de este tribunal acerca de su falta de legitimación en las causas.

§32. **Municipio de Manizales**⁹: Ratificó sobre los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§33. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA¹⁰, los argumentos de los apelantes, los principios de congruencia y de la no reforma en peor, las normas o los principios previstos en la Constitución Política, los compromisos vinculantes asumidos por el Estado y las normas legales de carácter imperativo¹¹.

⁷⁷ FI 243 a 246 c 1A

⁸ FI 5 a 6 c3

⁹ FI 7 a 9 c3

¹⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_01437_200101_pr003.html#0153

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 20012, exp. 201.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 20013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 050001-23-301-000-20001-00799-001(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

2.2. Problema Jurídico

§34. ¿Se debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora Gloria Serna de Trujillo quien se encuentra en el régimen de transición previsto la ley 33 de 1985, con los factores salariales previstos en la ley 62 de 1985 o con todos los percibidos el último año de servicios?

§35. Se precisa que no existe controversia en los siguientes aspectos:

§35.1. El tiempo de servicios de la parte demandante prestó los servicios en el Hospital de Caldas desde el **17 de mayo de 1968** hasta el 30 de junio de 1996¹², que el cargo desempeñado fue de auxiliar de enfermería¹³.

§35.2. Mediante la Resolución RHPS 506 de 1998, se ordenó el pago y reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía de **\$229.348,68** efectiva a partir del **1 de julio de 1996**, con el **75%** del salario promedio que sirvió de base para la liquidación del último año de servicios, con la inclusión de los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985.¹⁴

§35.3. Certificado de los factores salariales y prestacionales devengados por la señora Gloria Serna de Trujillo durante el último año de servicios, entre el 01 de julio de 1995 hasta el 01 de julio de 1996; en el cual consta que devengó: la asignación básica, subsidio de transporte, dominicales, bonificación, recargo nocturno, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad.¹⁵

§35.4. Solicitud elevada por la actora al Gerente del Hospital de Caldas E.S.E en el mes de septiembre de 2011, por medio del cual solicita la reliquidación de pensión.¹⁶

§35.5. Mediante la Resolución HC-130 de julio 04 de 2011 por medio de la cual se resolvió de manera negativa la anterior petición de reliquidación.¹⁷

2.3. Régimen de transición de la Ley 33 de 1985

§36. En caso sub examine, se encuentra acreditado que la señora GLORIA SERNA DE TRUJILLO prestó sus servicios en el cargo de auxiliar de enfermería en la ESE HOSPITAL DE CALDAS desde el **17 de mayo de 1968** hasta el 30 de junio de 1996., o sea que para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es el 13 de febrero de 1985, contaba con más de 15 años de servicios, por tanto es beneficiaria de las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 33, por tanto la norma aplicable es la Ley 6 de 1945.

§37.

¹² Fls. 9 a 13 C1

¹³ FI 8 c1

¹⁴ FI 9 a 13 C1

¹⁵ FI 7 C1

¹⁶ FI14 a 17 c1

¹⁷ FI 3 a 6 c1

§38. De esta manera, para la fecha en que entró en vigor la Ley 33 del 29 de enero de 1985, el actor ya contaba con 15 años, siete meses y 15 días de servicios discontinuos.

§39. La Ley 33 de 1985 indica respecto a la pensión y su régimen de transición:

“ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.”

§40. Por lo que la actora le cobija el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, y no del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§41. Frente a los beneficiarios del régimen de transición, este tribunal ha señalado con suficiencia¹⁸ que la normativa reproducida ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º ídem, las pensiones se liquidarán teniéndolos también en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto.

§42. El Consejo de Estado ha entendido como salario “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den...*”¹⁹, esa misma alta Corporación en providencia de 16 de febrero de 2012²⁰, reiterando lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de 4 de agosto de 2010²¹, expresó que:

“...Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Subrayas de la Sala/.

§43. Los factores previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 son: asignación básica mensual; gastos de representación y la prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; auxilios de alimentación y transporte; prima de navidad; bonificación por servicios prestados; prima de servicios; viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a

18 Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

19 Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luís Mario Velandia.

ciento ochenta días en el último año de servicio; incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978; prima de vacaciones; valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecuibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

§44. En este contexto, se tiene que a la parte actora se le reconoció su derecho pensional en la resolución RHPS 506 de 1998, con una tasa del 75% del salario promedio de los salarios devengados entre los años 1995 y 1996, por un valor de \$ 229.348.68.

§45. Como factores salariales se tuvieron en cuenta los previstos en la ley 33 de 1985, modificado por la ley 62 de 1985²².

§46. Con la demanda se aportó certificado de tiempos de servicios y factores salariales devengados, expedido por el Gerente del Hospital de Caldas, que da cuenta que la parte actora devengó en el último año de servicios: la asignación básica mensual, **subsidio de transporte, bonificación, dominicales, recargo nocturno, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad.**

§47. En consecuencia, a la parte actora le asiste el derecho a la reliquidación pensional, liquidado con el 75% el último salario devengado, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados el último año, antes señalados.

§48. En consecuencia, se ORDENA al HOSPITAL DE CALDAS ESE a reliquidar y pagar a la señora GLORIA SERNA DE TRUJILLO, la pensión de jubilación, al retiro definitivo sucedido el 1 de julio de 1996, con el 75% del promedio, con la inclusión de los factores salariales concernientes a asignación básica mensual, **subsidio de transporte, bonificación, trabajo suplementario, dominicales, recargo nocturno, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad.**

§49. Las sumas que deberá cancelar el HOSPITAL DE CALDAS ESE, por concepto reliquidación pensional se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

§50. Se precisa que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

²² ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

§51. Sobre los descuentos de aportes para pensión, la demandada al momento de realizar el reajuste pensional realizará el descuento de los aportes de ley para pensión sobre los nuevos factores salariales que se incluyen, en la proporción que le corresponda.

3. Prescripción

§52. Al tenor del Decreto 1848 de 1969 prescribió en su artículo 102, señaló:

‘1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.’ /rft.

§53. Conforme en la norma trascrita, la pensión se reconoció por la Resolución RHPS 506 del 28 de agosto de 1998, la solicitud de reliquidación se hizo en el septiembre de 2011²³, el acto demandado es la resolución HC-130 del 04 de octubre de 2011, y la demanda se presentó el 12 de junio de 2017. Por lo que se encuentran prescritas las mesadas anteriores al 12 de junio de 2014.

§54. En consecuencia, se declararán imprósperas las excepciones de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO”, y parcialmente probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN”.

§55. En este sentido, se revocará la sentencia apelada y se declarará la nulidad del acto administrativo demandado.

3.1. Costas

§56. De conformidad con el artículo 365 numeral 1 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que esta decisión se fundamenta en un cambio jurisprudencial durante el trámite del proceso no se condenará en costas en esta instancia.

§57. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia del 6 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora GLORIA SERNA DE TRUJILLO en contra de la ESE HOSPITAL DE CALDAS la cual quedara así:

SEGUNDO: Declarar infundadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Y declarar parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 12 de junio de 2014.

²³ fl. 14 c.1

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución HC-130 del 4 de octubre de 2011 expedida por la ESE Hospital de Caldas.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la ESE Hospital de Caldas, reliquidar la pensión de la señora GLORIA SERNA DE TRUJILLO, con el 75% del promedio, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos el último año de servicios: asignación básica mensual, subsidio de transporte, bonificación, trabajo suplementario, dominicales, recargo nocturno, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad. Y pagar las diferencias resultantes entre lo que debió liquidarse y lo efectivamente pagado, con efectos a partir del 12 de junio de 2014.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tractos sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEXTO: No se impondrá condena en COSTAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.”

OCTAVO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE
CALDAS
NOTIFICACIÓN POR
ESTADO
No. 169**

FECHA: 23 de Noviembre de
2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD
DE MANIZALES-CALDAS**

*Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12*

Código de verificación:

3bd1c119b2a7451d95d73b7844ce7787b5beef72710af603825ea4c3547660a3

Documento generado en 20/11/2020 02:07:17 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
– LABORAL
DEMANDANTE: ROSA MARÍA ARIAS DE OROZCO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -
UGPP
RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00319-00
Acto judicial: Sentencia 160

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de otros factores salariales en virtud de la homologación y nivelación salarial, porque en la reliquidación se tuvo en cuenta los factores nivelados.

§02. La sala dicta sentencia en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, de carácter laboral promovido por **Rosa María Arias de Orozco** contra de la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita reliquidar la pensión con todos los factores salariales percibidos el último año de servicios con inclusión de la nivelación salarial¹

§03. La actora solicitó se hagan las siguientes declaraciones:

§03.1. La nulidad de las resoluciones **RDP 030127 de agosto 18 de 2016**, **RDP 038645 de octubre 12 de 2016** y **RDP 040003 de octubre 24 de 2016** de la UGPP por medio de las cuales se reliquidó parcialmente la pensión de vejez, y se omitió incrementar el IBL y por ende el valor mensual de su pensión de vejez.

§03.2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad que reconozca y reliquide la pensión teniendo en cuenta **los todos los factores salariales percibidos el último año que fueron nivelados conforme al proceso de homologación de cargos administrativos de los establecimientos educativos.**

§03.3. Además, incluir como factores salariales las **primas de servicios, de vacaciones, de navidad y técnica** devengadas durante el último año de labor.

§03.4. Se condene en agencias en derecho y costas procesales.

§04. En los hechos precisó que la señora Rosa María Arias de Orozco, nació el 23 de mayo de 1939, se desempeñó como funcionaria de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en el cargo de auxiliar de servicios generales, hasta el 01 de septiembre de 2002.

§05. Le fue reconocida la pensión a través de la Resolución 17527 de julio 08 de 2002, con una asignación mensual de \$222.968.33, supeditada al retiro. Posteriormente se le reliquidó la pensión mediante la Resolución 030127 de agosto 18 de 2016, con una cuantía mensual de \$997.743, que se concedió con base en los promedios salariales aportados para dicho reconocimiento.

§06. Luego, el 28 de mayo de 2015 solicitó la reactivación del expediente ante la UGPP por pruebas nuevas, teniendo en cuenta que:

§06.1. En 2010 la gobernación de Caldas expidió los decretos 0399 del 20 de abril de 2007 y 0337 del 02 de diciembre del 2010, para la homologación de los cargos

¹ Fls. 3 a 21 C1

administrativos de los establecimientos educativos transferidos a su planta por la descentralización educativa y su nivelación salarial, a partir del 10 de febrero de 1997.

§06.2. Esta nivelación salarial se le reconicó a la actora por las **resoluciones 1592 de marzo 22 de 2013 y 4523 del 04 de julio de 2013.**

§06.3. En dichos actos se tuvo en cuenta los aportes para pensión, excepto con respecto a la prima técnica.

§06.4. Esta nivelación salarial tiene efectos considerables en el IBL de su pensión.

§07. Indicó que mediante Resolución **RDP 030127 de agosto 18 de 2016** la UGPP reliquidó la pensión, omitiendo tener en cuenta la prima de alimentación mensual, prima de vacaciones, prima técnica, prima de navidad y prima de servicios actualizadas al IPC.

§08. Esta resolución fue confirmada en instancias de reposición y apelación por las **Resoluciones RDP 038645 de octubre 12 de 2016 y RDP 040003 de octubre 24 de 2016.**

§09. Afirmó que al momento de presentar la petición la parte actora devengaba \$997.743, la cual debe ascender a \$1.995.486.

§10. Invocó como violados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, Leyes 115 de 1994, 33 de 1985, 62 de 1995 y 100 de 1993, y Decreto 2277 de 1979.

§11. La demanda hizo alusión al régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, y por principio de favorabilidad debe aplicarse el régimen de la Ley 33 de 1985, con los factores salariales previstos en el Decreto 1045 de 1978.

1.2. Contestación de la UGPP²

§12. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que reliquidaron la pensión de jubilación, y denegaron la misma por los demás factores salariales. Se opuso a las pretensiones.

§13. Como normas aplicables enunció las Leyes 1437 de 2011, 100 de 1993, 33 de 1985 y Decretos 1158 de 1994, 1653 de 1977.

§14. Propuso como medios exceptivos:

² Fls. 174 a 198 c1

§14.1. **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.** Hizo alusión a los artículos 13 de la Ley 33 de 1985 y 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que la el ingreso base de liquidación de la pensión tiene en cuenta los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994. Dentro de los cuales no está la prima técnica.

§14.2. **Irretroactividad.** No puede tenerse en cuenta la nivelación salarial hecha en 2013 frente a una pensión que se concedió en el año 2002..

§14.3. **Prescripción.** Solicitó la prescripción de conformidad con lo dispuesto en los decretos 1848 de 1969, 3135 de 1968 y los artículos 488 del C. S. del T. y el 151 del C. P. del T.

§14.4. **Genérica.**

§15. Llamó en garantía a la Nación – Ministerio de Educación Nacional. Dicha vinculación se negó a través del auto del 14 de diciembre de 2018.³

1.3. Pronunciamiento de la demandante sobre las excepciones⁴

§16. Solicitó declararlas no probadas, porque: (i) las pretensiones se encuentran jurídica, constitucional y jurisprudencialmente fundadas; (ii) a pesar de que la nivelación salarial se hizo años después al reconocimiento pensional, se mantiene el derecho al reajuste a la prestación; (iii) el derecho a la pensión y a su reajuste no prescriben.

1.4. Audiencia Inicial⁵

§17. En desarrollo de la audiencia inicial, el Magistrado ponente dispuso decidir la excepción de prescripción en sentencia.

§18. Luego de fijado el litigio, se ordenaron las pruebas solicitadas por las partes y las de oficio decretadas por el despacho, y se acordó la presentación de alegatos por escrito conforme al artículo 181 del CPACA.

1.4. Alegatos de conclusión

³ Fls 5 a 6 C2

⁴ Fls. 203 a 204 C2

⁵ Fls. 204 a 207 C 1

§19. La parte accionante y la parte actora, allegaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público permaneció silente.

§20. **Parte demandante:**⁶ Insistió en los argumentos concernientes al derecho a la reliquidación pensional según la nivelación salarial, con fundamento en la sentencia del H. Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010.

§21. **Parte demandada**⁷: Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§22. Conforme al artículo 152 del CPACA esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada.

2.2. Problemas Jurídicos.

§23. ¿Se debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora **Rosa María Arias de Orozco**, con todos los factores salariales percibidos el último año de servicios, incluida la nivelación salarial por homologación de cargos que le fue reconocida?

§24. ¿Debe incluirse la prima técnica por evaluación de desempeño en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§25. La señora Rosa María Arias de Orozco prestó sus servicios **del 01 de marzo de 1981⁸ hasta el 01 de septiembre de 2002** -1071 semanas- en la Secretaría de Educación de Caldas, en el cargo de auxiliar de servicios generales.⁹

§26. CAJANAL le reconoció la pensión a través de la Resolución 17527 del 08 de julio de 2002, teniendo en cuenta que el estatus se configuró el **día 09 de marzo de 2001**. Se liquidó la prestación en cuantía de \$286.000.00, **con el monto del 75%** del promedio de lo devengado **en los últimos 7 años 6 meses**, conforme lo prevé la Ley

⁶ Fls. 213 a 216 C1

⁷ Fls. 217 a 228 C1

⁸ Fl. 23 C1

⁹ Fls 77 a 81 c1

100 de 1993. Se incluyeron estos factores: **asignación básica y bonificación por servicios**. La pensión quedó supeditada al retiro del servicio.¹⁰

§27. La Resolución RDP 030127 del 18 de agosto de 2016, reliquidó la pensión, aplicando **la tasa del 75.0%**, sobre el ingreso base de liquidación sobre el promedio de los factores previstos en el Decreto 691 de 1994, devengados entre el **23 de septiembre de 1995 y el 01 de septiembre de 2002, actualizado al IPC**, efectiva a partir del 02 de septiembre de 2002, con efectos fiscales a partir del 30 de marzo de 2013 por prescripción trienal.¹¹

§28. Que el 08 de septiembre de 2016, se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la citada resolución, para que se incluyan todos los factores salariales devengados por el tiempo de labor de la accionante.¹²

§29. Que la anterior resolución fue confirmada en instancias de reposición y apelación a través de las resoluciones RDP 038645 del 12 de octubre de 2016¹³, y RDP 040003 del 24 de octubre de 2016¹⁴.

§30. Por medio de las Resoluciones 1592-6 del 22 de marzo de 2013¹⁵ y 4523-6 de 4 de julio de 2013¹⁶ se reconoció a la actora la nivelación salarial por homologación de los cargos administrativos de los establecimientos educativos. Se hizo la actualización por el periodo comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009.

2.4. ¿ Se debe reliquidar la pensión de jubilación de la señora Rosa María Arias de Orozco, con todos los factores salariales percibidos el último año de servicios, incluida la nivelación salarial por homologación de cargos que le fue reconocida?

§31. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹⁷ previno para quienes para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran

¹⁰ Fls 22 a 25 C1

¹¹ Fls 54 a 59 c1

¹² Fls 61 a 64 c1

¹³ Fls 67 a 70 C1

¹⁴ Fls. 73 a 76 C1

¹⁵ Fls. 83 a 86 C1

¹⁶ Fls. 87 a 89 C1

¹⁷ “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación del régimen anterior.

§32. La actora estaba en dicho régimen de transición. Porque ara la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, o sea el 1º de abril de 1994 para empleados nacionales, la accionante contaba con 55 años de edad¹⁸. La actora fue incorporada por el Decreto departamental 021 de 1997.

§33. Además cumplió el status pensional el 9 de marzo de 2001¹⁹, antes del 31 de julio de 2010, fecha límite fijada por el Acto Legislativo 01 de 2005²⁰ para que se extendiera el régimen de transición hatas el 2014.

§34. Por tanto, a la demandante se le aplica la Ley 33 de 1985²¹, el cual requiere para acceder a la pensión a los empleados del sector público, haber cumplido 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad.

2.5. Régimen de transición en el caso de aplicar la ley 33 de 1985.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

¹⁸ Nació el 23 de mayo de 1939 fl. 21, c1.

¹⁹ FI 23 C 1

²⁰ “Artículo 48.- Parágrafo transitorio 4º.- El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

²¹ artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: “*El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*”.

§35. El Consejo de Estado²² en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, expuso que quienes se encuentren en el régimen de transición del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aplica del régimen anterior solo: la edad, tiempo de servicio y monto como tasa de reemplazo:

“De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la

²² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Dr. César Palomino Cortés, en sentencia del 18 de agosto de 2018, radicado

Ley 91 de 1989²³. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.(...)” resaltado por la Sala.

§36. Conforme a dichas disposiciones, si al 1° de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), la persona

²³ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

beneficiaria del régimen de transición le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación de éste será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

§37. De otro lado, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltare más de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§38. Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

§39. Conforme a lo probado, se observa que la parte demandante, **para el 1º de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad; 13 años y 1 mes de servicio, le faltaban menos de 10 años de servicio en el sector público**²⁴, para acceder a la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1995.

§40. De esta forma no se puede reliquidar la pensión de la actora con los factores percibidos el último año de servicios.

2.5.1. De los factores a tenerse en cuenta en la liquidación

§41. Bajo las disposiciones adoptadas en las sentencias de unificación del Máximo Órgano Constitucional, atinente a los factores salariales que pueden incluirse para determinar el IBL, son los devengados por la parte actora, durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994 que subrogó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994²⁵.

²⁴ Nació el 23 de mayo 1939. Fl. 21 c. 1.

²⁵ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

2.5.2. La reliquidación de la pensión de la parte demandante teniendo en cuenta los factores nivelados por la homologación de cargos

§42. En cuanto a la inclusión de los factores salariales, ajustados según la homologación y nivelación salarial, en el proceso se demostró que los factores salariales nivelados por la homologación de cargos fueron tenidos en cuenta en la reliquidación pensión, conforme a la Resolución RDP 030127 del 18 de agosto de 2016, por lo que se denegará dicha pretensión.

§43. Efectivamente, la reliquidación pensional que se hizo por los actos demandados tuvo en cuenta las certificaciones expedidas el 26 de junio de 2014 y el 9 de junio de 2016, de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensionales. (*certificado de información laboral de formato número 1, certificado de base salarial formato número 2, y formato número 3B de salarios percibido mes a mes*)²⁶ Recordándose que la nivelación se reconoció a la actora por las resoluciones 1592-6 del 22 de marzo de 2013 y 4523-6 del 4 de julio de 2013.²⁷

§44. Al respecto la resolución que reliquidó la pensión, RDP 030127 del 18 de agosto de 2016 señala:

“Que en la resolución 1592-6 del 22 de marzo de 2013 la gobernación de Caldas le reconoce y ordena el pago por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la secretaría de educación del departamento de Caldas, y en la cual se encuentra la señora ÁRIAS DE OROZCO ROSA MARÍA solicitante.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) **La prima técnica**, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados; -sft-*

²⁶ Fls. 77 a 81 C1, Cd 0401 CERTIFICADO DE FACTORES SALARIALES-6-2017-11-22_112538.PDF; 0402 CERTIFICADO SALARIO BASE-5-2017-11-22_112538.PDF; 0501 CERTIFICADO DE INFORMACIÓN LABORAL-4-2017-11-22_112538.PDF.

²⁷ Fls. 82 C1

Que para la presente liquidación se tuvo en cuenta el certificado de factores salariales en formato 3B de fecha 26 de junio de 2014, consecutivo número 985 expedido por el Fondo Educativo Departamental -FER- de Caldas- Departamento de Caldas, en donde se certifican los emolumentos percibidos por la señora ÁRIAS DE OROZCO ROSA MARÍA, desde el 1° de enero de 1997 hasta el 30 de agosto de 2008, en el cual establece en la casilla 26 los valores homologados y nivelados desde 1997 hasta 2009, con recursos del Sistema General de Participaciones.”

2.5.3. La prima técnica por evaluación de desempeño en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

§45. Referente a la prima técnica, figura como factor en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994²⁸. Sin embargo, esta prima constituye factor salarial sólo cuando se devenga por: ostentar el título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. (arts. 2.a y 7 D.1661/1991). Pero **no constituye factor salarial cuando se asigna con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo 2 ejusdem.**²⁹

§46. La prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada solo la devengan los que desempeñaran los cargos en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, a voces del el artículo 3 ibídem.

§47. En efecto, se encuentra probado en el proceso de acuerdo a la certificación aportada por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, que la parte

²⁸ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) **La prima técnica**, cuando **sea factor de salario**;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados; -sft-

²⁹ ARTICULO 7o. Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2° del presente Decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.

demandante, percibió la prima técnica a la fecha de retiro, **por evaluación de desempeño**, que no constituye factor salarial para la pensión.³⁰

§48. De esta forma no se accederá a las pretensiones de la demanda y se declarará probada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” formulada por la UGPP.

2.6. Las costas

§49. Sobre la condena en costas, no se condenará en razón a que la decisión adopta obedece a cambio de jurisprudencia ocasionada durante el trámite del proceso.

§50. Por lo discurrido, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLÁRANSE FUNDADAS las excepciones de “Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo no Debido”, propuestas por la UGPP.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Rosa María Arias de Orozco en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP.

TERCERO: No se impondrán costas a cargo de la parte actora, conforme con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, realícense las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

QUINTO. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados

³⁰ FI 82 C1



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE
CALDAS
NOTIFICACIÓN POR
ESTADO
No. 169**

FECHA: 23 de Noviembre de
2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA
CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

31850d04b1ce3c63cb27a9943dba3a1f37581373c0b657f6465cca880d3b30e3

Documento generado en 20/11/2020 02:07:20 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: *Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de la presente fecha.

Auto Interlocutorio 168

Referencia:

Proceso: Acción Popular
Radicación: 170012333000- 202000249-00
Demandante(s) Nayibe Guzmán Peña y otros
Demandado(s): Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Síntesis: Se rechaza la demanda del relato efectuado en la demanda no se deduce la vulneración de derechos colectivos por parte de las accionadas.

Asunto

Procede la Sala a decidir sobre el rechazo de la demanda.

Consideraciones

La Ley 472 de 1998 señala respecto a los requisitos de la demanda y su corrección:

“ARTICULO 18. REQUISITOS DE LA DEMANDA O PETICION. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;*
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;*
- c) La enunciación de las pretensiones;*
- d) La indicación de la personas natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;*
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;*

f) Las direcciones para notificaciones;

g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.

(...)

ARTICULO 20. ADMISION DE LA DEMANDA. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda o petición inicial, el juez competente se pronunciará sobre su admisión.

Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciere, el juez la rechazará.”

De la demanda

La demandante Nayibe Guzmán Peña presentó la acción popular contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad Libre de Colombia y el municipio de La Dorada- Caldas, para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

En los hechos señala que se adelanta la convocatoria Centro-Oriente CNSC 2018000004096 de 2018, para proveer cargos en la planta de personal en la alcaldía de la Dorada. Para el efecto se contrató a la Universidad Libre.

En la demanda se relacionó una cantidad de irregularidades: (i) formular preguntas que no corresponden a los ejes temáticos y a las competencias funcionales de los cargos ofertados; (ii) los ejes temáticos no fueron socializados; (iii) inconsistencias en la valoración de los documentos aportados por los concursantes; (iv) impedimento de la administradora de la división de personal del municipio por tener familiares que se inscribieron en el concurso; (v)

Esto trasgredió los derechos de los concursantes.

Por lo que la demanda señala que estas irregularidades hacen ilegal el concurso y vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Del rechazo de la demanda por no corrección

En el proceso de la referencia se ordenó corregir la demanda dentro del término señalado en el artículo 20 de la Ley 472 de 1998. Los requerimientos para la corrección fueron:

“1. Con el fin de proceder al trámite y notificación de la demanda, deberá dar aplicación a lo previsto en el numeral 6 del Decreto 806 de 2020, en el sentido de remitir la demanda y sus anexos a los correos electrónicos de los demandados, de la Defensoría del Pueblo, de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y a la

Procuraduría.

2. Respecto a los hechos de la demanda deberá precisar los siguientes puntos:

- a. Frente al hecho 9, deberá precisar de manera pormenorizada que irregularidades se presentaron en el modo evaluativo (descripción del modo evaluativo) del concurso, indicando específicamente los cargos involucrados.*
- b. Frente al hecho 10, deberá señalar de manera concreta y pormenorizada cuales fueron las preguntas que no correspondían con las funciones específicas de los cargos ofertados, e indicar las funciones de dichos cargos y los cargos afectados con las irregularidades.*
- c. Frente al hecho 11, deberá indicar de manera precisa y pormenorizada el contenido evaluativo de la prueba que no tuvo consonancia con el manual de funciones para cada cargo específico, definiendo en concreto con que funciones del manual de cada cargo específico se presentó la irregularidad. Así mismo, en qué consistió las presuntas irregularidades.*
- d. Frente al hecho 12, precisar de manera pormenorizada cual es el contenido evaluativo de competencias básicas que no tiene coherencia con los ejes temáticos, para cada uno de los cargos y las funciones de los cargos afectadas con cada irregularidad que sucedió.*
- e. Frente al hecho 13, deberá explicar de forma específica, que ejes temáticos no fueron socializados por la CNSC y la Universidad libre para cada cargo a proveer individualizando las irregularidades presentadas en cada cargo llamado a concurso. Además, detallar cuáles fueron las preguntas que no tenían relación con el empleo del cargo determinado, y sustentar la relación del porqué no tiene relación con el conocimiento, capacidades, habilidades, rasgos y aptitudes de los cargos.*
- f. Frente al hecho 14, deberá señalar de manera concreta que preguntas se realizaron de manera diferentes a las orientadas por las directivas del concurso, identificando los cargos específicos que se afectaron con dichas irregularidades.*
- g. Frente al hecho 15, deberá explicar para cada uno de los cargos específicos llamados a proveer, las inconsistencias que se presentaron que dieron lugar al rechazo de los aspirantes, y cuál fue la razón de cada una de las mismas.*
- h. Frente al hecho 19, deberá detallar de manera pormenorizada, cuáles fueron las dificultades técnicas y en casos específicos de los aspirantes, para cada cargo llamado a concursar, en el proceso de selección y que presuntamente los puso en desventaja, en el concurso.*

3. Indicar de manera concreta y pormenorizada las circunstancias que configuran el elemento subjetivo del derecho colectivo de la moralidad administrativa. O sea, cuáles fueron las conductas amañadas corruptas y deshonestas alejadas de los fines de la función social en que presuntamente incurrieron las entidades demandadas. Y adjuntar pruebas de estas.

4. Deberá allegar la demanda integrada con la corrección en un mismo escrito.”

Una vez observada la constancia secretarial que antecede, se observa que la parte

actora no procedió a subsanar la demanda en los términos establecido para ello.

DE LA CONVERSION DE LA ACCIÓN POPULAR EN TUTELA

La forma en que se presentan las pretensiones de la demanda no permite imprimirle a esta solicitud el trámite de una acción de tutela, pues la parte demandante no señala en los hechos de la demanda alguna conducta que particularmente vulnere alguno de sus derechos fundamentales, que tampoco identifica.

Dentro de este contexto, es claro para la Sala que la parte actora no cumplió con el requerimiento efectuado con la inadmisión, no corrigió la demanda

En este sentido, se procederá a rechazar la demanda.

En consecuencia, la sala sexta de decisión del Tribunal administrativo de Caldas,

Resuelve

PRIMERO: RECHAZAR la demanda de la referencia, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: Archívese las diligencias, previas las anotaciones en el sistema siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

**TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE
CALDAS
NOTIFICACIÓN POR
ESTADO
No. 169**

FECHA: 23 de Noviembre
de 2020

**HÉCTOR JAIME CASTRO
CASTAÑEDA
SECRETARIO**

El acto judicial corresponde al aprobado en sala
Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Firmado digitalmente

Firmado Por:

**PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE
LA CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b767309b8876713040058d6dcfbde6b31df4c5aeb100f00dea
d3fcced306e1f5**

Documento generado en 20/11/2020 02:07:27 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 264

Manizales, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-001-2020-00077-02
Demandante: Alexander Zapata Acosta
Demandado: La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos¹, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

El señor Alexander Zapata Acosta, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 19-717 del 9 de mayo de 2018, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013², como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados el 30 de mayo de 2019 contra la referida Resolución.

El Juez Primero Administrativo de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer

¹ Fl. 50 C.1

² Modificado por el decreto 1269 de 2015

su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. Son causales de recusación las siguientes:

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Primero Administrativo de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por Alexander Zapata Acosta.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Primero Administrativo de Manizales, doctor Carlos Mario Arango Hoyos, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso

por Alexander Zapata Acosta, en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

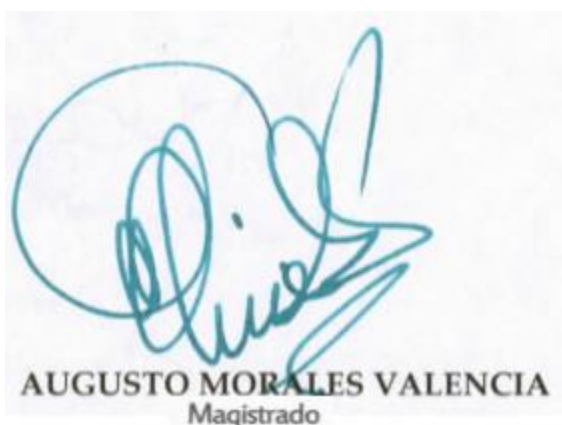
Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día 1 de diciembre de 2020 a las dos y treinta (2:30) de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 050 de 2020.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 352

Manizales, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicado: 17-001-33-39-006-2016-00175-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Olga Milena Belalcázar y otros
Demandado: Servicios Especiales de Salud SES Hospital de Caldas.

I. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, mediante la cual se negaron sus pretensiones.

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicitó en síntesis, se declare administrativa y patrimonialmente responsable al SES Hospital de Caldas, por los daños antijurídicos causados, con ocasión a la atención médica prestada al señor José Fernando Devia Quintero, quien perdió la vida mientras se le practicaba un procedimiento en dicho ente hospitalario y en consecuencia, se le ordene pagar las indemnizaciones con el fin de resarcir los perjuicios morales (estimados en 100 S.M.L.M.V.¹), el daño a la salud (estimado en 100 S.M.L.M.V.) y perjuicios materiales (estimados en: \$31.142.565 como lucro cesante pasado; \$165.098.240 como lucro cesante futuro).

1.2. FUNDAMENTO FACTICO

Expuso que, el 19 de octubre de 2013, el señor José Fernando Devia Quintero fue remitido del Hospital San Marcos de Chinchiná al SES Hospital de Caldas, producto de un trauma craneoencefálico severo en accidente automovilístico, lugar donde se le realizó una *Tomografía Axial Computarizada*, la cual arrojó como resultado *Severa Contusión Hemorrágica Frontal Derecha y Temporal Derecha*, por lo que debió ser ingresado a la Unidad de Cuidados Intensivos.

¹ Salarios Mínimos Legales Mensuales vigentes.

El 28 de octubre de 2013, fue valorado por neurocirugía, que recomendó realizar *Traqueostomía Precoz* para preservar la adecuada función ventilatoria; el 2 de noviembre de ese mismo año, ante la mejoría clínica, se ordenó *extubación*, no obstante, empeoró su condición respiratoria, razón por la cual el 4 de ese mismo mes y año, nuevamente fue ordenada la *Traqueostomía*. El 19 de noviembre de 2013, el señor Devia, debió a su mejoría fue trasladado de la Unidad de Cuidado Intermedio a la Unidad Hospitalaria y el 20 fue dado de alta por el área de Neurocirugía.

El 21 de noviembre de 2013, la fisioterapeuta Hilda Juliana Guerra Alarcón en compañía de Terapeuta Respiratorio, ante la orden médica, procedieron a retirar la cánula que tenía el señor Devia; quienes al momento de realizar el procedimiento observaron sangrado masivo por boca y nariz, por lo que activaron el *Código Rojo*, llamaron al médico de turno para realizar la ligadura de la arteria aortica, realizan maniobras para la reanimación, no obstante, el paciente fallece.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, sostuvo que el daño consiste en la muerte del señor José Fernando Devia Quintero, como consecuencia de la negligente atención médica en el procedimiento "*decanulación*", toda vez que no se tuvieron en cuenta las condiciones médicas del hoy difunto, como son: el tiempo de estancia bajo traqueostomía, los intentos fallidos de decanulación y se omitió la presencia necesaria de médico y personal médico especializado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SES Hospital de Caldas señaló con base en la historia clínica del señor Devia Quintero que, le fue brindada toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo con los cuadros clínicos que presentaba, haciendo uso de los recursos disponibles, siendo en consecuencia, la atención oportuna, diligente y con el cuidado permitido por las condiciones específicas del caso.

Propuso las excepciones que denominó:

- *Ausencia de nexo causal*: Insistió en que al señor José Fernando Devia, le fue prestada toda la atención médica y diagnóstica que tenía disponible. Que en la historia clínica no se observa que el fallecimiento del señor Devia, haya sido provocado por un deficiente o inadecuado servicio prestado por SES.

- *Fuerza mayor o caso fortuito*: Aseguró que no existía forma de haberse sospechado la existencia de la fistula antes de la decanulación final, toda vez que el paciente nunca tuvo o presentó sangrado que pudiera anticipar la existencia de la fístula.

- *Exoneración de responsabilidad por advertencia de los riesgos previstos – consentimiento informado*: Afirmó que el señor Devia, por intermedio de su hija y previo a iniciar el procedimiento de la inserción de la sonda de traqueostomía fue informada y aceptó los riesgos del procedimiento, dentro de los cuales estaba la ocurrencia de hematoma, infección, fistula traqueoesofágica, sepsis y muerte.

- *Excesiva tasación de perjuicios*: Manifestó que los perjuicios reclamados, no guardan relación con los parámetros establecidos por la jurisprudencia unificada.

- *Inexistencia de perjuicios denominados daño a la salud*: Sostuvo que solo operaría frente a la víctima directa.

- *Inexistencia de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante pasado y futuro respecto de Luisa Fernanda Devia, Yeisy Alejandra Devia*: Manifestó que no tiene como demostrar que habitaban bajo el mismo techo del señor José Fernando Devia.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante. Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial del caso para concluir que, el tratamiento aplicado al paciente fue adecuado a las guías médicas establecidas para el procedimiento de *decanulación* y, pese a los esfuerzos médicos, la hemorragia masiva fue incontrolable para los galenos, desencadenando el fallecimiento del señor Devia.

Afirmó que, la parte actora no demostró que el fallecimiento del señor Devia, hubiera sido la causa para el cambio de protocolos y concluyó que, no fue demostrado el nexo de causalidad entre el daño alegado y la acción u omisión por parte de SES Hospital de Caldas.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte actora** censuró el fallo aduciendo violación del debido proceso, derivado de la no practica de pruebas debidamente solicitadas y aportadas, en especial la relacionada con la objeción del dictamen, por error grave, rendido por la Asociación de Neumología y Cirugía de Tórax, la cual fue objeto de apelación, recurso que fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Caldas, el cual dispuso revocar la decisión del juez de primera instancia y dar trámite a la objeción formulada.

Que el fallo se encuentra fundamentado en un dictamen pericial, cuya contradicción no ha sido permitida a la parte objetante, lo cual impide que se expida una decisión de fondo según lo señala el artículo 164 del C.G.P.

De otra parte afirma que, resulta manifiesta la falla en la prestación del servicio médico, por cuanto en el procedimiento de *decanulación* debía estar presente un médico cirujano y además que se debían tener en cuenta las ayudas diagnósticas. Que al haber permanecido durante un largo tiempo el paciente con la cánula, obligaba a la entidad hospitalaria a ejercer cuidado y responsabilidad en el proceso de decanulación.

Que el sangrado producido por la *fístula de arteria innominada* se hubiere presentado en presencia o no de personal médico, sin embargo, el manejo primario hubiere sido distinto, si se hubiera contado con la presencia de un médico cirujano; adicionalmente faltó realización de exámenes de apoyo diagnóstico especializado que descartaran o corroboraran complicaciones a nivel de tejidos blandos, adherencias y/o alteraciones

vasculares.

Insistió que el señor Devia, fue dado de alta neurológica, encontrándose en buen estado de salud, por lo cual no se comprende que una complicación, ajena a la causa de hospitalización del paciente llevara a su muerte.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

SES Hospital de Caldas se refirió a los testimonios rendidos por Luis Fernando Becerra González (médico cirujano) y Alberto Muñoz Cuervo (Neurocirujano), para concluir que el procedimiento de traqueostomía realizado al señor José Fernando Devia, es susceptible de complicaciones tempranas y tardías, dentro de las cuales se encuentran los sangrados y que además existen un porcentaje de morbilidad muy alto. Adicionalmente el procedimiento de decanulación siempre se ha realizado por terapia respiratoria.

Reiteró que, la hija del paciente el 3 de noviembre de 2013, antes de realizar el procedimiento de inserción de la sonda de traqueostomía fue informada y aceptó los riesgos; que además no existían signos que permitieran prever la fístula vascular y, pese a que el personal médico de la institución acudió con apego a los protocolos, cuando se presentan este tipo de sangrados, por lo general tienen un desenlace fatal.

Los demás sujetos procesales no efectuaron pronunciamiento.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se resolverán los siguientes cuestionamientos:

¿Existe violación al debido proceso por dictarse la sentencia de primera instancia, sin tener en cuenta el dictamen aportado como sustento a la objeción por error grave de otro dictamen?

¿El daño² sufrido por la parte demandante, es imputable por la acción u omisión de SES Hospital de Caldas?

3. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Tesis del Tribunal: No se configura la violación al debido proceso alegada en el recurso de apelación, en tanto la falta de practica de una prueba no impedía dictar la sentencia de primera instancia, además, la parte interesada, en caso de considerarlo necesario, podía solicitar la práctica de la prueba dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, de acuerdo con el artículo 212 del CPACA³.

² La existencia del daño antijurídico, consistente en la lesión el fallecimiento del señor José Fernando Devia Quintero, producto de la decanulación que le fuera practicada y que el a quo encontró probada, no es discutido por las partes en esta instancia.

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1. Caso concreto

La parte recurrente afirma que, se configuró una violación al debido proceso, toda vez que el fallo de primera instancia fue emitido, sin practicarse la totalidad de las pruebas válidamente decretadas, aduciendo que, oportunamente allegó dictamen pericial suscrito por la Especialista Médica Forense doctora Ana María Ramírez Castro, con el cual pretendía contradecir y objetar por error grave el dictamen rendido por el Médico Especialista en Medicina Interna – Neumología doctor Manuel Andrés Garay Fernández.

Al respecto, de lo actuado en primera instancia, se tiene que el juzgado en la audiencia inicial⁴, decretó la prueba pericial solicitada por la parte demandante, consistente en que se oficiara a la Asociación de Neumología y Cirugía de Tórax, para que presentará dictamen con base en la historia clínica del señor José Fernando Devia Quintero. Una vez presentado el informe por dicha Asociación, se corrió traslado de este, oportunidad dentro de la cual la parte demandante objetó el dictamen por error grave, para lo cual aportó otro dictamen pericial, el cual fue negado por el *a quo*.

Esta decisión fue apelada y el Tribunal mediante providencia del 13 de marzo de 2019, revocó la decisión y ordenó: “(...) dar trámite a la objeción formulada, teniendo en cuenta el dictamen aportado,” sin embargo precisó que el *a quo* debía analizar los demás requisitos de admisibilidad que señala el artículo 219 del CPACA y 168 del CGP.

El Juzgado Quinto Administrativo de Manizales emitió la sentencia el 15 de marzo de 2019, es decir, sin tener conocimiento de la providencia emitida por esta Corporación, pues se encontraba en términos de notificación y ejecutoria.

De conformidad con lo anterior, no es de recibo el argumento traído a esta instancia por el apelante toda vez que, el dictamen en cuestión no tenía el carácter de prueba en el proceso para el momento en que se profirió la sentencia, debido a que, no había sido objeto de análisis por el Juez, respecto de todos los requisitos de admisibilidad.

Ahora bien, el artículo 133 del CGP, señala que el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.
2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

⁴ Celebrada el 31 de agosto de 2017 (fls. 689-696 C1B)

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

Claramente se evidencia que la situación expuesta por el recurrente no encaja en ninguna de las casuales referidas, además que la prueba que se analiza no es de aquella cuya practica es obligatoria por mandato legal.

Además, la apelación del auto que negó tener en cuenta el segundo dictamen aportado se concedió en el efecto devolutivo, al tenor del artículo 243 del CPACA, que señala:

“Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

...

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

...

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo”.

Es decir que, en este caso no se suspendía el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso. Además, al tenor del artículo 323 del CGP, “La circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, no impedirá que se dicte la sentencia”.

Por otra parte, debe señalarse que, el artículo 212 del CPACA, establece la oportunidad de solicitar en el trámite de la apelación de la sentencia, que se practiquen pruebas cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, así:

“OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

(...)

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.”

Así, emitido el fallo de primera instancia, si la parte actora tenía la intención que se practicara dicha prueba, debía solicitarlo dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, situación que no ocurrió en este caso.

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ en un asunto de similares características, sobre la oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia, señaló:

2.1- En primer lugar, respecto de la solicitud que formuló en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que se practicara una prueba consistente en requerir al productor de la mercancía para que aportara la información requerida para emplear el método reconstruido de valoración en aduana, estima la Sala que se trata de una petición improcedente porque contraría el artículo 212 del CPACA.

Dicha norma es estricta al señalar que «para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados», tras lo cual especifica que, en el trámite de la segunda instancia, «cuando se trate de apelación de sentencia», las partes podrán pedir pruebas en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las cuales «se decretarán únicamente» en los casos en que se evidencien las situaciones que están señaladas en los ordinales uno a cinco del mismo artículo ...

Así, en la medida en que la recurrente no solicitó la prueba dentro de la oportunidad correspondiente, y tampoco alegó ni acreditó que se estuviera frente a alguno de los presupuestos habilitantes de la solicitud de pruebas en el trámite de la segunda instancia, carece de fundamento legal la solicitud de prueba formulada por la apelante.

Es del caso aclarar que tampoco sería procedente que se decretara la práctica de una prueba de oficio a partir de la insinuación hecha en tal sentido por la apelante, toda vez que la actividad oficiosa regulada en el artículo 213 del CPACA debe ejercerse cuando el juzgador valore la necesidad de decretar pruebas para esclarecer la verdad del caso y no opera a solicitud o insinuación de parte, a manera de mecanismo útil para frustrar la estricta regulación de las oportunidades probatorias consagradas en el artículo 212 ejusdem.

3.2. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, no se encuentra configurada la violación al debido proceso alegada en el recurso de apelación, en tanto la apelación del auto que negó el decreto de la prueba pericial aportada como fundamento de la objeción de un dictamen, no impedía dictar la sentencia de primera instancia, por lo que el cargo del recurso de

⁵ Sección Cuarta. C.P.: Julio Roberto Piza Rodríguez, el 12 de febrero de 2019. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01534-01(21611)

apelación contra la sentencia será despachado desfavorablemente.

4. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: *¿El daño⁶ sufrido por la parte demandante, es imputable a SES Hospital de Caldas?*

Tesis del Tribunal: El daño sufrido por la parte demandante no es imputable a la acción u omisión de SES Hospital de Caldas, toda vez que se encuentra acreditado que: 1) el personal médico implementó y ejecutó estrictamente y de forma adecuada el procedimiento de decanulación conforme a los protocolos de la Institución y de acuerdo a la ciencia médica; 2) la hemorragia provocada por la fístula y el retiro de la cánula, se constituía en un riesgo inherente a la traqueostomía; 3) además esta situación fue debidamente informada a la familia del señor Devia; 4) no existía ningún indicio que permitiera al personal médico anticipar la *fístula aortica innominada* que produjo el sangrado masivo y no se evidenció que fuera necesario realizar algún otro tipo de ayuda diagnóstica o examen diferente a los practicados y reportados en la historia clínica; 5) la institución demandada, empleó todos los medios provistos para atender la emergencia una vez se presentó la hemorragia; además su manejo fue oportuno, diligente y adecuado.

Para ello, se analizarán: i) los hechos relevantes acreditados; ii) la imputación fáctica y jurídica; y iii) el caso concreto.

4.1. HECHOS RELEVANTES ACREDITADOS

- En la historia clínica de la atención prestada al señor José Fernando Devia Quintero en la ESE Hospital San Félix San Marcos de Chinchiná, se destaca los motivos por los cuales debió ser atendido:

“Diagnóstico 1 SO99 TRAUMATISMO DE LA CABEZA, NO ESPECIFICADO

Diagnóstico 2 TO7X TRAUMATISMOS MÚLTIPLES, NO ESPECIFICADOS

(...)

Causa Externa: Accidente de tránsito

(...)

Conducta: Paciente que ingresa combativo con otorragia derecha sugestivo de TEC moderado con posible fractura de base de cráneo en el momento conciente, (sic), alerta, moviliza 4 extremidades pero por riesgo inminente de paro respiratorio se decide intubación orotraqueal (...) remisión a tercer nivel para TAC y valoración por neurocirugía. (...)⁷”

- En la historia clínica de la atención prestada en SES Hospital de Caldas⁸, se destaca:

- Nota del 3 de noviembre de 2013:

“(...)

⁶ La existencia del daño antijurídico, consistente en la lesión el fallecimiento del señor José Fernando Devia Quintero, producto de la decanulación que le fuera practicada y que el *a quo* encontró probada, no es discutido por las partes en esta instancia.

⁷ Fls. 158 C.1

⁸ Fls. 339-610 C.1 A

Paciente de 56 años que sufrió TEC severo, contusión frontal derecha y fractura temporal derecha, además HSA traumática, por lo cual neurocirugía indicó manejo cerra (no quirúrgico). Posteriormente llevada a extubación la cual fue fallida por la mala mecánica respiratoria y probable trastorno aspirativo, al cual se le dio manejo antibiótico con adecuada respuesta. Ayer nueva extubación que también fue fallida, con presencia de estridor laríngeo y desaturación sin respuesta a manejo con MNB racemicas, ni CPAP no invasivo, por lo que requirió reintubación.

Paciente hoy modulado la RIS completando ciclo de antibióticos, con estabilidad eléctrica solo taquicardia sinusal, con estabilidad hemodinámica, sin soporte vasopresor, con trastorno moderado de la oxigenación, sin trastorno de perfusión y con cambios radiológicos reportados, sin difusión renal (...) desde el punto de vista neurológico sin cambios, con Glasgow mayor a 10, con apertura ocular espontánea y movilizand las 4 extremidades.

Se pone a consideración de la familia la realización de traqueostomía y se solicita valoración por cirugía general para la programación de la cirugía (...)"

- Nota del 4 de noviembre de 2013, en la que se describe la traqueostomía realizada:

"(...)

Hallazgos:

Incisión transversal en cuello

Hasta tráquea

Se repara con PDS 3.0

Se abre la tráquea

La pinza tripie no funciona bien

Se presenta tos con expectoración y sangres con la cual nos contaminamos

Limpiamos el área de pus y sangre y se logra colocar la cánula 7.5 FR in situ

Se fija a ventilador se afronta piel

Se infla balón con 8 cm

Se observa ventilar bien"

- Nota del 18 de noviembre de 2013, en la que se indica el proceso de decanulación:

"(...) MONITOREO Y CUIDADOS DE UCIN

*Nutrición enteral, pasa a 50 cc/hora – terapia respiratoria 2 veces al día e **iniciar protocolo de decanulación – pte iniciar hoy o mañana proceso de decanulación** (...)*

Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se inicia protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 50%. (...)

(...)

Análisis

Paciente de 56 años, con secuelas neurológicas por TEC severo, en manejo ATB para cuadro de traqueítis con respuesta inflamatoria modulada, en el momento tranquilo, con estabilidad clínica y hemodinámica, sin soporte vasopresor, mejor control metabólico y adecuado gasto urinario, niveles de Hb bajos pero estables y rango de seguridad, en protocolo de decanulación por terapia respiratoria, bien

tolerado.” (Destaca la Sala).

- Nota del 19 de noviembre de 2013, se registra el avance del proceso de decanulación:

“(…) Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se continúa protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 80%.” (Se destaca).

- Nota del 20 de noviembre, continúa el proceso de decanulación:

“(…) Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se continúa protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 100%, se le informe al jefe y médico de turno.” (Se destaca).

- Nota del 21 de noviembre, se observa lo siguiente:

“(…)Paciente de 56 años con diagnóstico anotados, con mejoría de secuelas neurológicas larga estancia en UCI, no signos de respuesta inflamatoria sistémica, está en proceso de rehabilitación, de decanulación, en manejo ATB para cuadro de traqueítis hoy con 8 días de tratamiento con amikacina y eritromicina, por lo cual se suspenden, en el momento estable hemodinámico, no SIRS, tolerando la vía oral, con adecuado control metabólico, pendiente continuar proceso de decanulación hoy se retira la cánula por parte de terapia respiratoria se debe dejar 24 horas después de retirar la cánula. Resto manejo igual.

(…)

FISIOTERAPIA RESPIRATORIA

Paciente en buenas condiciones generales, con diagnósticos anotados, sentado en cama, sin soporte de oxígeno (...) sin signos de dificultad respiratoria, con cánula de traqueostomía y en protocolo de decanulación ocluida al 100% hasta el momento bien tolerado, sin sangrado periestomal, ni signos de infección, a la auscultación pulmonar, ruidos bronquial y vesicular conservado, sin ruidos sobreagregados, se procede a decanular en compañía de terapeuta, presentando sangrado activo masivo por boca y nariz y posteriormente por traqueostomía, se posiciona paciente en cama, se verifican signos vitales y se informa inmediatamente a médico de turno, se activa código rojo, médico de turno intubo por traqueostomía, él aspira sangrado para limpiar vía aérea y se procedo (sic) a dar maniobras de presión positiva con Jackson para mantener oxigenación, se asiste vía aérea durante toda la reanimación y el paciente recupera signos vitales, el médico especialista (cirujano general) decide realizar cambio de tubo de traqueostomía a orofaringe y paciente nuevamente presenta sangrado masivo, se continúan maniobras de ventilación hasta que el paciente es trasladado a quirófano. Queda en compañía de personal de quirófano, en malas condiciones.

(…)

Descripción Quirúrgica:

Toracotomía mediana

Hallazgos: sangrado masivo por fistula traqueo innominada aguda

Diseción de arco aórtico

Control y ligadura de tronco arterial inominado (sic)

Ligadura de arteria subclavia derecha y arteria carotida común d.

*Se aprecia perdida de mitad de trquea (sic) por erosión de la cánula de traqueostomía
Se cubre taquea (sic) con parche de músculo externo cleido mastoideo (sic).
Le paciente entra en paro y fallece. (...)"*

- De conformidad con el consentimiento informado que fue suscrito el 3 de noviembre de 2013, por la señora Deisy Alejandra Devia identificada cédula No. 1.053.842.900, se le enteró de las posibles complicaciones que podía traer el proceso de inserción de sonda de traqueostomía (fl. 296 fte y vto.), formato del cual se destaca:

"(...)2. Que el diagnóstico clínico preliminar, corresponde a la siguiente enfermedad, patología o condición:

S069 TRAUMATISMO INTRACRANEAL, NO ESPECIFICADO

Por medio de la presente constancia en pleno y normal uso de mis facultades mentales, en forma libre otorgo mi consentimiento para que, se practique la siguiente intervención quirúrgica o tratamiento o procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos

TRAQUEOSTOMÍA.

La existencia y posible ocurrencia o no de los riesgos o complicaciones inmediatas o tardías de carácter genera y/o específico del procedimiento y anestésicas (si es del caso), siendo las de más frecuente ocurrencia:

HEMATOMA, INFECCIÓN, FÍSTULAS TRAQUEOSESOFÁGICAS, SEPSIS, MUERTE

Se me ha explicado que existen riesgos, reacciones o resultados desfavorables inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión, los cuales por esta razón no pueden ser advertidos y en consecuencia, declaro expresamente que los asumo, por haber entendido bien que la medicina no es una ciencia exacta. (...)" (Se resalta)

- Dictamen pericial rendido por el médico especialista medicina interna – neumología doctor Manuel Andrés Garay Fernández (fls. 742 a 744 C1B), del cual se destaca:

- Frente a los cuidados que se deben tener cuando se decide realizar la decanulación, respondió: "(...) Una vez se toma la decisión de decanular al paciente con traqueostomía se hace un seguimiento por parte de terapia respiratoria y el equipo médico tratante. De acuerdo a la literatura publicada pueden existir algunos requisitos o pasos a seguir antes de decanular al paciente crítico. Puede resumirse de la siguiente manera: los pacientes deben ser evaluados para determinar la posibilidad de decanulación. En primer lugar, se puede hacer un test de oclusión para descartar la presencia de obstrucción de vía aérea. (...) En segundo lugar, se evalúa la capacidad del paciente de evitar aspiraciones mediante el test de deglución y evaluación de reflejo de la tos (...) En tercer lugar, en el proceso de decanulación se puede realizar una evaluación clínica por parte del tratante responsable para valorar la capacidad de manejar adecuadamente las secreciones respiratorias. La decisión se basa principalmente en la frecuencia de necesidad de aspiraciones y las características de las secreciones.

*Los pacientes en general, puede ser decanulados cuando cumplen los siguientes criterios:
(1) test de oclusión negativo, descartando una obstrucción de la vía aérea a nivel traqueal;
(2) capacidad adecuada para manejar las secreciones respiratorias, definido como una*

necesidad de aspiraciones ≤ 2 veces cada 8 horas; (3) bajo riesgo de aspiración (test de deglución normal); (4) reflejo de la tos conservado; (5) resolución de déficit neurológico por el cual requirió intubación orotraqueal

- Frente al personal idóneo para definir cuándo el paciente debe ser decanulado, respondió: *“(...) son el grupo médico y paramédico tratante. La valoración para decanulación implica la participación de médicos tratante, terapeuta respiratoria y equipo de enfermería.*

- Sobre la traqueostomía prolongada manifestó: *“(...) puede exponer a los pacientes a un mayor riesgo de complicaciones tardías, que incluyen estenosis traqueal, hemorragia, fistulas, infecciones y aspiración”.*

- De la aclaración y complementación del dictamen realizada por el doctor Manuel Andrés Garay Fernández, en audiencia realizada el 2 de mayo de 2018, se destaca:

- Al ponerse de presente al perito, apartes de la historia clínica del señor Devia, sobre la atención adelantada previa la decanulación, se le solicitó que aclarara si lo referido son los parámetros contundentes para llevar la decanulación, éste aclaró: *“(...) que es un proceso que llevó a cabo el equipo médico tratante del paciente antes de tomar la decisión de decanular el paciente, ellos lo describen como test de oclusión y lo que se infiere es que ese test de oclusión, no demostró ninguna obstrucción de la vía, lo cual lleva al equipo a decanular el paciente.*

- Aclaró además, sobre quién es el personal adecuado para realizar el procedimiento de decanulación, lo siguiente: *“(...) la decisión se lleva en conjunto con médico tratante, terapia respiratoria, enfermería, eso depende del protocolo que hayan definido en la institución; cada institución define como quiere llevar a cabo ese procedimiento”.*

- Frente al cuestionamiento, referente a si era necesario realizar otros exámenes para realizar el procedimiento, refirió: *“(...) si los test realizados no documentaban, signos de la obstrucción aérea, normalmente no se llevan a cabo procedimiento, tales como broncoscopia”*

- Al ser cuestionado, acerca de que si el procedimiento realizado al señor Devia, lo hubiese realizado un médico especialista, se hubiese presentado el sangrado, el perito respondió: *“(...) El sangrado es una cuestión independiente de quien esté presente al momento de realizar el procedimiento de decanulación (...)”*

- En el informe pericial suscrito por la médica especialista forense, doctora Ana María Ramírez Castro (fls.759 a 764 C.1 B), se destaca lo siguiente:

“(...) Para proceder a decanular a un paciente debe contarse con valoraciones y evaluaciones médicas donde se indicarán los paraclínicos que deben realizarse cuando se programa una decanulación de un paciente complejo, claro está apoyado por Terapia Respiratoria, en pacientes que han tenido dificultades a nivel de vía aérea tipo infecciones que tengan riesgo de presentar estenosis o fistulas jamás debe actuar solo Terapia Respiratoria. En el caso a estudio se detectó la presencia de fistula al momento de la

decanulación practicada por terapia respiratoria, pero sin el acompañamiento de médico cirujano, para contrarrestar los efectos de hemorragias (...)

(...)

El personal idóneo para definir y asistir una decanulación en un paciente con las características conocidas debe estar conformado por Médico, Terapia Respiratoria y personal de Enfermería.

(...)

una traqueostomía prolongada y como en este caso complicada con una traqueítis tiene alto riesgo de presentar: Estenosis traqueal, hemorragia, fístula y aspiración, circunstancia éstas que se presentaron en el occiso (...)"

- El médico cirujano Luis Fernando Becerra, quien atendió la hemorragia que presentó el señor José Fernando Devia Quintero, el 21 de noviembre de 2013, señaló:

"(...) ese día 21 de noviembre de 2013, me encuentro como cirujano de turno del SES Hospital de Caldas, soy llamado para atender decanulación de una traqueostomía, presenta un sangrado masivo el paciente, lo valoramos en forma oportuna, en forma inmediata, se asiste mientras se hacen maniobras de reanimación y de inmediato se pasa a quirófano. Al ingresar al quirófano hacemos la solicitud urgente de la presencia de cirujano vascular, el cual se presenta de forma inmediata también y nos asiste en el acto quirúrgico en el cual realizamos en primera instancia una esternotomía, en el cual abrimos el tórax para poner en exposición adecuada las estructuras vasculares y las estructuras respiratorias de un paciente y poder hacer un control de ese sangrado que nos permita continuar esa reanimación y por ende corregir lo que está sangrando. Alcanzamos a hacer una esternotomía, hacemos un control vascular, lo cual significa detener el sangrado e inmediatamente somos asistidos por el cirujano vascular quien toma las riendas del acto quirúrgico, realizamos el procedimiento vascular, hacemos unas ligaduras, hacemos una plastia o reconstrucción de esa tráquea y en ese momento cuando estamos finalizando el acto quirúrgico con un paciente asistido no solo por nosotros dos como especialistas quirúrgicos sino por anestesiología el paciente hace paro, un paro cardio respiratorio, iniciamos maniobras de reanimación directas pero el paciente no responde y fallece (...)" (fl. 699 C1B)

- Del Protocolo de Decanulación TUCI22 del 12 de mayo de 2012 (fls. 60 a 62 C.1), establecido por el SES Hospital de Caldas, se destaca:

"(...) OBJETIVOS:

Reintegrar nuevamente a una respiración normal al paciente que ha sido traqueostomizado.

RESPONSABLES:

Fisioterapeuta o Terapeuta Respiratorio.

Médico.

(...)

DEFINICIÓN:

Procedimiento por medio del cual se realiza el retiro de la cánula de traqueotomía que está ayudando a respirar al paciente de forma espontaneo.

EJECUCIÓN:

PLANEAR:

1 Solicitar los equipos para la realización de la aspiración de las secreciones

2 Organizar el equipo necesario para la realización del procedimiento

3 Informar al paciente el procedimiento (si aplica)

HACER:

- 4 Explicación del procedimiento a realizar al paciente y su familia (si aplica)
- 5 Colocación de paciente en posición semifowler.
- 6 Permeabilización previa de la vía aérea si el paciente lo requiere.
- 7 Verificar que el manguito traqueal este desinflado, de no ser así, desínflelo con una jeringa.
- 8 Se ocluirá gradualmente el orificio de la cánula para restablecer la tolerancia del paciente (nunca se ocluirá abruptamente), siempre debe estar acompañado de un sistema de oxigenoterapia y verificando de forma gradual la presencia o no de signos de dificultad respiratoria.
- 9 Se realiza una primera prueba con oclusión parcial de la cánula por 10 minutos
- 10 Si lo tolera se ocluye entre un 30% y un 50% durante las próximas 24 horas, sin destaparla en la noche.
- 11 Si tolera este periodo, al día siguiente se ocluye entre el 80% y el 100% durante las próximas 24 horas, sin destaparla en la noche.
- 12 Si tolera el 100% de la oclusión de la cánula durante 24 seguidas, se decide retirar la cánula de traqueostomía, dejando el paciente con sistema de oxigenación según las necesidades del mismo.

VERIFICAR:

- 13 Verifique siempre que el paciente quede conectado a una red de oxígeno para evitar que haya desaturación
- 14 Verifique siempre que el estoma del paciente quede limpio y tapado con un apósito o gasa.
- 15 Verifique siempre durante las siguientes horas si el paciente presenta signos de dificultad respiratoria.
- 16 Verifique que no se presenta fallas en la atención (...)"

4.2. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

La existencia del daño antijurídico del señor José Fernando Devia Quintero, consistente en el fallecimiento, producto del retiro de la cánula de traqueostomía que fue practicada y que el *a quo* encontró probada, no es discutida por las partes en esta instancia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones

relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales⁹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”¹⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que

⁹ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”.¹¹

4.3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De acuerdo con los hechos acreditados es claro que, el señor José Fernando Devia Quintero, el 3 de noviembre de 2013, ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) del SES Hospital de Caldas, con ocasión a un accidente de tránsito que le provocó un Trauma Encéfalo Craneal Severo (TEC severo), que el 4 de noviembre de 2013, debido a problemas respiratorios, el personal médico realizó traqueostomía, consistente en “colocar la cánula 7.5 FR” en la tráquea y que, permaneció alrededor de 14 días en la UCI.

Posteriormente, el 18 de noviembre de 2013 fue ordenado por el personal médico, iniciar el proceso de retiro de cánula de traqueostomía (decanulación), quedando descrito en la historia clínica cómo fue seguido el protocolo establecido por la institución para realizar dicho procedimiento, el cual se extendió por el término de cuatro días.

En esa medida, el 18 de noviembre de 2013 se registró: “(...) *Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se inicia protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 50%*”, lo cual se encuentra acorde con lo establecido en el “*PROTOCOLO DE DECANULACIÓN TUCI 22 del 12 de mayo de 2012*”, en el cual además quedó consignado que: “(...) *en protocolo de decanulación por terapia respiratoria, bien tolerado*”.

El día 19 del mes y año referido y, continuando con el proceso de decanulación, se registró: “(...) *Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se continúa protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 80%*”, y el 20 de noviembre: “(...) *Se realiza cambio de fijación de cánula de TQT, se continúa protocolo de decanulación ocluyendo luz de cánula de TQT al 100%, se le informe al jefe y médico de turno*”.

El 21 de noviembre de 2013, la fisioterapeuta en asocio con el personal de enfermería del SES Hospital de Caldas, procedió a retirar la cánula al señor Devia y se registró:

“(...) Paciente en buenas condiciones generales, con diagnósticos anotados, sentado en cama, sin soporte de oxígeno (...) sin signos de dificultad respiratoria, con cánula de traqueostomía y en protocolo de decanulación ocluida al 100% hasta el momento bien tolerado, sin sangrado periestomal, ni signos de infección, a la auscultación pulmonar, ruido bronquial y vesicular conservado, sin ruidos sobreagregados”.

De acuerdo con lo anterior, está acreditado que, hasta antes de realizar el proceso final

¹¹ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

de retirar la cánula del paciente, el personal médico tratante estuvo ajustado al protocolo establecido por el SES Hospital de Caldas para tal fin, registrando en la historia clínica, además que, a pesar de la *traqueostomía prolongada*, el paciente toleraba adecuadamente el proceso de decanulación.

No obstante los cuidados, cuando se procedió a retirar la cánula, el señor Devia presentó abundante hemorragia por boca y nariz, situación ante la cual, el personal activó el código rojo, quedando consignado en la historia clínica:

“(...) procede a decanular en compañía de terapeuta, presentando sangrado activo masivo por boca y nariz y posteriormente por traqueostomía, se posiciona paciente en cama, se verifican signos vitales y se informa inmediatamente a médico de turno, se activa código rojo, médico de turno intubo por traqueostomía, él aspira sangrado para limpiar vía aérea y se procedo (sic) a dar maniobras de presión positiva con Jackson para mantener oxigenación, se asiste vía aérea durante toda la reanimación y el paciente recupera signos vitales, el médico especialista (cirujano general) decide realizar cambio de tubo de traqueostomía a orofaringe y paciente nuevamente presenta sangrado masivo, se continúan maniobras de ventilación hasta que el paciente es trasladado a quirófano”.

Al analizar sistemáticamente la historia clínica, el protocolo establecido por el SES para la decanulación y lo expresado por el Doctor Garay, resulta evidente que para el proceso de retiro de la cánula del señor Devia Quintero, el personal médico implementó y ejecutó estrictamente y de forma adecuada el protocolo establecido.

Ahora, la hemorragia provocada por la fístula y el retiro de la cánula se constituía en un riesgo inherente a la traqueostomía, situación de la que fue debidamente informada la familia del señor Devia, lo cual se encuentra demostrado con el consentimiento informado suscrito por la señora Yeisy Alejandra Devia el 3 de noviembre de 2013.

Cabe destacar que el consentimiento informado se define como “... la aceptación libre por parte de una paciente de un acto diagnóstico o terapéutico después de haberle comunicado adecuadamente su situación clínica”¹². Es entonces, una autorización dada por el paciente o sus familiares cercanos sin ninguna coacción, basada en el entendimiento razonable de lo que sucederá, previo a la explicación del procedimiento, y los riesgos y beneficios de este.

En el caso concreto, a la familia del señor Devia, fue informada de los riesgos de la intervención, como “**FÍSTULAS TRAQUEOESOFÁGICA, SEPSIS, MUERTE**”, (fl. 296 fte y vto.) las cuales son complicaciones posibles en un procedimiento de este tipo, además se señaló:

“Se me ha explicado que existen riesgos, reacciones o resultados desfavorables inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión, los cuales por esta razón no pueden ser advertidos y en consecuencia, declaro expresamente que los asumo, por haber entendido bien que la

¹² Ver documento “Garantizar la función de los procedimientos de consentimiento informado” del Ministerio de Protección Social en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/1/Garantizar%20la%20funcionalidad%20de%20los%20procedimientos%20de%20consentimiento%20informado.pdf>.

medicina no es una ciencia exacta. (...)"

Además, el concepto del perito Manuel Andrés Garay Fernández coincide con el de la doctora Ana María Ramírez Castro, en cuando señalaron como posibles consecuencias de realizar la traqueostomía: *"estenosis traqueal, hemorragia, fístulas, infecciones y aspiración"*.

De otra parte, no se evidenció dentro del proceso que, fuera necesario realizar algún otro tipo de ayuda diagnóstica o examen diferente a los practicados y reportados en la historia clínica, ello pese a la insistencia de la parte recurrente, en cuanto aduce que debía realizar una broncoscopia, lo cual, según lo expresado por el perito Manuel Andrés Garay Fernández, no había ningún indicio – según la historia clínica, que reportara la necesidad de realizar dicho examen: *"(...) si los test realizados no documentaban, signos de la obstrucción aérea, normalmente no se llevan a cabo procedimiento, tales como broncoscopia"*

Así las cosas, resulta diáfano que, no existía ningún indicio que permitiera al personal médico anticipar la *fístula aortica innominada* que produjo el sangrado masivo y posterior muerte del paciente.

Además, se encuentra demostrado que la institución demandada, empleó todos los medios provistos para atender la emergencia una vez se presentó la hemorragia, ello toda vez que, si bien el médico no estuvo presente al momento de iniciar el retiro de la cánula, el 21 de noviembre de 2013, una vez presentó la hemorragia, fue atendido por el médico cirujano y a continuación por médico cirujano vascular, así quedó consignado en la historia clínica y así mismo lo relató el médico cirujano Luis Fernando Becerra, quien atendió en un primer momento la emergencia producida por la hemorragia y que señala:

"ese día 21 de noviembre de 2013, me encuentro como cirujano de turno del SES Hospital de Caldas, soy llamado para atender decanulación de una traqueostomía, presenta un sangrado masivo el paciente, lo valoramos en forma oportuna, en forma inmediata, se asiste mientras se hacen maniobras de reanimación y de inmediato se pasa a quirófano. Al ingresar al quirófano hacemos la solicitud urgente de la presencia de cirujano vascular, el cual se presenta de forma inmediata también y nos asiste en el acto quirúrgico en el cual realizamos en primera instancia una esternotomía, en el cual abrimos el tórax para poner en exposición adecuada las estructuras vasculares y las estructuras respiratorias de un paciente y poder hacer un control de ese sangrado que nos permita continuar esa reanimación y por ende corregir lo que está sangrando. Alcanzamos a hacer una esternotomía, hacemos un control vascular, lo cual significa detener el sangrado e inmediatamente somos asistidos por el cirujano vascular quien toma las riendas del acto quirúrgico, realizamos el procedimiento vascular, hacemos unas ligaduras, hacemos una plastia o reconstrucción de esa tráquea y en ese momento cuando estamos finalizando el acto quirúrgico con un paciente asistido no solo por nosotros dos como especialistas quirúrgicos sino por anestesiología el paciente hace paro, un paro cardio respiratorio, iniciamos maniobras de reanimación directas pero el paciente no responde y fallece (...)" (fl. 699 C1B)

Por lo tanto, no es de recibo el argumento expuesto por el recurrente referente a que, si

el médico se hubiere presentado desde el inicio del procedimiento el manejo primario hubiere sido distinto, pues es claro que el manejo de la hemorragia sí fue oportuno, diligente y adecuado, aun cuando no se pudo salvar la vida del paciente.

Por otra parte, no fue arrimado al cartulario, ningún medio de convicción que siquiera ponga en duda la pericia o experiencia de los profesionales que realizaron el proceso de decanulación, o que indique que su proceder no fue conforme a la *lex artis*.

Si bien esta Corporación, es sensible al hecho de que el señor Devia Quintero, cuando ingresó al SES se encontraba en una situación crítica de salud y debido a los ingentes esfuerzos del personal médico, presentó una evolución satisfactoria en su estado de salud, resulta innegable que, los procedimientos e intervenciones que debió recibir para obtener esa mejoría, presentaban riesgos inherentes y que al momento de llevarlos a cabo, se realizaron por la necesidad de mejorar su situación, pero en ningún momento, podía “prometerse” reducir el peligro, en este caso, de la traqueostomía practicada, la cual en principio contribuyó a la mejoría clínica del paciente y posteriormente, fue lo que produjo la hemorragia y el posterior fallecimiento.

4.4. CONCLUSIÓN

Corolario de lo expuesto, encuentra el Tribunal que el daño que sufrió el señor José Fernando Devia Quintero, no es imputable al SES Hospital de Caldas, toda vez que se encuentra acreditado que: 1) el personal médico implementó y ejecutó estrictamente y de forma adecuada el procedimiento de decanulación conforme a los protocolos de la Institución y de acuerdo a la ciencia médica; 2) la hemorragia provocada por la fístula y el retiro de la cánula, se constituía en un riesgo inherente a la traqueostomía; 3) además esta situación fue debidamente informada a la familia del señor Devia; 4) no existía ningún indicio que permitiera al personal médico anticipar la *fistula aortica innominada* que produjo el sangrado masivo y no se evidenció que fuera necesario realizar algún otro tipo de ayuda diagnóstica o examen diferente a los practicados y reportados en la historia clínica; 5) la institución demandada, empleó todos los medios provistos para atender la emergencia una vez se presentó la hemorragia; además su manejo fue oportuno, diligente y adecuado.

Por lo tanto, los argumentos señalados en el recurso de apelación presentada por la parte demandante no prosperan y en consecuencia se confirmará el fallo apelado.

5. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

En aplicación de un criterio objetivo valorativo, teniendo en cuenta que la parte demandada debió comparecer al presente asunto por medio de apoderado judicial, presentar alegatos de conclusión en esta instancia, la naturaleza y duración del proceso, y las actuaciones en que intervino, se encuentra acreditada la causación de agencias en derecho, por lo que estas se fijan en esta instancia en valor de \$8.200.000¹³ a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, con fundamento en el artículo 6 del Acuerdo No. 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura

¹³ Equivalente al 5% de las pretensiones de la demanda, las cuales fueron fijadas en \$165.098.240

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

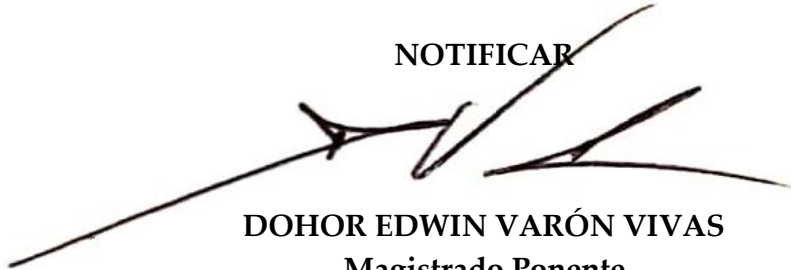
Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales del 15 de marzo de 2019, que negó las súplicas de la parte demandante.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante y a favor de la demandada, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia. **Fijar** como agencias en derecho, en valor de \$8.200.000.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 050 de 2020.

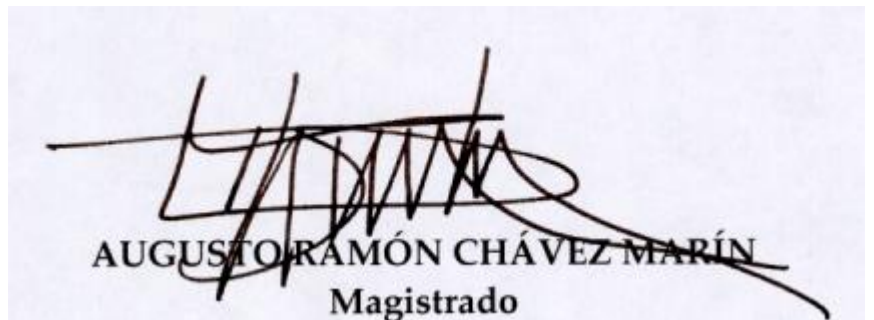
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado