

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO No.	17001-23-33-000-2013-00627-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MIGUEL MAURICIO DÍAZ GONZÁLEZ
ACCIONADO	ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS, MUNICIPIO DE MANZANARES
VINCULADO	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Como pretensiones solicita la parte actora, de manera sucinta:

**Primera:** Se declare la nulidad de las decisiones contenidas en los Oficios n° S.G 136 del 30 de julio y n° 228 del 30 de octubre del 2013, por medio de la cuales se negó el reconocimiento de la relación laboral de Diaz González con la ESE Hospital San Antonio de Manzanares – Caldas.

**Segunda:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre el actor y la entidad accionada existió una verdadera relación laboral, ordenando el pago de todas las prestaciones sociales dejadas de cancelar, liquidadas sobre el salario mensual devengado a título de honorarios.

**Tercera:** Se ordene el pago de todos los emolumentos correspondientes a la seguridad social, al igual que el pago de las cesantías y la sanción moratoria por pago tardío de las mismas.

**Cuarta:** se ordene a COOTRAORIENTE la devolución de las sumas descontadas de manera ilegal del salario mensual devengado a título de honorarios.

## **HECHOS**

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

- El señor Miguel Mauricio Díaz González prestó sus servicios como médico en el Hospital San Antonio del municipio de Manzanares – Caldas, a través de un convenio de trabajo que se suscribió con la empresa Cootraoriente.
- El señor Miguel Mauricio Díaz González prestaba sus servicios en turnos que iban de 8:00 am a 8:00 pm y de 8:00 pm a 8:00 am; de igual forma debía prestar consulta en las veredas cercanas y estar en disponibilidad permanente.
- Mensualmente la empresa Cootraoriente le cancelaba al actor un salario a título de compensación.
- Al terminar el vínculo laboral no se canceló suma alguna por concepto de prestaciones sociales.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Señaló que no puede considerarse un hecho legítimo que los servidores públicos que prestan servicios de salud puedan ser contratados a través de órdenes de prestación de servicios por disposición de la Ley 10 de 1990, como excusa para efectuar contrataciones de un médico a través de una cooperativa con la que se les obliga a suscribir un contrato llamado “convenio de trabajo” con el que se pretende esconder la verdadera relación laboral existente.

Sostiene que en la relación que sostuvo el actor con la parte demandada se configuraron los elementos de una relación laboral, por lo que debe declararse la existencia de la misma.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES:** la entidad hospitalaria mediante apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones contenidas en la demanda.

Como argumentos de defensa esgrime que, la relación contractual que existió entre el actor y la entidad tuvo origen en la práctica del servicio obligatorio que fuera creado mediante la Ley 50 de 1981.

Señaló que las personas que quieren adquirir el título profesional en medicina, deben prestar el servicio social obligatorio como una forma de mejorar el acceso y la calidad a la población que necesita los servicios de salud, especialmente para las personas desprotegidas que están vinculadas al régimen subsidiado.

El actor a fin de realizar su servicio social obligatorio se vinculó por prestación de servicios, tal y como lo autoriza la Resolución n° 1058 de 2010.

Respecto de la disponibilidad del actor como médico rural señala que, la misma obedece a lo regulado por la Resolución 795 de 1995, sumado a que los cuadros de turno son utilizados para coordinar las actividades, la cual resulta vital para brindar los servicios en salud.

Considera que, por lo anterior, en ningún momento entre el actor y la entidad existió una relación laboral, por lo que no es procedente acceder a las pretensiones incoadas por éste.

**MUNICIPIO DE MANZANARES – CALDAS:** se opuso a las pretensiones de la demanda.

Como argumentos de defensa señala que, la ESE Hospital San Antonio de Manzanares es una entidad independiente, autónoma que cuenta con presupuesto propio, por lo que no depende del municipio de Manzanares.

Como excepciones propone las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación a cargo del municipio, sustentadas las mismas en el hecho de que la entidad hospitalaria es autónoma y no depende del ente territorial, por lo que no le es dable responder por los hechos que dan origen a la controversia objeto de estudio.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** en sus alegatos se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda, señalando que se encuentran probados los elementos de la relación laboral que existió entre el actor y la entidad hospitalaria accionada.

**ESE Hospital San Antonio de Manzanares:** ratifica lo señalado en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en que el actor no demostró la existencia de los elementos de

una relación laboral, teniendo la carga probatoria de demostrar los hechos en los que sustenta sus pretensiones, por lo que se deben negar las mismas.

**Municipio de Manzanares:** se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación, solicitando se desvincule a la entidad territorial del presente trámite por no asistirle responsabilidad alguna en los hechos narrados por el actor.

**Ministerio Público:** No allegó concepto de fondo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

#### **Problemas jurídicos**

¿Se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permita declarar una verdadera relación laboral entre señor Díaz González con la cooperativa Cootraoriente y /o el Hospital San Antonio del municipio de Manzanares – Caldas?

Si la respuesta es positiva, deberá la Sala determinar si en el caso presente hay prescripción de los derechos a reclamar.

En caso positivo deberá determinar la Sala si pese a ello tiene derecho el señor Díaz González a que se le reconozcan los efectos prestacionales, es decir a que se le reconozcan los aportes al sistema pensional.

¿A qué entidad le asiste la responsabilidad de cancelar las prestaciones reclamadas en la demanda?

#### **Lo probado**

➤ Obra a folios 42 – 43 el convenio de trabajo suscrito entre el señor Diaz González y la cooperativa de trabajo COOTRAORIENTE para prestar sus servicios de médico general en la ESE Hospital San Antonio de Manzanares, a efectos de cumplir con el servicio social obligatorio.

- La ESE Hospital San Antonio de Manzanares certifica que el actor prestó sus servicios en la entidad hospitalaria a través de un convenio de trabajo suscrito con la cooperativa COOTRAORIENTE, en virtud del servicio social obligatorio durante el periodo comprendido entre octubre de 2009 a octubre de 2010 (Fol. 47, C.1)
- Conforme a los cuadros de turnos aportados el señor Díaz González prestó sus servicios en las áreas de medicina legal, urgencias y medicina general, y de acuerdo a lo consignado en los mismos cualquier cambio debía ser solicitado al coordinador de los turnos para que fuera aprobado (Fol.11 a 33, C.1)
- Se aportan los desprendibles de pago realizados por parte de la Cooperativa de trabajo al señor Diaz González de octubre de 2009 a octubre de 2010, en los cuales se evidencian descuentos realizados por concepto de salud, pensión y riesgos profesionales (Fol. 34 a 41, C.1)

#### **Primer problema jurídico**

¿Se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permita declarar una verdadera relación laboral entre señor Díaz González con la cooperativa Cootraoriente y /o el Hospital San Antonio del municipio de Manzanares – Caldas?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre el señor Diaz González y las entidades accionadas existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de la relación laboral como lo son: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración como contraprestación del mismo y iii) la continuada subordinación laboral.**

#### **Regulación del contrato de prestación de servicios**

Tratándose del contrato de prestación de servicios el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

*Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.*

*Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario (subrayado fuera de texto).*

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

**ARTICULO 53.** *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*

*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).*

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio manifestando:

*El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que,*

*configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*

En el mismo fallo la Corte señaló las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

*a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

*b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*

*c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia*

*mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

A su vez el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda<sup>1</sup> reforzó la anterior postura así:

*El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.*

*Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.*

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que, además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.



Ahora bien, respecto del Servicio Social Obligatorio, se tiene que este fue creado mediante la Ley 50 de 1981, norma que en su artículo 1º indicó que dicho servicio debía ser prestado por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto-Ley 80 de 1980. El artículo 2 *ibídem*, estableció que su prestación se haría con posterioridad a la obtención del respectivo título y sería requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de la profesión. Por su parte el artículo 6 *ibídem* consagró que:

*Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.*

La mencionada Ley 50 de 1981 fue reglamentada por el Decreto 2396 del mismo año, la cual dispuso en su artículo 1º que los egresados de los programas de Medicina, Odontología, Microbiología, Bacteriología, Laboratorio Clínico y Enfermería con formación tecnológica o universitaria, que hayan obtenido el respectivo título, o quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hayan convalidado, debían cumplir el Servicio Social Obligatorio. El artículo 2 *ibídem* exigió dedicación de tiempo completo y una duración del servicio de un (1) año, con el siguiente tenor literal:

*La duración del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados en el artículo 1 del presente Decreto será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo."*

*Con posterioridad, se expidió la Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, emanada del Ministerio de Salud, "Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio", contemplando en los numerales 7º y 8º del artículo 1, lo siguiente:*

*"La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios".*

*"El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios etc.*

A su vez, el artículo 10 *ibídem* indicó: "Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones"; y, finalmente, el artículo 12 previó que: "Los

*profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio."*

Por su parte, el Decreto 1921 de 1994 "Por el cual se establece la estructura de cargos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud Territorial ", consagró en el artículo 3 el siguiente tenor literal:

*DE LOS NIVELES Y DENOMINACIONES DE CARGO.  
Establécense para los diferentes empleos contemplados en las plantas de cargos de los diferentes organismos y entidades del subsector oficial del sector salud de las entidades territoriales los siguientes niveles y denominaciones de cargos:  
(...)*

*d) Profesional. El nivel profesional agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley, y comprende los siguientes cargos:*

*3215 Médico General.*

Finalmente, el Decreto 933 de 2003, por medio del cual se reglamentó el Contrato de Aprendizaje y se dictaron otras disposiciones, contempló en el artículo 7 que:

*PRÁCTICAS Y/O PROGRAMAS QUE NO CONSTITUYEN CONTRATOS DE APRENDIZAJE. No constituyen contratos de aprendizaje las siguientes prácticas educativas o de programas sociales o comunitarios:  
2. Las prácticas asistenciales y de servicio social obligatorio de las áreas de la salud y aquellas otras que determine el Ministerio de la Protección Social.*

Del análisis de la normativa expuesta se desprende que, la Ley 50 de 1981 establecía en el artículo 8 que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados del servicio social obligatorio serían los propios de la institución a la que se vincularan; lo mismo hizo el Decreto Reglamentario 2396 de 1981 cuando determinó en el artículo 6 que estarían sujetos a las disposiciones en materia de personal; y así también lo entendió la Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud, que reafirmó que estarían sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

En consecuencia, la Sala se adentrará a revisar cada elemento de los enunciados.

**i) Prestación personal del servicio**

Del contrato entre el señor Diaz González y la Cooperativa de trabajo se observa que, tenía como objeto que el primero prestara sus servicios de profesional médico en la ESE Hospital San Antonio de Manzanares en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio.

Practicadas las pruebas, efectivamente se demostró que el actor cumplió personalmente las obligaciones a las que se comprometió en el convenio de trabajo, lo cual se comprueba con las declaraciones y los documentos aportados al proceso, así como las certificaciones expedidas por la ESE, que dan cuenta del tiempo laborado.

**ii) Remuneración como contraprestación del servicio**

De acuerdo a lo estipulado en el convenio de trabajo se estableció una compensación ordinaria mensual la cual podía variar de acuerdo al reporte de horas de servicio.

Aunado a esto, existe prueba documental que da cuenta de los pagos que se le realizaron al actor, tal y como quedó relacionado en lo probado.

Así las cosas, para este juez colegiado es evidente que el demandante recibió remuneración por parte de la entidad accionada como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra también acreditado.

**iii) Subordinación Laboral**

Este requisito está demostrado en el presente trámite en tanto el actor debía cumplir con unos turnos, además se infiere, por la labor prestada por el demandante, que no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues las funciones desempeñadas no permitían que las ejerciera según su albedrío, sino siguiendo los protocolos propios ordenados por el Hospital y en general por las normas de la seguridad en salud, tampoco podía prestar el servicio en un lugar diferente al centro asistencial.

Debe además esta Sala señalar que, sobre la configuración de un contrato laboral respecto de los profesionales que prestan Servicio Social Obligatorio, el Consejo de Estado en providencia del 21 de octubre de 2019<sup>2</sup> se señaló:

*1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Rad. 73001-23-31-000-2006-01326-01. En esta providencia, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió un caso en el que un médico del servicio social obligatorio, vinculado mediante contratos de prestación de servicios, solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones a los que tenía derecho, en razón de la regulación legal que tiene aquel servicio. Debe anotarse que en dicha oportunidad, se accedieron a la pretensiones de la demanda, bajo el entendido que (1) "dada la finalidad y las circunstancias especiales en las que se presta el Servicio Social Obligatorio, ha sido el querer del legislador y del Gobierno garantizar y proteger los derechos laborales de los profesionales que se vinculan en dichas plazas" y (2) "las plazas para el cumplimiento del SSO son aprobadas y renovadas por las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud certificadas, con sujeción a las políticas que fije el Ministerio de la Protección Social, previa solicitud de la entidad solicitante, la cual deberá acreditar para el efecto disponibilidad presupuestal y cumplimiento de las disposiciones en materia de administración de personal". Al respecto, indicó (se transcribe):*

*"Así las cosas, no existe el obstáculo alegado para desconocer los derechos laborales del actor, garantizados, como se vio, de forma reiterada por la normativa que regula el Servicio Social Obligatorio. Para la Sala, la vinculación de profesionales del SSO mediante contratos de prestación de servicios, para evadir la carga prestacional, desnaturaliza la institución estudiada.*

*Además, es necesario precisar que dentro de la clasificación de los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran los del SSO:*

*"de acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:*

*Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar"* (artículo 15 del decreto 1569 de 1998).

*El artículo 21 ibídem determinó quiénes conforman el nivel profesional aludido:*

*“El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:  
Código Denominación del empleo  
[...]  
305 Médico Servicio Social Obligatorio  
[...]”.*

*Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones acusadas Nos. 80 de 30 de diciembre de 2005 y 013 de 17 de febrero de 2006. A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes al año de Servicio Social Obligatorio (2 de agosto de 2004 a 31 de julio de 2005 – fls. 11, 12), junto con los turnos médicos en el área de urgencias y salarios adeudados (fl. 17), más las cotizaciones correspondientes.”*

Así las cosas, y sin necesidad de mayores elucubraciones, es claro para esta Sala que los contratos de prestación de servicios o los convenios de trabajo por medio del cual se contrata al personal médico para el cumplimiento de su servicio social obligatorio pretenden enmascarar una verdadera relación laboral en detrimento de los derechos laborales de los médicos contratados bajo esta modalidad, pues es claro que en la prestación del servicio médico se cumplen los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

### **Segundo problema jurídico**

¿En el presente asunto se configura la prescripción de los derechos a reclamar?

**Tesis: se defenderá la tesis que a la demandante le asiste derecho a que se le pague el equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta con vinculación durante todo el período en que ejerció sus labores, en tanto no se configuró la prescripción trienal.**

Respecto al restablecimiento del derecho, es necesario hacer aclaración frente al tema de la prescripción, y al respecto se tiene que la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>3</sup> estableció que, aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad

mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

*3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez*

*comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

*vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.*

*Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales*

De lo probado, es claro que el actor prestó sus servicios como médico en servicio social obligatorio del 1º de octubre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2010, lo que permite inferir que la prestación del servicio de la demandante se dio de manera ininterrumpida durante el año de Servicio Social Obligatorio, presentando la reclamación ante la entidad el 11 de octubre de 2013 (Fol. 48 – 49, C.1)

Ahora, frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013<sup>4</sup> fue enfático al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de

empleado público, pero que esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basadas en los honorarios que devengó:

*El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).*

*Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia<sup>75</sup>. (Líneas fuera del texto).*

Así las cosas, es claro que el demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen, tomando como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho, pues no hay prescripción de derechos.

Respecto de los aportes a la seguridad social (salud y pensión), encuentra la Sala que en el proceso quedó acreditado de los desprendibles de pagos que la parte actora debió soportar con su propio peculio las cotizaciones al sistema de seguridad social.

En tal sentido, el demandante tiene derecho a que se le devuelvan las cotizaciones que realizó a salud y pensión, en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fue asumido inicialmente por el actor dentro en el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2010.

Para ello, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese



hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de asumir, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

### **Tercer problema jurídico**

¿A qué entidad le asiste la responsabilidad de cancelar las prestaciones reclamadas en la demanda?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que la entidad responsable del cumplimiento de la sentencia judicial es la ESE Hospital San Antonio de Manzanares – Caldas, puesto que, fue esa entidad la que se benefició con la prestación de los servicios del actor, pero deberá responder solidariamente por el pago de las condenas impuestas.**

Respecto del contrato realidad cuando la vinculación se efectúa mediante cooperativas de trabajo el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha expuesto:

Por otra parte, según el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos, según el artículo 5.º del Decreto 4588 de 2006, que las reglamentó, se debe precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales sobre la materia.

Este mismo decreto, en sus artículos 16 y 17, establece la prohibición, por una parte, de que el asociado que sea enviado por la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo; y, por la otra, que no podrán actuar como empresas de intermediación laboral ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a un usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como

---

<sup>6</sup> C.E; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección B; Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00136-01(2617-14)

trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores de estos, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes, y en tal caso, sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Sobre el particular, esta Corporación,<sup>7</sup> en sentencia de 27 de abril de 2016, en un asunto semejante al presente, expresó:

En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado.<sup>8</sup> Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica.<sup>9</sup>

[...]

Como atrás se ha expuesto, el elemento subordinación o dependencia es el que define la diferencia entre los contratos laboral y de prestación de servicios, y del cual gira de manera primordial el recurso de apelación interpuesto por el ente accionado, en el sentido de no admitir que hubo relación laboral con el demandante, señor Francisco Javier López Cardona, en su calidad de trabajador asociado, sino contratos de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajadores Asociados de Servicios (COTRASER), que suministraba el personal. Pero el artículo 16 del Decreto 4588 de 2006 establece que «el asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, 27 de abril de 2016, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14), actor: Jairo Giraldo Valencia, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

<sup>8</sup> Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, que reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

<sup>9</sup> Artículo 7.º de la Ley 1233 de 2008. Ley por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

el artículo 17<sup>10</sup> del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo».

Y como bien lo dijo esta Corporación en la sentencia de 27 de abril del año pasado, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados, tal como se encuentra demostrado en el presente asunto con las pruebas documentales antes señaladas y los testimonios firmes, categóricos y coherentes de los declarantes, en que se infiere que el actor desarrollaba una función de carácter permanente —y no temporal propia del contrato de prestación de servicios—, que incluía algunas veces fines de semana y festivos.

Por ello, se reitera lo expresado por el *a quo*, en el sentido de que «esa desnaturalización por parte de la Cooperativa contratista no impide que el ente accionado, asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador. En este orden de ideas, priman los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó el accionado» (f. 641, cdno. 1-3, ppal.).

Por lo anterior, la Sala considera que entre el demandante y el accionado Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) existió una verdadera relación laboral, disfrazada a través de la Cooperativa de Trabajadores Asociados de Servicios (COTRASER), en el período comprendido entre el 15 de marzo de 1999 y el 19 de enero de 2009, de naturaleza permanente, como las desempeñadas por el personal de instructores de la planta de personal; y, además, carecía de autonomía e independencia para el ejercicio de las tareas encomendadas, lo que determina que se desvirtúe el carácter del contrato de prestación de servicios y se configure — se repite— la relación laboral, sin que ello implique el reconocimiento de la condición de empleado público al actor; por lo tanto, se ha de confirmar la nulidad del oficio 2-2010-002235, de 7 de octubre de 2010, de la directora regional Risaralda del SENA.

Ahora bien, sobre la vinculación de los médicos para prestar el servicio social obligatorio el artículo 10 de la Ley 50 de 1981, reglamentada por el Decreto 2396 del mismo año

---

<sup>10</sup> Decreto 4588 de 2006, artículo 17. Artículo 17. «Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión [Ley 50 de 1990, artículo 71] con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado».

indicó: *"Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones";* y, finalmente, el artículo 12 previó que: *"Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio."*

Conforme a lo anterior es claro que, los médicos que presten su servicio social obligatorio deben ser vinculados por la entidad prestadora del servicio de salud, obligación que la ESE Hospital San Antonio de Manzanares – Caldas pretendió evadir al vincular al señor Diaz González a través de un convenio laboral suscrito con una cooperativa de trabajo, en claro detrimento de los derechos laborales del actor. Es por ello que en consonancia con lo expuesto por el Consejo de Estado en asuntos como el que aquí se discute, es claro para la Sala que si bien la vinculación se da directamente con el Hospital San Antonio de Manzanares, la Cooperativa demandada es solidariamente responsable del reconocimiento y pago de los derechos laborales a favor del actor recae en cabeza de la ESE, por ser a esta entidad a la que el señor Diaz González le prestó sus servicios personales y bajo la subordinación de la misma.

#### **Restablecimiento del derecho**

A título de restablecimiento de derecho se ordenará a la **ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS**, en solidaridad con la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS – COOTRAORIENTE**, reconocer y pagar, tomando como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho, pues no hay prescripción de derechos.

De igual forma deberán devolver al demandante las cotizaciones que realizó a salud y pensión, en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fue asumido inicialmente por el actor, en el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2010.

Para ello, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese

hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de asumir, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Donde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

### Conclusión

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió al señor Díaz González y la **ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES- CALDAS** se configuraron los elementos propios de una relación laboral, pero en atención a que la **COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS – COOTRAORIENTE**, intervino en la contratación del actor, deberá responder solidariamente.

Por ello deberá reconocer a título de indemnización las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho, pues no hay prescripción de derechos.

De igual forma deberán devolver solidariamente al demandante las cotizaciones que realizó a salud y pensión, en el porcentaje que le correspondería al empleador y que fue asumido inicialmente por el actor, en el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2010.

### Costas

Teniendo en cuenta que el actor, debió incurrir en gastos de abogado y demás necesarios para adelantar el proceso, se condenará conforme al artículo 188 del CPACA, solidariamente al **HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES-CALDAS** y a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE** costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas conforme a las normas del C G, del P. por la Secretaría del Tribunal

Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente ,a favor de la parte actora

En mérito de lo expuesto, **la Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de los Oficios SG136 del 30 de julio de 2013 y SG 228 del 30 de octubre de 2013 por medio de la cual la ESE Hospital San Antonio de Manzanares - Caldas negó la relación laboral existente con el señor Díaz González.

**SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE SOLIDARIAMENTE** al HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE a pagar al señor Diaz González el equivalente a las prestaciones sociales y factores salariales que un empleado de la ESE de igual categoría tendría derecho, tomando como base los honorarios recibidos por el periodo de tiempo comprendido entre 1 de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2010, atendiendo a que no se configuró la prescripción extintiva del derecho. Estas sumas deberán ser indexadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

**ORDENAR** además a la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS, en solidaridad con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE hacer devolución al señor Diaz González de los aportes que hubiese consignado al sistema de seguridad social en salud y pensiones, que conforme a la ley, le correspondería al patrono por el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de octubre de 2009 al 31 de octubre de 2010. Estas sumas deberán ser indexadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones.

**CUARTO: CONDENASE** en Costas solidariamente al HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES – CALDAS y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DEL ORIENTE DE CALDAS - COOTRAORIENTE a favor del demandante, las cuales se liquidarán por la

Secretaría del Tribunal conforme lo señala el C.G del P. Fijar como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual vigente.

**QUINTO:** La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del C.P.AC.A.

**SEXTO:** Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de abril de 2021 según acta nro. 021 de la misma fecha.

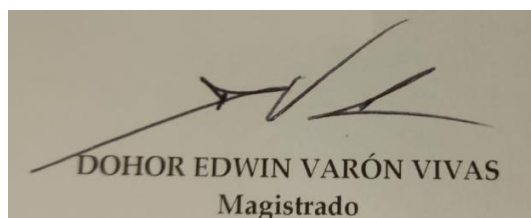


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña




DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

---



---

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

<b>RADICADO</b>	17-001-23-33-000-2019-00506-00
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	JAIRO ALBERTO GALLÓN GALLÓN
<b>DEMANDADO</b>	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, MUNICIPIO DE FILADELFIA - CALDAS

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión.

Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del C.P.A.C.

Se advierte a las partes que para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el [sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co); y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

<sup>1</sup> También C.P.A.C.A

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021.  
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 line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2019-00545-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JOSÉ JAVIER TRUJILLO ÁLVAREZ
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Ingresar el proceso a Despacho para dar traslado a las partes de las pruebas documentales allegadas y visibles a folios 339 a 341, y de 347 a 352 del cuaderno 1, por el término de tres (3) días.

En este orden de ideas por la Secretaría de la Corporación córrase traslado de las pruebas allegadas y visibles a folios 140 a 144 del cuaderno 1 a las partes por el término de tres (3) días.

Vencido el traslado devuélvase el expediente al Despacho para decidir lo pertinente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

<p style="text-align: center;"><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>

<p><b>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</b> Secretario</p>

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**SALA PRIMERA DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

<b>RADICADO</b>	<b>17-001-33-33-003-2014-00534-03</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>DEMANDANTES</b>	<b>LORENA OCAMPO QUINTERO Y JOSÉ FABIÁN RAMÍREZ TORO en nombre propio y en representación de la menor KELLY TATIANA RAMÍREZ OCAMPO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA – CALDAS, EL HOSPITAL SAN CAYETANO DE MARQUETALIA Y P.A.R CAPRECOM LIQUIDADO (SUCEADOR PROCESAL DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE)</b>
<b>LLAMADA EN GARANTÍA</b>	<b>LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por PAR Caprecom Liquidado contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 10 de junio de 2019, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Se declare solidaria y administrativamente responsables al Hospital Departamental San Félix del municipio de La Dorada, al Hospital San Cayetano del municipio de Marquetalia y a Caprecom EPS-S por los perjuicios de toda índole, tanto materiales como inmateriales, que se ocasionaron a los demandantes con motivo del fallecimiento de Karoll Taliana Ramírez Ocampo por la evidente falla en el servicio médico asistencial desde su nacimiento el 31 de marzo de 2011, por la falta de atención médica y/o pérdida de la oportunidad, por la falta de los protocolos médicos, falta de diagnóstico oportuno y tratamiento eficaz para atender los quebrantos de salud que presentaba desde que nació hasta el día que falleció.

2. Como consecuencia de lo anterior, se condene a reconocer y pagar solidariamente al Hospital Departamental San Félix del municipio de La Dorada, al Hospital San Cayetano del municipio de Marquetalia y a Caprecom EPS-S a favor de los demandantes perjuicios inmateriales, en la modalidad de daño moral, en los siguientes términos:

- Lorena Ocampo Quintero: la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación o sentencia ejecutoriada, o a la suma más alta que fije la jurisprudencia al momento de la ejecutoria de la conciliación o sentencia ejecutoriada, en su condición de madre de la víctima por la angustia, aflicción y tristeza a que fue avocada al saber y vivir con los padecimientos a que fue sometida Karoll Taliana Ramírez Ocampo.

- José Fabián Ramírez Toro: la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación o sentencia ejecutoriada, o a la suma más alta que fije la jurisprudencia al momento de la ejecutoria de la conciliación o sentencia ejecutoriada, en su condición de padre de la víctima por la angustia, aflicción y tristeza a que fue avocada al saber y vivir con los padecimientos a que fue sometida Karoll Taliana Ramírez Ocampo.

- Para Kelly Tatiana Ramírez Ocampo: la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación o sentencia ejecutoriada, o a la suma más alta que fije la jurisprudencia al momento de la ejecutoria de la conciliación o sentencia ejecutoriada, en su condición de hermana de la víctima por la angustia, aflicción, tristeza a que fue avocada al saber y vivir con los padecimientos a que fue sometida su hermana Karoll Taliana Ramírez Ocampo.

3. Se condene al Hospital Departamental San Félix del municipio de La Dorada, al Hospital San Cayetano del municipio de Marquetalia y a Caprecom EPS-S a pagar los valores a que se ha hecho referencia indexados desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando quede ejecutoriado el auto que apruebe la conciliación o sentencia ejecutoriada.

4. Se condene al Hospital Departamental San Félix del municipio de La Dorada, al Hospital San Cayetano del municipio de Marquetalia y a Caprecom EPS a pagar los valores a que se ha hecho referencia con sus respectivos intereses contados a partir de la fecha en que acaecieron los hechos hasta cuando quede ejecutoriado el auto que apruebe la conciliación que ponga fin al proceso o sentencia ejecutoriada.

5. Que se condene en costas a los demandados si así lo estima pertinente el despacho.

## **HECHOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- La señora Lorena Ocampo Quintero y José Fabián Ramírez Toro han hecho una comunidad de vida permanente y singular por 10 años; y fruto de ella procrearon a Kelly Tatiana y Karoll Taliana Ramírez Ocampo.

- Para el momento de los hechos, la señora Lorena Ocampo Quintero estaba afiliada al sistema general de seguridad social en salud en el régimen subsidiado a través de Caprecom EPS-S.

- El 30 de marzo de 2011 la señora Ocampo Quintero consultó al Hospital San Cayetano de Marquetalia ya que había pasado el tiempo y aún no iniciaba actividad uterina ni trabajo de parto, razón por la cual fue remitida al Hospital San Félix de la Dorada donde cuentan con servicios de segundo nivel; centro asistencial al que ingresó a las 15:30 horas y fue evaluada a las 16:20 horas, concluyendo que se hacía necesario realizar inducción del trabajo de parto, pues la paciente tenía 43 semanas de embarazo.

- El 31 de marzo de 2011 a las 21:40 horas, un médico que realizaba el servicio social obligatorio fue quien atendió el parto, pese a que se trataba de un embarazo de alto riesgo por tener la señora Ocampo Quintero 43 semanas de gestación. Incluso, este mismo galeno, escribió en la historia clínica que la paciente y el bebé se encontraban en buenas condiciones. Sin embargo, el día del nacimiento de Karoll Taliana, el personal médico observó que a la recién nacida le salían secreciones por lo que le realizaron lavado nasal, lo que generó que estas salieran en abundancia. También se evidencia anotación en la historia clínica de las 23:20 horas según la cual no había presencia o evidencia de meconio, lo mismo que a las 7:00 horas del 1° de abril. Pese a los dos eventos descritos, tanto la madre como la recién nacida fueron dadas de alta el día 1° de abril de 2011.

- El día 2 de abril de 2011 la menor se despertó sin apetito, ahogada, con secreción abundante y solo toleraba la posición de cubito lateral; así continuó hasta la madrugada del 3 de abril cuando se despertó con apetito, pero cuando comía vomitaba cantidades alarmantes, por lo que los padres decidieron dirigirse al Hospital San Cayetano de Marquetalia donde la doctora indicó que la bebé vomitaba por la acumulación de mucosidad como causa del embarazo prolongado, por lo que formuló suero fisiológico y recomendó realizarle lavados nasales.

- A las 19:00 horas de ese 3 de abril, cuando la señora Lorena Ocampo Quintero regresó a la finca, la recién nacida empezó a convulsionar, a presentar una tonalidad morada y se le bajó la temperatura, por lo que inmediatamente regresó al Hospital San Cayetano, institución donde se ordenó la remisión inmediata de la bebé al Hospital de Caldas.

- El 4 de abril de 2011 la bebé ingresó al Hospital de Caldas – Servicios Especiales de Salud – con un diagnóstico de sepsis de origen pulmonar, neumonía aspirativa y atresia esofágica; llegó intubada, incluso de manera incorrecta, por lo que fue necesario reintubarla y someterla a ventilación mecánica.

- La menor estuvo hospitalizada en ese centro asistencial hasta el 17 de abril de 2011, interregno en el cual se le realizó, el día 9 de abril, una cirugía para corregir la atresia esofágica.

- Al cumplir la recién nacida el mes de operada, la madre solicitó la cita de control ordenada el 13 de abril de 2011 a la EPS-S Caprecom, la cual no fue concedida argumentando no tener contratado este servicio con ninguna entidad.

- El día 11 de junio de 2011 la señora Lorena Ocampo Quintero interpuso una queja en la oficina del CIAU de la Alcaldía Municipal de Marquetalia, ya que la EPS-S se negaba insistentemente en autorizarle la consulta con el cirujano pediátrico que requería la bebé. Y en esta misma fecha radicó derecho de petición al Gerente Regional de Caprecom para que ordenara la autorización del servicio.

- El 7 de julio de 2011 la señora Lorena Ocampo Quintero presentó acción de tutela contra Caprecom para que se le brindaran a la menor Karoll Taliana los servicios médicos que requería, la cual fue fallada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales tutelando los derechos fundamentales de la recién nacida, y otorgándole a Caprecom un término de 2 días para que autorizara y llevara a cabo la valoración por cirugía pediátrica.

- En vista del incumplimiento al fallo de tutela por parte de Caprecom, se tuvo que presentar incidente de desacato el día 8 de agosto de 2011 ante el juzgado de conocimiento, pero en el trámite de la misma, por el estado de cosas inconstitucionales de esa entidad, no se impuso arresto ni multa contra el Director Territorial de la EPS.

- El 8 de septiembre de 2011 Caprecom expidió una autorización de servicios para consulta externa de cirugía pediátrica pero no en Manizales sino en Girardot, lo que presentó dificultades para asistir por las barreras geográficas y económicas; por lo que la consulta fue



realizada el 30 de septiembre en el municipio de Marquetalia por parte de una pediatra en una jornada médica, quien formuló un esofagograma y consulta prioritaria por cirugía pediátrica.

- El 20 de diciembre de 2011, en el Hospital de Girardot, le fue realizada a la niña Karoll Taliana la dilatación esofágica con bujías de mercurio; mismas que se le repitieron entre los meses de marzo hasta julio de manera mensual, cuando era necesario que se llevaran a cabo de manera quincenal; tratamiento al que no reaccionó de manera favorable ya que la demora para la primera dilatación trajo como consecuencia que la primera cirugía fuera inútil, ya que el tejido cicatrizó en esos 6 meses y no permitió la dilatación efectiva.

- El 5 de agosto de 2012 la menor ingresó al Hospital Universitario de la Samaritana donde se le realizaron dilataciones esofágicas, esofagoplastia, corrección de atresia de esófago, decorticación pulmonar derecha y toracotomía.

- De manera posterior, la señora Lorena Ocampo volvió a Girardot con la menor por seguir presentando complicaciones ya que la bebé no toleraba ni el paso de saliva, por lo que el médico indicó que a pesar de las dilataciones realizadas no había mejoría, ya que se le había cerrado nuevamente el paso digestivo, lo que llevó a que se realizara un nuevo esofagograma con el que se determinó nuevamente la necesidad de intervenir quirúrgicamente a la menor, lo que ocurrió el 31 de agosto de 2012. 6 días después de llevada a cabo la intervención, la menor comenzó a mostrar dificultad respiratoria por lo que fue necesario intubarla, y en los días siguientes su estado de salud empeoró por lo que permaneció en cuidados intensivos hasta el día 11 de septiembre de 2012, día en el que falleció por severas complicaciones.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom:** respecto a los hechos adujo en relación con unos que eran ciertos, de otros que se atenía a lo que resultara probado en el proceso, sobre otros que no se pronunciaba y de otros que no eran ciertos.

Propuso como excepciones:

- **Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados:** señala que para el momento de los hechos, contaba con una red debidamente habilitada para brindar la atención en salud que requirió tanto la demandante como su hija al ser afiliadas a esa EPS-S, la cual se garantizó a través del Hospital de Marquetalia, de La Dorada y en Servicios Especiales de Salud de Caldas, con quienes habían celebrado varios contratos; éstas IPS que se obligaron a responder civilmente por sus acciones y omisiones

en la actuación contractual, es decir, que de probarse una falla en el servicio serán ellas las llamadas a responder, y no la EPS.

- **Incumplimiento de los Hospitales San Cayetano de Marquetalia y San Félix de La Dorada de las obligaciones contractuales determinadas en los contratos en su orden nros. CR-17-13-2011, CR17-014-2011, CR17-006-2011; CR17-007-2011, CR14-038-2012, CR17-041-2011, CR-17-045-2011, CR17-064-2011, CR17-0002-2012, CR17-0025-2012:** las ESE'S son responsables ante el contratante y los usuarios por la calidad del servicio médico brindado así como por la idoneidad de los profesionales que lo presten, y en el evento que se derive alguna responsabilidad civil, administrativa o penal con el afiliado en la atención, la IPS asumirá con sus propios medios y recursos la defensa y las indemnizaciones a que haya lugar. En este caso, esas entidades se comprometieron con Caprecom a brindar un servicio oportuno, seguro, pertinente y continuo, y en caso de no haberlo hecho, deberán responder patrimonialmente por ello.

- **Ausencia de responsabilidad de Caprecom en el fallecimiento de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo:** indicó que se demostrará a lo largo del proceso, que la entidad no es responsable del fallecimiento de la menor pues la atención brindada se hizo con estricto cumplimiento de los parámetros establecidos en el Decreto 1011 de 2006; y, añadió que, en casos como este se debe probar que el actuar de la entidad fue la causa directa del fallecimiento, lo que cual no acaece en el *sub lite*, más cuando la EPS en ningún momento obstaculizó o puso trabas de tipo administrativo.

- **Inexistencia de responsabilidad de acuerdo a la ley:** al tenor de lo establecido en la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 de 1981, indicó que en este caso la atención fue brindada por personal médico y paramédico de una trayectoria científica y una pericia reconocida, siendo el riesgo de imposible o difícil previsión y no pudiendo imputar dolo a los profesionales que atendieron a la menor.

- **Buena fe:** la entidad ha cumplido con todas las obligaciones que tiene frente a sus afiliados, y en este caso la paciente fue atendida en instituciones prestadoras de servicios de salud acreditadas y posicionadas.

- **Innominada:** la fundamentó en los medios de pruebas arrojados al proceso.

**ESE Hospital San Cayetano de Marquetalia:** en relación con los hechos afirmó que unos eran ciertos, que otros lo eran parcialmente, que otros eran falsos y que otros no le constaban.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al afirmar que no se vislumbraba responsabilidad de la entidad.

Propuso las excepciones de:

- **Deficiencia probatoria:** las pruebas del proceso son insuficientes para demostrar una responsabilidad del hospital y antes acreditan que la institución actuó con la debida diligencia, cuidado y oportunidad, de lo cual da cuenta la historia clínica en la cual se evidencian las remisiones continuas a hospitales de niveles de complejidad mayor.

- **Eximente de responsabilidad por existir culpa exclusiva de un tercero:** el Hospital San Cayetano de Marquetalia es una institución prestadora del servicio de salud dentro del primer nivel de complejidad, y dentro de esos servicios no se encuentra ni pediatría ni ginecología, razón por la cual no son los llamados a responder administrativamente por una presunta falla médica que generó la muerte de la menor Ramírez Ocampo, ya que de acuerdo al nivel de complejidad se prestaron los servicios.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la entidad prestó la atención en salud dentro del marco legal que le correspondía, y en tal sentido no están legitimados dentro del presente asunto.

- **No se cumplen los elementos que configuran la responsabilidad médica endilgada, frente a la ESE Hospital San Cayetano de Marquetalia:** adujo que son 3 los elementos que configuran la responsabilidad administrativa por falla médica como son el daño, la culpa y el nexo de causalidad, los cuales en este caso se echan de menos; sobre todo, porque las actuaciones medicas deben juzgarse desde la *lex artis*, y entre el hecho dañoso y la conducta del agente generador no se vislumbra respecto de la ESE actuación alguna que conlleve responsabilidad.

- **Inexistencia de la falla en el servicio y generación del daño antijurídico por parte de la ESE hospital San Cayetano de Marquetalia – Caldas:** con fundamento en sentencia del 7 de abril de 2011 del Consejo de Estado, radicado interno 20750 señaló que, la entidad hizo todo lo que estuvo a su alcance para salvaguardar la vida e integridad de la menor, pero la órbita de sus posibilidades se limita a un primer nivel de atención.

Hizo alusión además al elemento daño antijurídico, para afirmar que, en este caso el mismo no es imputable a la entidad; con respecto a la falla en el servicio, señalando que la

atención brindada fue adecuada; al hecho generador, para aclarar que no recae en el hospital sino en un tercero; y a la teoría de la causalidad adecuada, para asegurar que pese a que existe el daño, hay que analizar con cuidado a quién se debe atribuir el mismo.

**ESE Hospital San Félix de la Dorada - Caldas:** comenzó por pronunciarse sobre las pretensiones, para indicar que se oponía a la prosperidad de todas y cada una de ellas.

A continuación, manifestó en relación con la gran mayoría de los hechos que no le constaban; de otros afirmó que eran ciertos, de otros que lo eran parcialmente y de otros que no lo eran.

Propuso como excepciones:

- **Inexistencia del elemento imputación en contra del Hospital Departamental San Félix de La Dorada Caldas sobre el daño ocurrido:** sostiene que en este caso es evidente la existencia del daño reflejado en la muerte de la menor, pero se debe determinar si el mismo es antijurídico e imputable al centro asistencial. Procede a analizar según su perspectiva cuál fue la causa del deceso, señala que no se podía afirmar de manera categórica que se tratara de una gestación de alto riesgo, ateniéndose a lo señalado en la historia clínica y el material probatorio; y que en caso de ser así, ello obedeció a la conducta de la misma madre quien no atendió debidamente los controles prenatales.

En cuanto a las secreciones de la recién nacida, adujo que pese a que hubo reporte de esta situación y se le dio el manejo habitual, durante las primeras 15 horas de vida de la bebé, no había indicios de atresia esofágica; y resaltó que las malformaciones de la niña no son imputables a la entidad.

Finalmente, en relación con la atención en salud prestada en La Dorada, sostuvo que la bebé siempre fue valorada de forma oportuna y se actuó de manera diligente; y si en gracia de discusión se aceptara que existió alguna omisión, debe estudiarse si estas tuvieron incidencia en el hecho dañino, de acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada.

- **Inexistencia del daño antijurídico:** afirma que si bien existió daño, se debe analizar si el mismo es antijurídico, y adujo que en este caso no fue así, ya que al parecer la recién nacida desarrolló en su etapa de gestación una serie de malformaciones que comprometieron su salud; sumado al descuido de su madre quien no siguió los pasos idóneos en el control de

su embarazo, lo cual eventualmente hubiera permitido otra clase de actuaciones médicas profesionales.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** adujo que la entidad no tuvo relación alguna con el daño padecido.

- **Hecho de la víctima:** en este caso existe una causa extraña fundamentada en el hecho de la víctima el cual es incidente en la producción del daño, ya que la madre de la menor no fue responsable con sus controles en el embarazo. Y destacó que el parto se dio en óptimas y normales circunstancias, lo que saca del escenario cualquier daño ginecobstétrico.

- **Inexistencia del fundamento al deber de reparar:** en este caso no existió falla en el servicio imputable a la ESE.

- **Abuso del derecho:** precisó que la reclamación no obedece a la verdad, y que en este caso el hospital no tuvo injerencia en el daño sufrido por los demandantes.

#### **LLAMADA EN GARANTÍA**

**La Previsora S.A (llamada en garantía por el Hospital San Cayetano de Marquetalia):** frente a los hechos de la demanda adujo que no le constaban, y que se oponía a las pretensiones en atención a que al hospital San Cayetano de Marquetalia no le cabía responsabilidad alguna por los hechos endilgados.

Propuso las siguientes excepciones en relación con la demanda:

- **Cumplimiento de las obligaciones:** que no se presenta una falla médica del hospital de Marquetalia ya que los galenos prestaron toda la atención que les era exigible de acuerdo al nivel de complejidad y realizó las remisiones a los centros asistenciales que correspondía según la atención que necesitaba la materna y, de manera posterior, la menor.

- **Diligencia y cuidado de la ESE Hospital San Cayetano de Marquetalia en la atención prestada a la materna y a la recién nacida:** señala que el obrar del personal del hospital se ajustó a las normas y protocolos que la ciencia médica ha establecido, y su actuar fue diligente, prudente, oportuno y con la pericia que exigía la *lex artis*, no solo en el caso de la materna sino de la menor recién nacida.

- **Inexistencia de nexo de causalidad: sostiene que** no se presentó una falla del servicio y muchos menos una relación de causalidad entre el hecho presuntamente generador y el daño sufrido, lo que significa que el fallecimiento no obedeció a la existencia de negligencia o demoras médicas, como se quiere hacer ver.
- **Carga de la prueba:** resalta que en este caso los demandantes tienen el deber de probar los hechos en que fundaron la demanda.
- **Insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios y cuantificación exagerada:** que las pruebas aportadas y solicitadas con la demanda no son suficientes para acceder a las pretensiones contenidas en el libelo introductor.
- **Irreal tasación de perjuicios: sobre** los perjuicios solicitados en la demanda, señala que son exagerados y salidos de toda realidad, porque para fijar el monto de indemnización se requiere demostrar la misma con pruebas válidas y no con simples especulaciones.
- **Imposibilidad de aplicar indexación y condena por intereses:** aclaró que no es posible aplicar ambos conceptos dado que no son acumulables sino excluyentes.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

Frente al llamamiento en garantía manifestó que, aunque es cierto que existe un contrato de seguro instrumentado en la póliza de responsabilidad civil clínicas y hospitales nro. 1001830, es una de las denominadas *claims made* o por descubrimiento.

Presentó las excepciones de:

- **Inexistencia de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda:** destacó que un obrar mal intencionado del hospital de Marquetalia estaría por fuera de la cobertura de la póliza, lo cual también ocurriría en caso de comprobarse un obrar omisivo de las normas que rigen el ejercicio de la profesión por parte de los profesionales de salud, es decir, una culpa grave.

Por ello, aseguró, debe analizarse qué eventos quedaron comprendidos dentro del seguro como excluidos.

- **Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no notificación oportuna del siniestro (no haberse llamado en garantía con la póliza vigente):** la póliza es precisa al requerir para la aplicación del amparo contenido en su numeral 1.1 literal a) que

el evento sea reclamado y notificado por primera vez durante el término de la vigencia, ya que en caso de no cumplirse con esto la póliza se torna ineficaz.

- **Ausencia de la obligación de responder por los perjuicios por parte del Hospital San Cayetano de Marquetalia:** que la obligación de buena escogencia de las clínicas o instituciones que prestan los servicios de salud a los afiliados recae de manera exclusiva en la EPS contratante, quien es la que realmente tiene vínculo contractual con sus afiliados, máxime sin que se hubiera pactado cláusula de responsabilidad alguna por parte de la ESE respecto de posibles perjuicios causados derivados de una posible mala atención médica.

- **Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro:** con fundamento en el artículo 1081 del Código de Comercio, y como en este caso se trata de una póliza *claims made*, se debe tener en cuenta el momento en que fue presentada la reclamación al asegurado por primera vez, es decir, cuando se notificó la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad; y destacó que la notificación del llamamiento en garantía se hizo por correo electrónico el 7 de octubre de 2016, es decir, pasados 2 años desde la fecha de reclamación al asegurado.

- **Límite de la suma asegurada, sublímite y reembolso:** en el eventual y remoto caso de ser condenado el asegurado, la compañía responde reembolsado el valor correspondiente hasta el monto total de la suma asegurada por evento y/o agregado, pactado en la póliza con el valor asegurado allí estipulado, restando si se hubiesen hecho otros pagos con anterioridad por indemnizaciones a la misma póliza.

- **Deducible pactado:** resaltó que en este caso se pactó un deducible equivalente al 10% sobre el valor de la pérdida.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

**Seguros Generales Suramericana (llamada en garantía por el Hospital San Félix de La Dorada):** en relación con los hechos adujo en su mayoría que no le constaban, y en relación con las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas ya que no se presenta nexo causal entre el actuar del Hospital San Félix de La Dorada y el daño antijurídico.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de responsabilidad administrativa e inexistencia de falla o error de conducta:** señala que a la paciente siempre se le prestaron los servicios médicos de acuerdo a la sintomatología que presentaba, los cuales estuvieron enmarcados en los protocolos

establecidos; por ello, no existe culpa o falta ni relación de causalidad adecuada que permita imputar responsabilidad al hospital de La Dorada.

- **Inexistencia de responsabilidad administrativa por seguimiento de la *lex artis*:** que aparece probado que, no existe responsabilidad administrativa que pueda estructurarse e imputarse a la llamante en garantía, ya que la materna fue atendida de manera oportuna, al igual que la recién nacida.

- **Ausencia de nexo causal: sostiene que** no existe nexo de causalidad entre la supuesta deficiente atención médica prestada y los daños aducidos, ya que la primera fue oportuna, certera y adecuada, sin que pueda pasarse por alto que la menor en la etapa de gestación presentó malformaciones que comprometieron su salud, sumado a un descuido de la madre en sus controles prenatales.

- **Ausencia de error de diagnóstico:** destacó que se estructura un rompimiento del nexo causal entre la conducta de la llamante en garantía y el daño aducido, ya que el mismo tiene como causa eficiente una causa extraña.

- **Causa extraña:** los hechos aducidos en la demanda no son producto de un error de conducta imputable al servicio o atención médica prestada, ya que esta se ajustó a la ley del arte, siendo atribuible el resultado a una causa extraña que en ningún momento se puede considerar un comportamiento negligente por parte del personal médico, ya que en este caso el hecho de la víctima incide en la producción del daño, pues la madre de la menor fue irresponsable en sus controles de embarazo.

- **La obligación de los profesionales de la salud es de medios no de resultados:** para el caso de la referencia no se prueba ni siquiera de manera indiciaria la falla o error de conductas en cabeza de la llamante en garantía; al contrario, esta actuó con diligencia y cuidado, siendo además necesario resaltar que esa diligencia se prueba en haber empleado todos los medios idóneos, tal como ocurrió en este caso.

- **Inexistencia de la obligación de indemnizar:** ya que no se ha probado la estructuración de responsabilidad civil imputable al asegurado.

- **Indebida y exagerada tasación de perjuicios:** resaltó que la petición es completamente exagerada y no guarda proporción lógica con los parámetros jurisprudenciales establecidos respecto a los daños extrapatrimoniales.



- **Prescripción y caducidad:** pidió declarar estas figuras frente a cualquier tipo de obligación.
- **Genérica:** solicitó declarar otras excepciones que se encuentren probadas.

En relación con el llamamiento en garantía propuso las excepciones de:

-**Inasegurabilidad de la culpa grave:** afirmó que en el caso de una declaración frente al asegurado con fundamento en la culpa grave, no hay lugar a la obligación de reembolso, en razón a que el riesgo no fue asumido por el asegurador.

- **Ausencia de cobertura de la póliza para hechos o fallas ocurridas después del 30 de abril de 2012:** que se debe tener en cuenta que la póliza 7637154-6 con vigencia del movimiento de cancelación se hizo efectiva desde el 30 de abril de 2012 hasta el 30 de abril de 2013, lo que significa que los hechos que se hubieren podido presentado no se encuentra cubiertos.

- **Límite del valor asegurado:** señala que la póliza vigente del 30 de abril de 2010 al 30 de abril de 2011 tiene un máximo de valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta en caso de una condena.

**Hospital San Félix de La Dorada (llamada en garantía por Caprecom):** adujo que, aunque es cierto que entre Caprecom y el hospital existe un vínculo contractual del cual se derivan obligaciones relacionadas con la atención de los afiliados, en este caso la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo recibió todos los servicios médicos que fueron requeridos; incluso su deceso se produjo 17 meses después de la atención que recibió en ese centro asistencial, la cual solo se evidenció en el momento del parto.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** ya que en este caso la ESE brindó los servicios de acuerdo a su nivel de complejidad al momento de atender el parto de la señora Lorena Ocampo Quintero, por lo que el deceso de la menor Kelly Taliana, el cual se produjo 17 meses después de su nacimiento, no es atribuible a ese centro asistencial.

- **Inexistencia de falla del servicio en la prestación del servicio médico:** lo anterior, por cuanto el hospital no incurrió en ninguna falla en la prestación del servicio de salud, y el deceso de la bebé obedeció a circunstancias ajenas a la atención brindada en ese hospital.

- **Inexistencia de la obligación de indemnizar:** señala que al no presentarse un actuar médico culposo, negligente, imprudente sino una adecuada atención, no hay razón para que se predique el deber de responder por una falla del servicio.

- **Inexistencia del nexo causal: afirma que** el daño alegado por la parte demandante no se presentó por una falta de atención a la paciente, sino que el desenlace fue una consecuencia de la evolución de la enfermedad de la menor.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier excepción que se encuentre demostrada.

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia dictada el 10 de junio de 2019, accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si se configuró en el *sub lite* un daño antijurídico a los demandantes atendiendo la atención médica brindada a la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo. En caso afirmativo, si el daño antijurídico irrogado a la parte actora era atribuible fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o alguna de ellas; y de ser así, si había lugar a indemnizar los perjuicios inmateriales que reclamaba la parte actora, y si las llamadas en garantía debían asumir el pago que se le endilgara a las respectivas entidades convocadas al proceso.

En primer momento, hizo alusión al material probatorio, y a continuación indicó, tras un análisis jurisprudencial, que el caso debía ser analizado bajo el título de imputación de falla en el servicio médico hospitalario.

De esta manera, se adentró a revisar el primer elemento conocido como daño antijurídico, el cual adujo se encontraba acreditado y se reflejaba en la muerte de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo, el cual no estaban en el deber jurídico de soportar sus familiares.

Seguidamente, se adentró a estudiar la imputación del daño antijurídico, y, con fundamento en la historia clínica y la prueba testimonial de un galeno pediatra y neonatólogo, concluyó que en este caso existió un actuar indebido de las entidades que

integran la red de servicios de salud. Pero para precisar si eran las IPS o la EPS las llamadas a responder, citó la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011, así como sentencia C-463 de 2008, e infirió que en este caso concreto, la EPS Caprecom era la entidad encargada de autorizar oportunamente las órdenes médicas por parte de los médicos tratantes del SES Hospital de Caldas, pues con ello se aseguraría que dentro del mes siguiente la realización de la cirugía de corrección de la patología que padecía la menor, la cual fue llevada a cabo con éxito, fuera valorada por el especialista para determinar el tratamiento requerido, y por el contrario se evidencia que su actuar frustró la posibilidad de que se accediera a una correcta atención médica, en tanto hubo retrasos, atenciones médicas que no fueron autorizadas oportunamente, entre otras, incluso, aunque hubo un fallo de tutela que ordenaba brindar los servicios, no se logró que estos fueran autorizados de manera prioritaria.

En relación con las ESE'S demandadas sostuvo que, si bien habían errado en el diagnóstico de la menor al momento de nacer y en consultas posteriores, la fuente del daño antijurídico no era esa omisión. En consecuencia, no analizó los llamamientos en garantía efectuados por los hospitales accionados, pues estos fueron absueltos de responsabilidad.

En cuanto al llamamiento en garantía realizado por Caprecom al Hospital San Félix con fundamento en los contratos de prestación de servicios para la atención de sus afiliados, resaltó que el patrimonio autónomo no había acreditado por ningún medio probatorio el incumplimiento del tercero vinculado respecto al contenido obligacional consagrado en esos contratos, ni mucho menos había acreditado que de la ejecución de los mismos se derivara la fuente del daño antijurídico.

En consecuencia, declaró responsable administrativa a PAR Caprecom Liquidado – sucesor procesal de Caprecom- por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la falla en el servicio, y otorgó por concepto de perjuicios morales 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para los padres de la menor fallecida, y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para su hermana.

Se plasmó en la parte resolutive del fallo:

***PRIMERO: DECLÁRANSE PROBADAS las excepciones de "eximente de responsabilidad por existir culpa de un tercero"; "falta de legitimación en la causa por pasiva"; "no se cumplen los elementos que configuran la responsabilidad médica endilgada frente a la ESE Hospital San Cayetano de Marquetalia" e***

*“inexistencia de la falla en el servicio y generación del daño antijurídico”, propuestas por la ESE SAN CAYETANO DE MARQUETALIA y las excepciones propuestas por la ESE SAN FÉLIX DE LA DORADA, denominadas “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “inexistencia de falla del servicio en la prestación del servicio médico”; “inexistencia de la obligación de indemnizar” e “inexistencia de nexo causal”.*

**SEGUNDO: DECLARAR ADMINISTRATIVA RESPONSABLE a PAR CAPRECOM LIQUIDADO** – administrado por la Fiduciaria La Previsora SA - por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la falla en el servicio de salud prestado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR, a PAR CAPRECOM LIQUIDADO-** administrado por la fiduciaria La Previsora SA- a pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero, por concepto de daño moral:

- Para el señor **FABIÁN RAMÍREZ TORO**, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para la señora **LORENA OCAMPO QUINTERO**, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Para la menor **KELLY TATIANA RAMÍREZ OCAMPO**, el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO: NIÉGANSE** las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por **PAR CAPRECOM LIQUIDADO** – administrado por la Fiduciaria La Previsora SA – frente a la **ESE SAN FÉLIX DE LA DORADA**.

**QUINTO: ORDÉNASE** a **PAR CAPRECOM LIQUIDADO** – administrado por la Fiduciaria La Previsora SA- dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

**SEXTO: CONDÉNASE EN COSTAS** a **PAR CAPRECOM LIQUIDADO** – administrado por la Fiduciaria La Previsora SA - a favor de la parte demandante, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. **FÍJASE** por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la citada parte demandante y a favor de las demandadas por la suma de doce millones cuatrocientos veintiún mil setecientos cuarenta pesos Mda/Cte (\$12'421.740)

### **RECURSO DE APELACIÓN**

PAR Caprecom Liquidado, interpuso recurso de apelación según memorial que reposa de folio 1030 a 1031 del expediente.

Comenzó por hacer alusión a que en este caso se presenta un caso fortuito y una inexistencia de nexo de causalidad, ya que en el proceso se demostró que a la menor Ramírez Ocampo se le prestaron todos los servicios en salud de forma adecuada de acuerdo al nivel de atención en las instituciones donde fue valorada, y por ello le

correspondía a la parte actora acreditar que hubo negligencia y que esta fue la causa directa del fallecimiento, pero en este caso se probó que desde el nacimiento de la niña ella tenía severas patologías congénitas, como atresia esofágica y fistula traqueo esofágica congénitas, por lo cual su muerte no es atribuible a ninguna de las entidades accionadas ya que esta se produjo como consecuencia de múltiples complicaciones en el último postoperatorio, entre ellas, tromboembolismo, que es una de las más altas causas de muerte en el mundo.

Hizo mención, además, a que las remisiones se hicieron de manera oportuna y fueron autorizadas por Caprecom a medida que se necesitaron y de acuerdo al diagnóstico, y precisó que se condena a la entidad construyendo una especie de nexo causal desde el parto hasta el fallecimiento, que de ninguna manera está estructurado desde la teoría de la causalidad adecuada, según la cual para que exista nexo causal la causa debe ser directa del daño, y en este caso pareciera que se analizara desde la óptica de la equivalencia de las condiciones, que indica que la causa es causa de la causa, desconociendo que en este caso la salud de la menor se fue deteriorando paulatinamente debido a sus patologías.

Concluyó, que a la menor se le prestaron todos los servicios en salud requeridos, y que no existe relación de causalidad entre la atención médica brindada y el daño, el cual fue consecuencia de las graves patologías que sufría.

Pidió que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de responsabilidad a la entidad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** resaltó que comparte el fallo de primera instancia ya que en el presente caso se acreditaron los presupuestos procesales para determinar la responsabilidad de la entidad, como son el nexo causal y el daño, ya que del material probatorio se desprende la falla del servicio por parte de la EPS reflejada en los retrasos y demoras en la realización de los procedimientos que requería la menor.

**Hospital San Félix de La Dorada:** resaltó que la entidad no intervino en el procedimiento realizado a la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo; en consecuencia, ninguna responsabilidad puede atribuírsele por falla del servicio en la prestación de la atención médica, y lo que se evidencia es una falta de legitimación en la causa por pasiva, por ello pidió sea confirmada la sentencia de primera instancia.

**PAR Caprecom:** ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación, y pidió que se revoque la sentencia.

Planteó una pretensión subsidiaria, en el sentido de que en caso de que se considere que la entidad es responsable, se modifique la sentencia reduciendo el monto de los perjuicios reconocidos en atención a las patologías que presentaba la menor, las cuales no le garantizaban una expectativa de vida del 100%.

**Seguros Generales Suramericana:** comenzó por solicitar que se confirme la decisión de primera instancia, o en caso de que se modificara el fallo, se absolviera de toda responsabilidad al Hospital San Félix de La Dorada y a la compañía de seguros.

Insistió en que en este caso no se establece la responsabilidad del hospital de La Dorada, máxime porque actuó solamente al momento del parto, y en ese instante brindó las atenciones en salud de manera oportuna.

Destacó que la apoderada de Caprecom no dirigió reparo alguno en su recurso respecto a la decisión tomada por el juez de primera instancia en cuanto a la compañía de seguros y tampoco en relación con el Hospital San Félix, y en tal sentido en segunda instancia no sería procedente emitir pronunciamiento al respecto.

Finalmente, insistió en las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y del llamamiento en garantía, para solicitar se confirme el fallo de primera instancia.

#### **MINISTERIO PÚBLICO.**

No presentó concepto de fondo.

#### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

En atención a que el único apelante es PAR Caprecom Liquidado – administrado por la Fiduciaria La Previsora SA- como sucesor procesal de Caprecom EPS, los problemas jurídicos

principales girarán en torno a determinar si hay responsabilidad de esta entidad de la siguiente manera:

1. ¿Se probaron los elementos que la ley y la jurisprudencia han estructurado para declarar que la muerte de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo es imputable a Caprecom EPS-S por falla del servicio?

### **Lo probado**

Por ser extenso el material probatorio, la Sala Primera de Decisión analizará principalmente las pruebas relacionadas con la actuación de Caprecom, por ser PAR Caprecom Liquidado la única condenada en primera instancia, y la que impugnó el fallo. Aunado a que no se revisará lo ocurrido al momento del parto, en tanto este evento no repercute en el análisis de la situación jurídica de la EPS, a quien se le endilgó responsabilidad por las dilaciones y negligencias en las que incurrió como empresa promotora de salud del régimen subsidiado.

➤ Según la historia clínica del Hospital San Félix de La Dorada, específicamente la anotación del 1º de abril de 2011, la señora Lorena Ocampo Quintero y su hija fueron dadas de alta luego del parto que la mencionada mujer tuvo el 31 de marzo de ese año, al comprobar el galeno que la bebé presentaba succión positiva, meconio positivo y diuresis positiva (folio 53 vuelto).

➤ En la historia clínica del Hospital San Cayetano que reposa a folio 533 del expediente, se evidencia que la señora Lorena Ocampo Quintero acudió al servicio de urgencias de este centro asistencial con Karoll Taliana Ramírez Ocampo el día 3 de abril de 2011, por presentar la menor múltiples episodios eméticos a la ingestión de lactancia materna asociado a dificultad para respirar al atorarse con la leche.

El día 4 de abril de 2011 se encuentra anotación de un posible diagnóstico de atresia de esófago vs síndrome pilórico, y se evidencia a las 7:00 a.m. una nota de que la paciente estaba cianótica con saturación 50%, por lo que se ordena la remisión al Hospital de Caldas como urgencia vital. En el camino a Manizales, la bebé presentó apnea y desaturación de oxígeno, por lo que se decide parar en el Hospital San Antonio de Manizales donde le aplican medicamentos y deciden pasarle tubo orotraqueal, momento en el cual presentó otro episodio convulsivo.

Finaliza la historia con la anotación de que la bebé durante el camino no tuvo más episodios de convulsiones, por lo que es entregada al médico neonatólogo de turno en el Hospital de Caldas, con intubación y bajo sedación.

➤ La historia clínica de la menor Karoll Taliana de Servicios Especiales de Salud que reposa de folio 59 a 169, indica en la anotación de ingreso del 4 de abril de 2011 que se trataba de una *“paciente producto de segundo embarazo a término parto el día 31 de marzo a las 9 pm, sin complicaciones en el Hospital de La Dorada donde había sido hospitalizada desde el día anterior para inducción por embarazo prolongado, estuvo hasta el día siguiente y a su egreso la recién nacida ya había presentado meconio y diuresis adecuada. La madre refiere que desde que nació presentó cianosis con la lactancia. La succión ha sido adecuada según la madre, pero refiere que tolera poca cantidad e inmediatamente comienza a presentar cianosis y emesis incluso con pequeñas cantidades. Lo anterior asociado a secreción nasal y sialorrea persistente espesa blanquecina; la menor solo toleraba la posición en decúbito lateral o con elevación de cabecera, presentaba llanto y cianosis con el decúbito supino. Así estuvo en su hogar por dos días y el domingo asiste a centro de salud donde consideran inicialmente obstrucciones de vía área superior se inicia manejo, luego de lo cual presenta episodio de hipertonia y cianosis de aproximadamente 1 minuto de duración (según la madre) por lo que asiste nuevamente y se hospitaliza. Además, comienza a presentar ictericia durante la hospitalización se evidencia la intolerancia a la vía oral y en la mañana presenta episodio convulsivo y posteriormente estatus según historia en donde describen manejo con mizalodam e inicial cubrimiento antibiótico con ceftriaxona y remiten para manejo. Durante el trayecto presenta cianosis y aumento de dificultad respiratoria con desaturación por lo que en el hospital de Manzanares intuban a la paciente y continúan el traslado al ingreso en regulares condiciones generales se extuba (el tubo estaba en el esófago), con esfuerzo respiratorio inicial pero posteriormente disminución del esfuerzo con cianosis y disminución de la frecuencia cardiaca y de la Spo2 hasta el 70% con oxígeno en cámara cefálica al 40%, por lo que se intuba, se encuentra secreción abundante la cual se aspira. Intubación difícil con tubo 3.5 se fija a 9 cm, se inicia ventilación mecánica”.*

En el análisis y plan de tratamiento se consignó:

*“...paciente producto de 2 embarazo quien desde su nacimiento ha presentado intolerancia a la vía oral dada por emesis postprandial inmediata incluso con pequeñas cantidades asociada a cianosis y dificultad respiratoria con la alimentación, concomitante presenta cuadro convulsivo de etiología no clara que lleva a depresión respiratoria y requerimiento de intubación.*



*En el momento en regulares condiciones generales acoplada a ventilador, bajo efectos de sedación. Por la presentación de su cuadro se debe descartar atresia esofágica lo cual es compatible con la pérdida de peso que supera el rango fisiológico y quizás neumonía aspirativa secundaria, puede también cursar con trastorno de la deglución dada su condición y el riesgo de sepsis. Se debe descartar hemorragia intracraneana como causa de las convulsiones, además, desequilibrio electrolítico. Se solicitan hemocultivo, urocultivo, hemograma, electrolitos, prueba función renal y RX tórax...”*

Entre los días 4 al 9 de abril de 2011, y tras hospitalización en cuidados intensivos, la paciente logra ser estabilizada ya que presentaba un complicado cuadro de salud, por lo que luego de practicársele exámenes el día 9 de abril a la niña, se la realiza anastomosis de esófago vía intratorácica y/o cervical por el diagnóstico de atresia del esófago con fístula traqueo esofágica. El procedimiento quirúrgico consistió en: *“toracotomía derecha por cuarto espacio intercostal. Disección extrapleural. Se identifica la bolsa esofágica superior y la fístula traquoesofagica distal. Transfixión y ligadura de la fístula con seda 5-0 anastomosis esofágica término – lateral con prolene 5-0. Se pasa sonda de nelaton 10 hasta el estómago sin complicaciones. No se evidencian filtraciones o área potencialmente dehiscente, se expande el pulmón. Se cierra por planos con catgut”*.

La menor continúa en recuperación hasta el día 17 de abril de 2011 en Servicios Especiales de Salud con una notable mejoría, ya que toleraba el aumento nutricional, con buena succión, sin requerimiento de oxígeno ni evidencia de dificultad respiratoria ni complicaciones asociadas a la cirugía, por lo que ese día se da de alta con control en 3 días con medicina general o pediatría; y cumplido el primer mes, cita de control con cirugía pediátrica; anotaciones que constan en el documento que reposa a folio 110 y en la formula médica visible a folio 115.

➤ Se evidencia en el expediente un documento que data del 10 de junio de 2011, mediante el cual se remitió al Gerente Regional de Caprecom, por parte de la Directora Local de Salud y la Coordinadora SA, una queja presentada por la señora Lorena Ocampo Quintero frente a la demora en la asignación de una cita con pediatría (fol. 143).

➤ A folio 145 se observa un derecho de petición que tiene fecha del 11 de junio de 2011, a través del cual la señora Lorena Ocampo Quintero solicita al Gerente Regional de Caprecom se ordene de manera urgente la cita con el cirujano pediátrico. A esta petición se le dio respuesta a través de documento del 29 de junio de 2011, signado por la Directora Local de Salud y la Coordinadora SA, en el cual le informaron que, debido al estado

contractual de la EPS, aún no se había podido incorporar a la red de servicios el servicio solicitado; respuesta que se confirmó a través de otro escrito del 3 de julio de 2011 (fol. 147 y 148).

➤ La señora Ocampo Quintero presentó en julio de 2011 acción de tutela contra Caprecom EPS para que se autorizara la cita de control con el pediatra que requería Karoll Taliana Ramírez Ocampo, y además se brindara el tratamiento integral que requería la menor para tratar su patología de atresia de esófago (fol. 149 a 160). La acción de tutela fue fallada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares a favor de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo y se ordenó a Caprecom que en el término de dos días (48 horas), autorizara y llevara a cabo la valoración por cirugía pediátrica de la bebé; además, otorgó el tratamiento integral (fol. 162 a 171).

➤ Reposa en el cartulario una providencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares que resolvió un incidente de desacato presentado el día 8 de agosto de 2011 por la madre de la menor, en el cual se indicó que, en comunicación telefónica sostenida con la Personera del municipio de Marquetalia, se había verificado que la cita que requería la bebé había sido programada para el lunes siguiente, y para el efecto se aportó copia de una autorización de servicios (fol. 174 a 178).

➤ A folio 120 del cartulario se encuentra la autorización de servicios emitida por Caprecom el día 8 de septiembre de 2011 para realizar consulta especializada de seguimiento para la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo en el Hospital San Rafael de Girardot.

➤ Reposa copia de la atención de la menor Ramírez Ocampo en la IPS Caprecom Clínica Manizales que data del 26 de octubre de 2011 por la especialidad de pediatría. Allí se consignó que la menor ya tenía 7 meses de edad, y que presentaba dificultades para la deglución. Se llevó a la consulta reporte de vías digestivas altas donde se evidenciaba estrechez del tercio proximal de esófago. Se indicó en la conducta que *“amerita valoración urgente por cirugía pediátrica. Se solicita uretrocistografía miccional, urocultivo, valoración de nutrición. Control en pediatría en dos meses con reportes”* (fol. 131 a 139).

➤ A folio 182 aparece una autorización de servicios del 17 de noviembre de 2011 para que la menor Karoll Taliana fuera internada en la IPS Nuevo Hospital San Rafael de Girardot. En este centro asistencial aparece reporte de haberse realizado a la menor una dilatación esofágica con bujías de mercurio por una estrechez o estenosis congénita del esófago.

➤ En historia clínica del Hospital Universitario La Samaritana del 8 de agosto de 2012,

aparece que la menor Ramírez Ocampo fue trasladada a quirófano para dilatación esofágica (fol. 259). Y aparece reporte que indica que debe hacerse nueva dilatación en 20 días (fol. 241).

➤ Reposa copia de historia clínica del Hospital Universitario de La Samaritana (fols. 249 a 267), específicamente del área de cuidados intensivos pediátricos, donde se indica que la paciente ingresó el 31 de agosto de 2012 por esofagoplastia más corrección de atresia de esófago y decortificación pulmonar derecha más toracostomía; ventilación mecánica protectora y desnutrición crónica.

En enfermedad actual se anotó: *“paciente procedente sala de cirugía en pop cirugía esofágica y pulmonar mayor. Ingresó en compañía de anestesiólogo y cirujano pediatra. Soporte ventilatorio mecánico postquirúrgico por anestesia general (incluyendo relajación muscular) aceptable estado general, estable hemodinámicamente sin soporte inotrópico. Se interna en monitoria intensiva para cuidados de su postoperatorio”.*

La bebé estuvo hospitalizada hasta el 11 de septiembre de 2012, día en que por su mal estado de salud presentó parada cardíaca que no revirtió con reanimación médica.

El diagnóstico de egreso fue: parada cardiorrespiratoria, falla multiorgánica, choque séptico, neumonía derecha complicada en tratamiento, toracostomía (2ª) para drenaje de derrame pleural derecho, sepsis micótica (candidemia) no modulada, pop esofagoplastia + decortificación derecha, reintubación, síndrome anémico multifactorial transfundido, hipoalbuminemia en corrección, espasmo vs trombo de arteria radical derecha.

➤ En este proceso se recibió el testimonio del doctor Fernando Arango Gómez, médico pediatra y neonatólogo, el cual, aunque fue referenciado en la sentencia de primera instancia, también se traerá a colación en esta providencia por ser de gran importancia para ilustrar sobre lo acontecido con Karoll Taliana Ramírez Ocampo:

*PREGUNTADO: Sírvase, por favor, en hacer un relato descriptivo de las condiciones clínicas en las que arribó la menor a la institución y todos los pormenores. RESPONDIÓ: La recién nacida llegó el 4 de abril de 2011 a las 13:34 horas remitida de Marquetalia; la niña la había remitido porque había presentado convulsiones. Durante el camino tuvieron que parar en Manzanares porque se puso mal, en Manzanares la intubaron y prosiguieron el viaje hasta el Hospital de Caldas, allí fue donde a mí me tocó recibirla; ese día la niña llegó en un mal estado general, el tubo realmente no estaba en la tráquea entonces lo primero era reanimarla, entonces intubarla, ventilarla y estabilizarla para poder hablar con la mamá y comprender cuál es la historia clínica.*

*Dentro de lo que la mamá me comentó es que la niña desde que nació tenía dificultades cuando comía, ella se ponía moradita, se sofocaba y tenía salida de abundantes secreciones; entonces ahí es donde se piensa que posiblemente puede tener una atresia de esófago y que de pronto tenía también una neumonía por bronco aspiración. Llamó la atención que cuando llegó pesaba 1740 gramos, en la historia se refería que cuando nació en La Dorada había pesado 3000 gr por lo tanto había perdido el 42% del peso al nacer. PREGUNTADO: Nos dijo entonces que ante las particularidades o sintomatología de la menor posiblemente padecía atresia de esófago y neumonía por bronco aspiración, en qué consisten estos diagnósticos. RESPONDIÓ: Hasta ese momento era una sospecha clínica. La atresia de esófago es una malformación congénita que se acompaña muchas veces de la tráquea, en donde en fases muy tempranas del embrioncito o feto, cuando empieza a formarse el esófago, se piensa que ocurre un accidente vascular, esto es todo muy microscópico, entonces se interrumpe la formación del mismo y lo que debería ser un tubo con una luz completamente permeable desde la faringe hasta el estómago se ve interrumpida, y el tipo más común es el que tenía la bebé, que es un fondo de saco ciego proximal, aquí abajo estaría la otra parte del esófago, y en la parte de abajo que es la que va al estómago se forma una fístula que comunica el esófago con la tráquea y se llama fístula traqueo esofágica; entonces pasan dos cositas, como arriba es un fondito de saco, el bebé al comer, al deglutir se acumula ahí la leche, pero como no puede avanzar, entonces la leche la regurgita; igual secreciones, ellas pueden ir a la boca y vomitar, o irse a la tráquea y entrar a los pulmones y producir neumonías aspirativas; y la fístula traqueo esofágica, esos bebés regularmente cursan con reflujo gastroesofágico, entonces las secreciones del estómago se pueden devolver y se meten a los pulmones a través de la fístula. PREGUNTADO: Dentro de su exposición nos dice que es una malformación congénita; esto qué significa doctor. RESPONDIÓ: Que cuando el niño nace trae este tipo de anomalías, o sea, se forman no son adquiridas después del nacimiento sino en la formación del bebé, del feto, ocurre un accidente y se presenta este tipo de malformación. PREGUNTADO: durante toda la atención médica que se le prestó en el SES HOSPITAL DE CALDAS y donde usted intervino, se estableció otra patología, otro diagnóstico que hubiera sobrellevado la menor. RESPONDIÓ: Tenía la atresia de esófago con fístula traqueo esofágica distal; tenía las convulsiones con las que la niña había llegado; e investigando por qué había convulsionado, encontramos que tenía el calcio un poquito bajo y el sodio también un poquito bajo; y tenía una neumonía apical derecha, apical es en la parte superior del pulmón derecho, que es donde cuando hay bronco aspiración, es donde usualmente pasan las neumonías por la disposición que tiene el bronquio derecho, donde usualmente para allá es donde se va el alimento, entonces produce una neumonía en la parte superior del pulmón. Esos son básicamente los diagnósticos y una pérdida de peso marcada. PREGUNTADO: todos ellos relacionados con la situación congénita de la menor. RESPONDIÓ: todos relacionados con la atresia de esófago, señor juez. PREGUNTADO: teniendo en cuenta lo que nos ha manifestado que la menor Karoll Taliana nació con esa malformación congénita, podía ser esa situación advertida al momento en que se realizó el procedimiento de parto RESPONDIÓ: En algunas veces se tiene la fortuna de tener ese*

*diagnóstico prenatal porque en la ecografía ven que hay un exceso de líquido amniótico, no ven la cámara gástrica, pero no siempre es así, o sea, es posible hacer diagnóstico prenatal pero el no hacer el diagnóstico prenatal no le descarta a uno la atresia. Ya después cuando el niño nace los síntomas inusuales son problemas de la alimentación porque cuando el niño come presenta episodios de sofocación, o sea, el niño come y se pone moradito se llena de secreciones y vomita, esos son como los síntomas usuales, entonces lo más común de lo que uno se ha enfrentado a los recién nacidos, es que el diagnóstico uno lo hace usualmente el primer día de vida, cuando no se tiene el diagnóstico prenatal; cuando la bebé llegó ya casi iba a cumplir los 4 días de nacida, lo más usual es que uno la diagnostique precoz por los síntomas relatados. PREGUNTADO: Atendiendo a lo que nos ha dicho y por supuesto en función de los conocimientos especializados que usted posee y la experiencia, estima que esa remisión que se hizo al SES Hospital de Caldas considerando que la menor nació el 31 de marzo y la menor ingresó el 4 de abril, fue oportuna o no fue así. RESPONDIÓ: En el momento en que a la niña la remitieron fue por las convulsiones y obviamente es oportuno porque un recién nacido que convulsione siempre debe ser atendido en un nivel tres de atención, nivel tres quiere decir en una unidad neonatal; el problema es que servicios de recién nacido no hay en hospitales de primer ni segundo nivel, entonces lo ideal es que un bebé que convulsiona siempre debe ser atendido en un tercer nivel, pero entonces desde el punto de vista de que lo remitieron por las convulsiones obviamente estaba oportuna y pertinente. Lo que pasó en los 4 días previos, lo que la mamá me refirió, es que desde que nació tenía dificultades para comer. PREGUNTADO: En ese entendido, estimándose que desde el primer momento, desde las primeras horas de vida la menor presentó estas dificultades para comer y habiendo acudido como quedó establecido en el historial clínico y eso ya es objeto de consenso entre los intervinientes, y acudió nuevamente a la institución hospitalaria de esa municipalidad de Marquetalia, debía ser remitido o debía darse esa remisión en esa misma fecha, o no tuvo mayor incidencia haberse realizado esa remisión tres días después, esto es, el día 4 de abril, más allá de que fue por las convulsiones que usted bien precisó: RESPONDIÓ: Cuando un bebé nace no importa el sitio donde nazca ni si es nivel uno, dos o tres de atención para uno poder darle salida de la institución debe tener en cuenta varias cosas; que el bebé haya orinado, ya hecho meconio, o sea, ya haya hecho popo, y que el bebé sea capaz de comer, de alimentarse bien sin problemas y que no tenga dificultades respiratorias ni ninguna otra alteración al examen físico que lo haga pensar que lo debe hospitalizar. entonces cuando uno ve un recién nacido, inmediatamente nace un bebé, entonces uno hace un examen físico muy cortico porque no lo puede someter a que se enfríe, a que tenga problemas; ese examen físico inicial tiene solamente tres objetivos. El primero, es determinar la vitalidad para saber si hay que reanimar o no; el segundo objetivo, es descartar malformaciones congénitas evidentes a simple vista, que no tenga paladar hendido, meningocele, que el ano esté permeado; y el tercer objetivo es asignar el sexo, parece una cosa pendeja, pero hay recién nacidos que hay dificultades para saber si es niño o niña. Entonces el examen inicial es muy cortico, uno o dos minutos para poder determinar estas 3 cosas. Ya el bebé se queda con la mamá, pero antes, al día siguiente o el mismo día por la tarde, antes de darle salida, uno tiene que examinar*

*al bebé nuevamente ya con calma desde la cabeza hasta los pies y tiene que darse cuenta que está comiendo bien, tolera la alimentación, orina y hace popo y tiene no dificultades de respiración, en ese momento ya se puede determinar la salida, y esto es en cualquier nivel de atención, nivel uno, nivel dos o nivel tres. PREGUNTADO: a raíz de esos conocimientos especializados, podría, para efectos de claridad, describir en qué consistió la cirugía que le fue practicada a la menor el 9 de abril de 2011 en el Hospital de Caldas. RESPONDIÓ: la cirugía se hace cuando el paciente ya está estable, o sea, a la niña primero hubo que rehidratarla, corregir los desequilibrios que tenía del calcio y el sodio, tratar la neumonía, ventilarla mecánicamente, estabilizar la oxigenación, y ahí ya se llevó a cirugía; la cirugía la hace un cirujano pediatra. Entonces lo que el cirujano hace no siempre es posible, es según lo que encuentre en el acto quirúrgico. Lo ideal fue afortunadamente lo que se le hizo a la niña, que es lograr llevar el cabo superior con el cabo inferior y unirlo, eso se llama una anastomosis; o sea, volver a pegar como la parte superior, le cortan el pedacito que está como en ciego, y el cabo inferior lo unen al esófago. Entonces ese tubito otra vez vuelve a ser permeable. Y la fístula que había entre la tráquea y el esófago la ligan para que no vayan a pasar secreciones del estómago hacia la tráquea y hacia los pulmones, entonces se llama una ligadura de la fístula traqueo esofágica y una anastomosis término lateral del esófago. PREGUNTADO: ese procedimiento quirúrgico, considerando que se le dio salida el 17 de abril, cómo lo asimiló la menor, tuvo el éxito esperado por los galenos. RESPONDIÓ: a la niña le fue bien, ella no tuvo complicaciones postoperatorias y se le pudo dar salida para la casa con indicaciones de no necesitar medicamentos, estaba comiendo, toleraba la alimentación, había recuperado parte del peso y se cita a otro control por pediatría o medicina general en la semana siguiente al nacimiento y comenzar controles con el cirujano pediatra cuando cumpla un mes de vida para el cirujano empezar a programar una cosa que se llama dilataciones esofágicas porque el tubito al tener una sutura así concéntrica cicatriza y al cicatrizar tiende a cerrarse la luz del tubo, entonces los cirujanos pediatras pasan unas cosas que se llama bujías que van de unos calibres, es en forma progresiva, desde el más angostico hasta el más gruesito, entonces ellos la programan bajo anestesia general, lo que hacen es meter esa bujía para ir dilatando esa parte del esófago donde se trata de cerrar, entonces mantiene permeable esa luz para que no se vaya a cerrar, eso se llama dilataciones esofágicas. PREGUNTADO: Siendo así ante el éxito de la cirugía que le fue realizado y atendiendo esa valoración que debía realizarse por especialista en cirugía pediátrica, era menester o era vital realizarla dentro del tiempo señalado por los galenos al momento de darle salida de la IPS (...) RESPONDIÓ: Sí señor juez, la atresia de esófago hace décadas era una patología con una mortalidad supremamente alta, la neonatología ha venido avanzando y el cuidado intensivo neonatal, la cirugía pediátrica, etc., hacen que en la actualidad se tenga éxito aproximadamente en el 90% de los casos. Cuando el niño tolera la cirugía, no se complica, no se infecta, no tiene las complicaciones postquirúrgicas tempranas que es una dehiscencia en la sutura, o sea, como que se descose, entonces el alimento se podría ir hacia el tórax; cuando no hay complicaciones de estas entonces las posibilidades cada vez más son mejores; si se hacen los controles a su debido tiempo, las dilataciones esofágicas, una persona de esas puede llegar perfectamente a la edad adulta y ser una persona*

*perfectamente normal, podría tener algunos síntomas de pronto de agrieras o reflujo pero con medicamentos se podría tratar. PREGUNTADO: Cuando no se cumplen estos plazos para efectos de ser valorados por la especialidad requerida y para efectos de realizar los procedimientos de dilatación esofágica, qué riesgos pueden acaecer justamente sobre el diagnóstico que tenía la menor. RESPONDIÓ: Ahí donde está la cirugía del esófago, o sea la cicatriz, que es así como un anillito, entonces ella se va cerrando puede ocurrir una obstrucción o una estenosis del esófago y ello lleva al paciente a dificultades con su alimentación, con la nutrición, con el crecimiento. Entonces lo usual es que la estenosis se puede prevenir o se tratan en forma temprana con las dilataciones, cuando no ocurre esto, toca volver a hacer la cirugía, cortar un pedacito por encima de la cicatriz, otra por debajo y pegar otra vez el tubito. PREGUNTADO: Tuvo usted oportunidad de estudiar el historial clínico mientras la menor estuvo en cuidados intensivos pediátrico previo al deceso. RESPONDIÓ: Yo estudie fue la del SES Hospital de Caldas. Se le pone de presente el historial visible de folio 261 a 265 del expediente donde esta esa historia. (...) PREGUNTADO: El diagnostico que exhibía la menor justamente en los últimos días que estuvo con vida, tiene directa relación con el diagnóstico que presentó mientras fue atendida en el SES Hospital de Caldas, esto es, la atresia de esófago. RESPONDIÓ: Según veo en la historia clínica del Hospital de la Samaritana, esto queda en Girardot, a la niña le hicieron una esofagoplastia más corrección de atresia de esófago y decorticación pulmonar derecha más toracostomía, seguramente la niña lo que había tenido era una estenosis del esófago y tuvieron que volver a reconstruir la permeabilidad de ese tubo. Y la decorticación del pulmón derecho, es, había presentado seguramente neumonías a repetición, entonces le quitan la pleura que está cubriendo ese pulmón derecho porque tenía entonces también un derrame pleural, y por eso tuvieron que poner ese tubo de toraqueostomía. Hablan por acá de shock séptico, neumonía, sepsis por hongos, ya son complicaciones no de la atresia del esófago como tal sino complicaciones del procedimiento, no sé si la niña había tenido neumonías a repetición, no sé cómo estaría el estado nutricional, no sé cómo estaba su condición de defensas, en la parte inmunológica, pero lo cierto es que al parecer tuvo complicaciones infecciosas allá en esa unidad de cuidados intensivos y probablemente pudo haber sido la causa de la muerte de ella. PREGUNTADO: justamente por la experiencia que tiene y considerándose que se había previsto que debía al mes de vida de la menor, esto debía haber sido 30 de abril o 1 de mayo de 2011, ser valorada por cirujano pediátrico y como no ocurrió, pues de ello da cuenta la historia clínica y no es objeto de controversia, ya luego fue objeto en septiembre de 2011, ese paso de esos 5 meses aproximadamente, mal contados por el despacho, impidieron o pudieron haber impedido la realización de esas dilataciones esofágicas que eran, usted bien comento, vitales para el éxito de la cirugía inicial. RESPONDIÓ: Yo pienso que sí señor juez porque en condiciones óptimas desde el mes de haber hecho la cirugía deben empezar a programarse las dilataciones. Ya la frecuencia, cada cuanto hay que hacerlas, eso ya lo define un cirujano pediatra, no me compete a mí no tengo experiencia en ese campo, lo que sí es que a partir del mes se tiene que empezar a programar porque si no se hacen ocurre la estenosis del esófago.*

**Apoderado parte actora:**

*(...) PREGUNTADO: Si un recién presenta síntomas como secreciones nasales, según la historia clínica, y dificultad para deglutir, debe considerarse síntomas de alerta, cuál debe ser el procedimiento o las precauciones que se deben tomar. RESPONDIÓ: Lo que uno siempre le enseña lo estudiantes de medicina es que cuando un bebé presente dificultades al comer, que se ponga moradito, que se sofoque, que tenga secreciones en forma exagerada, siempre, siempre, siempre, no se contente simplemente con pensar que tiene moquitos por la nariz, sino que siempre piense en atresia de esófago y pase una sondita, en un procedimiento que nosotros hacemos que se llama sonda orogástrica; entonces uno toma una medición desde el lóbulo de la oreja hasta la comisura labial y hasta la apéndice xifoideas, que es la puntica del esternón, y esa longitud uno la pasa, la sonda, por la boca, la sonda debe avanzar sin dificultad, y cuando llega al estómago entonces uno debe aspirar y debe obtener contenido gástrico. Si el médico, estudiante, enfermera, el que esté enfrentado a un bebé que tenga dificultad para comer y exceso de secreciones, no es capaz de pasar la sonda, la sonda en el caso de que sea atresia de esófago, como el esófago es un fondo de saco, entonces la sonda llega y se devuelve, la sonda no avanza la longitud que uno pretendía introducirla, es cuando uno piensa clínicamente en la atresia de esófago. La forma de confirmar un diagnóstico es ya con la toma de radiografía, y viendo que la sonda se queda ahí, se pasa medio de contraste hidrosoluble, es un medio de contraste especial que si de pronto se va para los pulmones no le haga más daño, ya eso sí sería en un nivel 3 de atención, en una unidad neonatal, es cuando uno confirma el diagnóstico desde el punto de vista radiológico. PREGUNTADO: Va en contra de los protocolos médicos dar de alta a una recién nacida con estos síntomas sin realizar exámenes de verificación. RESPONDIÓ: Lo ideal es que cuando el bebé salga de la institución uno este seguro que el bebé es capaz de comer sin dificultad, tolera la alimentación, está orinando y está haciendo popo, no tiene problemas para mantener su temperatura corporal y sin dificultad respiratoria, ahí le puede dar salida al recién nacido. PREGUNTADO: Eso quiere decir que en el hospital San Félix hubieren podido detectar la patología con los síntomas que padecía la recién nacida y las alertas de la madre. RESPONDIÓ: Quiere decir de que si un niño tiene problemas para alimentarse o exceso de secreciones, no solamente hacer un lavadito nasal, porque si persisten los síntomas, pasar la sonda para descartar este tipo de patología. PREGUNTADO: En la historia clínica del 17 de abril de 2011 escribió usted que la recién nacida con 17 días de vida ha presentado una evolución clínica satisfactoria durante el post operatorio, referente a esto qué probabilidades de supervivencia tenía la menor en este momento y de qué dependía esto. RESPONDIÓ: Es cercana al 90% y dependía de que se hagan los cuidados por parte de la familia y por parte del sistema de salud oportuno, que lo vea el pediatría y cirujano pediátrico, controle su crecimiento, su desarrollo, le hagan las dilataciones esofágicas cuando las requiera, y el seguimiento de pediatría va hasta cuando cumpla los 18 años. PREGUNTADO: después de la anastomosis, qué ha dicho la literatura en cuanto al número de dilataciones necesarias para que un recién nacido responda al tratamiento o al cuanto tiempo debe iniciarse RESPONDIÓ: El número de dilataciones depende de cada paciente y yo pienso que es una pregunta más para un cirujano pediatra que es*



*quien hace el procedimiento; como neonatólogo lo que sabemos es que cuando se da salida al bebé que ha superado la patología inicial es que siempre se debe citar al mes de vida con el cirujano pediatra, en forma preventiva, le programa las dilataciones para que preventivamente no vaya ocurrir una estenosis pediátrica. Ya la frecuencia, cierto, si él decide que las va a hacer cada mes, cada dos meses, cada mes y medio, depende del cirujano pediatra. PREGUNTADO: para los casos de atresia esofágica, es necesario repetir la anastomosis (...) por qué le repitieron la cirugía. RESPONDIÓ: En la mayoría de los niños que sobreviven a la atresia de esófago se hacen las dilataciones para prevenir que ocurra la estenosis; entonces, en la gran mayoría de los operados por atresia de esófago no hay necesidad de hacer anastomosis, solamente una minoría cuando ocurre la estenosis y no son capaces de pasar el dilatador, tienen que cortar, cortar y volver a hacer la anastomosis. PERGUNTADO: (...) en la historia clínica de la menor vemos varios actores; vemos el hospital de Marquetalia, donde la recibieron con 43 semanas de embarazo, es remitida al hospital de La Dorada, donde nace la bebé, después es remitida al Hospital de Caldas donde le hacen un procedimiento exitoso y después no le realizan las dilataciones y los controles médicos necesarios, entre estos intervinientes ve algún responsable en el fallecimiento de la menor (...). RESPONDIÓ: Lo que pasó los 3 primeros o 4 días de vida, lo óptimo es que el diagnóstico sea mucho más precoz, ojalá al primer día, para evitar una bronco aspiración; gracias a Dios la niña logró superar la neumonía apical derecha, se logró ventilar, se logró estabilizar, se pudo operar y se mandó para la casa bien. O sea, ya en el momento que la niña salió para la casa ahí ya tenía un 90% de posibilidades de seguir bien. Ya no sé, no se le brindó de pronto en forma oportuna los controles por el cirujano pediatra y la realización de las dilataciones, y eso según leo en la historia clínica y lo que pasó en Giradot, posiblemente fue lo que condicionó a que la niña tuvo que ser reintervenida, se complicó y terminó falleciendo. PREGUNTADO: es decir, no sé si de pronto voy hacer una afirmación que no es, no haber realizado las dilataciones es la principal causa del fallecimiento. RESPONDIÓ: El no haber realizado las dilataciones es la causa por la cual la niña presentó la estenosis del esófago, requirió una reintervención, vuelvo y repito, como desconozco cómo estaba el estado inmunológico, el estado nutricional, la condición de salud durante esos 17 meses, si había presentado neumonías a repetición, etc, el hecho de que tuvo una estenosis del esófago, la tuvieron que reintervenir, estas cirugías son muy delicadas, son con mucho riesgo, la tuvieron que reintervenir, allá presentó complicaciones infecciosas que la llevaron a la muerte. Entonces pienso yo, que si se hubiera brindado en forma oportuna la atención por el cirujano pediatra, las dilataciones, etc, es muy probable que se hubiera evitado tener que reintervenirse, porque la gran mayoría con las dilataciones tienen. (...) PREGUNTADO: ahora usted hablaba sobre la neumonía que aparece en la historia clínica en la última parte de vida de la menor, esa neumonía podría ser consecuencia del mal cuidado por el diagnóstico inicial; la misma complicación hace que le dé neumonía, es decir, no hacer las dilataciones, que haya tenido cerrado esto, hace que le dé la neumonía. RESPONDIÓ: Al igual que la neumonía con la que la niña llegó a los 4 días al Hospital de Caldas, es lo mismo, o sea, como el esófago está cerrado, entonces en esa bolsita se acumula saliva,*

*secreciones que produce el mismo esófago y comida, al acumularse eso regurgita y se puede meter nuevamente a los pulmones, entonces, así como tenía neumonía apical derecha por bronquio aspiración a los 4 días de vida, cuando el esófago volvió y se estenosó, otra vez vuelve y puede ocurrir exactamente lo mismo.  
(...)*

### **Primer problema jurídico**

¿Se probaron los elementos que la ley y la jurisprudencia han estructurado para declarar que la muerte de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo es imputable a Caprecom EPS-S por falla del servicio?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso se demostró el nexo de causalidad entre la falla del servicio de Caprecom, como EPS del régimen subsidiado, y la muerte de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo.**

### **Marco Jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del Estado**

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que, para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, se deben reunir tres condiciones.

Como primer elemento de la responsabilidad, el daño o perjuicio por el cual se reclama la indemnización, el cual debe tener la característica de ser resarcible e indemnizable.

El hecho de la administración, que se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la falta personal del agente, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente, entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una relación de causalidad, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe; como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los

hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

Como en este caso no se cuestionó el título de imputación al que acudió el juez de primera instancia para resolver el asunto en relación con la EPS, en esta instancia el estudio del proceso se mantendrá a la luz de la falla del servicio, ya que en los hechos de la demanda se alude de manera general a una omisiva prestación del servicio de salud que requería la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo y que a la postre condujeron a su fallecimiento. Lo anterior, por no haber autorizado Caprecom, a tiempo, los servicios médicos que requería la paciente.

Debe advertirse, además que, tratándose de un asunto relacionado con una supuesta falla médica, se aplica en principio el título o régimen de imputación por falla probada, por virtud del cual corresponde a la parte demandante demostrar los tres elementos que integran la responsabilidad del Estado, conforme lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>.

Dicho título de imputación opera, como lo ha señalado el Máximo Tribunal Administrativo, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende *“(...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz”<sup>2</sup>*.

Para lo anterior, se pasará en este caso a revisar cada uno de estos elementos de la falla en el servicio, en aras de determinar si la muerte de la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo es imputable a Caprecom EPS-S; pero se hará la salvedad que no se realizará análisis en torno al elemento daño, ya que en el recurso de apelación no se expuso argumento alguno en contra de la decisión que en torno a este realizó la *a quo* en la sentencia.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 28 de abril de 2011. Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963). En dicha providencia, se indicó: *“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable”*.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04809-01(35656).

## Imputación

La falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario fundada en la *“lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”*, se produce como efecto de la vulneración al derecho constitucional a la salud, especialmente en lo que hace referencia al principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual se estudia así por la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup>:

*La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.*

La misma Corporación señaló:

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

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

*-Debe ser integral:*

*“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.

*el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>4</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”<sup>5</sup>*

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en torno a dicha falla que *“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”<sup>6</sup>.*

Cuando se revisa lo planteado en la demanda, se evidencia que la parte actora endilga en este caso una responsabilidad a Caprecom como EPS del régimen subsidiado, en tanto, de manera injustificada, retrasó las gestiones que le competían, como expedir autorizaciones para la atención especializada que requería Karoll Taliana Ramírez Ocampo, lo que incluso llevó a tener que acudir a acciones judiciales; servicios que eran vitales para que la patología de la menor no presentara complicaciones que podían acabar con su vida, tal como ocurrió.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que la actitud omisiva de la EPS frustró las posibilidades de vida que tenía la menor, ya que Caprecom incurrió en dilaciones y omisiones que generaron que las autorizaciones que debía expedir no fueran emitidas dentro de los tiempos requeridos por los galenos tratantes, ya que la expectativa de vida de la menor era del 90% luego de realizada la cirugía en el Hospital de Caldas.

Se concluyó entonces en la sentencia, que el daño antijurídico irrogado a los demandantes, consistente en la muerte de la menor, era consecuencia de la falla en el servicio en que había incurrido la EPS.

---

<sup>4</sup> Cita de cita: En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

<sup>6</sup> Cita de cita: Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

PAR Caprecom en el recurso de apelación indicó que la menor presentaba una patología congénita por lo cual su fallecimiento no era atribuible a la EPS, ya que la muerte se produjo por las múltiples complicaciones en el último postoperatorio. Y destacó que la menor siempre fue atendida por los galenos en diferentes niveles de atención, sin que se evidenciara alguna omisión u acción que sea causa directa del daño.

En torno al tema del sistema de salud, se tiene que el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 indica que el Plan Obligatorio de Salud *"permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan"*.

Conforme al artículo 177 de esta misma norma *"(...) 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"*.

El artículo 179 dispone que *"(...) 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. (...)"*. En este caso es claro que Caprecom contrataba con diferentes IPS la prestación de sus servicios, ya que se aportaron al expediente varios contratos celebrados con hospitales.

Como parte de las funciones de las EPS, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 dispuso 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. (Negrilla fuera de texto).**

De acuerdo a lo anterior, es claro que la Ley 100 de 1993 prevé que la seguridad social es un derecho y un servicio público que busca garantizar los derechos irrenunciables de las personas para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana; para ello, las instituciones y los recursos se deben destinar para garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico<sup>7</sup> y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención<sup>8</sup>. Así, el servicio de salud se rige por los principios de protección integral y calidad, los cuales se entienden como la obligación de brindar la atención a la comunidad en la información, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia<sup>9</sup>.

La ley prevé, además, que las entidades territoriales deben celebrar convenios con las Entidades Promotoras de Salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado. En el caso bajo análisis, la menor se encontraba afiliada a este régimen -subsidiado- a la EPS Caprecom por el municipio de Marquetalia (fol. 39)

Así las cosas, debe entenderse que la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado, Caprecom, estaba en la obligación de celebrar los contratos necesarios con las IPS para

---

<sup>7</sup> Artículos 1 y 2

<sup>8</sup> Artículo 152

<sup>9</sup> Artículo 153

garantizar la continuidad del servicio que requería la menor, así como brindar el tratamiento requerido de manera oportuna y continua a través de las autorizaciones requeridas para la revisión por parte de los especialistas y también para la realización de los procedimientos que necesitara para tratar la atresia esofágica que padecía; enfermedad que según el dicho del médico pediatra y neonatólogo, aunque se trataba de una congénita, después de la intervención quirúrgica a la que fue sometida la menor, días posteriores al nacimiento, permitieron corregir el “defecto” que presentaba su esófago y brindaba la posibilidad en un 90% de continuar con una vida normal, siempre y cuando se realizaran las revisiones a tiempo por parte del cirujano pediatra y las dilataciones a que hubiera lugar de acuerdo al criterio de este especialista.

Es decir, la menor no podía ser desamparada por el sistema de salud luego de que fue atendida en Servicios Especiales de Salud cuando tenía 4 días de nacida, ya que su enfermedad necesitaba un continuo acompañamiento médico para que la cirugía de anastomosis de esófago y cierre de fístula traqueo esofágica tuvieran éxito y tuviera que ser reintervenida quirúrgicamente, tal como ocurrió en el Hospital la Samaritana a los 17 meses de vida, cuando se le realizó una esofagoplastia más corrección de atresia de esófago y decorticación pulmonar derecha más toracostomía.

Del testimonio del médico se desprende también que esta segunda cirugía tuvo que ser llevada a cabo por no haber realizado las dilataciones a tiempo, y por ello se presentó nuevamente la estenosis del esófago; y aunque aclaró que no conocía el estado inmunológico, el estado nutricional y la condición de salud durante esos 17 meses, la menor sí había presentado neumonías a repetición, mismas que podían darse por la patología de atresia de esófago, y que las cirugías a las que fue sometida, aparte que eran delicadas y de mucho riesgo, eran para volver a corregir el problema que presentó la bebé a los días de nacida. Entonces en su criterio consideró que, si se hubiera brindado en forma oportuna la atención por el cirujano pediatra, las dilataciones y los demás servicios requeridos, era muy probable que se hubiera evitado tener que reintervenir la niña Ramírez Ocampo, porque la gran mayoría de los pacientes con las dilataciones puede manejar la patología.

En este caso, es claro que la menor había superado las complicaciones que tuvo al nacer, cuando en Servicios Especiales de Salud se le realizó la primera cirugía para corregir la atresia de esófago, e incluso tenía unas expectativas de vida del 90% más o menos, luego de incluso haber estado en riesgo su vida; siendo claro que el éxito de su recuperación dependía de que los servicios médicos posteriores se brindaran de manera oportuna para



poder llevar a cabo las dilataciones que de manera posterior debían ser programadas por el cirujano pediatra, quien debía valorar a la bebé al mes de la cirugía, evidenciando que en este caso la primera atención por el especialista, luego de realizada la intervención, se presentó en el mes de octubre de 2011, incluso tras tener que presentar una acción de tutela y un incidente de desacato para que Caprecom autorizara los servicios.

Incluso de las dificultades que tuvo la menor con Caprecom, da cuenta el testimonio de la doctora Marchie Alejandra Gómez, quien se desempeñó como Personera del municipio de Marquetalia, ya que informó de las dificultades que tuvo la madre de Karoll Taliana para que le autorizaran los servicios requeridos, y que, por no haberse realizado las dilataciones a tiempo, la bebé tuvo que ser reintervenida y fue ahí donde falleció.

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos en el recurso de apelación por parte de PAR Caprecom, ya que aunque es cierto que la bebé Karoll Taliana Ramírez Ocampo presentó una enfermedad congénita al momento de su nacimiento, gracias al procedimiento quirúrgico realizado en Servicios Especiales de Salud el mismo fue corregido, lo que le aseguraba una recuperación de su salud siempre y cuando los servicios médicos que necesitaba de ahí en adelante se prestaran a tiempo, lo cual en este caso por el actuar de Caprecom no se dio, evadiendo esta entidad las obligaciones que por ley tenía asignadas.

Y por ello tampoco se está de acuerdo con que en este caso el nexo causal se revisó desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, y no desde la teoría de la causalidad adecuada, la cual indica que de todos los hechos que anteceden a la producción del daño, solamente tiene relevancia aquél que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata<sup>10</sup>:

*El elemento de responsabilidad "nexo causal" se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico. Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sentencia del 11 de diciembre de 2002, Exp. 13.818, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

*adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues “partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal”. Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito<sup>11</sup>.*

Lo anterior, porque de acuerdo lo probado en el proceso, si Caprecom hubiera actuado de manera oportuna y sin retrasar los servicios en salud que requería la menor, la segunda intervención quirúrgica no hubiera sido necesaria pues la inicial tenía un éxito del 90%, siempre y cuando el seguimiento por parte de los galenos hubiera sido adecuado; siendo claro que las complicaciones de la reintervención fueron las que produjeron el deceso de la menor.

De todo lo anterior puede desprenderse que, efectivamente en este caso se presenta una falla en el servicio, ya que la atención en salud que le correspondía a la empresa promotora de salud del régimen subsidiado no se realizó de manera prioritaria, y, como advirtió la juez, frustró cualquier posibilidad de recuperación que la menor pudiera tener.

En tal sentido, para esta corporación es factible determinar la responsabilidad de Caprecom EPS-S, PAR Caprecom Liquidado, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este sentido.

Sobre los perjuicios morales reconocidos no se pronunciará la Sala, pese a que si bien, en los alegatos de conclusión se planteó una petición en este sentido, la oportunidad procesal para controvertir el fallo es al momento de presentar la alzada. Y como tampoco se cuestionó el no haber prosperado el llamamiento en garantía efectuado por la EPS al Hospital San Félix de La Dorada, este tribunal se ve relevado de revisar este punto de la sentencia.

---

<sup>11</sup> Sentencia proferida el día 25 de julio de 2002. Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente 13.680.

### **Conclusiones**

Conforme a las pruebas allegadas se puede concluir que, en este caso se presentó una falla en el servicio por parte de la EPS Caprecom como entidad encargada de garantizar a tiempo los servicios de salud que necesitaba la menor Karoll Taliana Ramírez Ocampo para recuperarse de la cirugía que corrigió una atresia esofágica; mismos que por no haber sido prestados a tiempo generaron un declive en su estado de salud que provocó tener que realizar una segunda cirugía que en el postoperatorio tuvo complicaciones que terminaron con la vida de la bebé.

En consecuencia, se confirmará el fallo del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

### **Costas**

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto se condenará en costas de segunda instancia a PAR Caprecom Liquidado-administrado por la Fiduciaria La Previsora SA, pero únicamente en el rubro de agencias en derecho, en atención a que la sentencia de primera instancia se confirmó, y además se evidencia actuación de la parte demandante ante esta corporación lo que denota la necesidad de asumir el pago de los honorarios que se generan con un proceso judicial; mismas, que se liquidarán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de \$1.848.000 M/CTE de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.3 inciso 2 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, a cargo de la PAR Caprecom Liquidado-administrado por la Fiduciaria La Previsora SA y a favor parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales en fecha 10 de junio de 2019, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **LORENA OCAMPO QUINTERO Y JOSÉ FABIÁN RAMÍREZ TORO** en nombre propio y en representación de la menor **KELLY TATIANA RAMÍREZ OCAMPO** contra

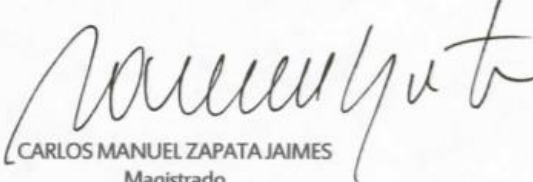
HOSPITAL SAN FÉLIX DE LA DORADA – CALDAS, EL HOSPITAL SAN CAYETANO DE MARQUETALIA Y P.A.R CAPRECOM LIQUIDADO (SUCEJOR PROCESAL DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE) y como llamadas en garantías LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Costas de la segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de PAR Caprecom Liquidado- administrado por la Fiduciaria La Previsora SA, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$1.848.000 M/CTE a favor de los actores.


**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de abril de 2021 conforme Acta n° 021 de la misma fecha.

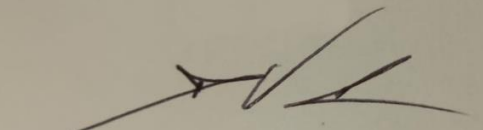


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal base and a long vertical tail.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**SALA PRIMERA DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO No.</b>	<b>17-001-33-39-005-2016-00017-02</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>LIGA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL CALDAS</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 7 de noviembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 2014011726 del 30 de abril de 2014 “proceso sancionatorio número 201100935”, debidamente notificada el 27 de junio de 2014.
2. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 800-2500-15 del 25 de junio de 2015 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición a la decisión dada en el proceso sancionatorio número 201100935”, proferida por la Directora de Responsabilidad Sanitaria (E) del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos, notificada el día 10 de agosto de 2015.
3. Se declare el restablecimiento del derecho al demandante, y se disponga que no adeuda suma de dinero alguna a la entidad demandada.

**HECHOS**

- El 27 de septiembre de 2011, el INVIMA realizó visita de control a las oficinas de la Seccional Caldas de la Liga Contra el Cáncer, producto de esa diligencia, elevó cargos mediante auto nro. 11002640 del 25 de noviembre de 2011 consistentes en que la

demandante había transgredido presuntamente la normativa sanitaria correspondiente, por no contar con el certificado de cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración que otorga la demandada, situación que infringía lo establecido en el artículo 27 de la Resolución 1403 de 2007, en concordancia con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005.

- La Liga Contra el Cáncer presentó descargos a través de comunicación del 1° de marzo de 2012, en la cual justificó y explicó el proceder de la institución acorde con la normativa vigente, y pidió fuera exonerada de responsabilidad.

- Mediante Resolución nro. 2014011726 del 30 de abril de 2014 el INVIMA sancionó a la Liga Contra el Cáncer con una multa equivalente a 300 salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes.

- Contra la decisión sancionatoria se interpuso recurso de reposición, el cual se desató mediante Resolución nro. 800-2500-15 del 25 de junio de 2015 que modificó la decisión y rebajó la multa a la suma de 250 salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Adujo que los actos administrativos incurrieron en falsa motivación, toda vez que el Decreto 2200 de 2005, proferido por el entonces Ministerio de Protección Social, no consagró dentro del artículo 28 ninguna conducta que implique la tipicidad de alguna falta en la cual haya podido incurrir la entidad demandante, lo que constituye una falsa motivación por violación al artículo 29 de la Constitución Política.

Que tampoco la Resolución 1403 de 2007, citada en los actos sancionatorios -Sin indicar la entidad que la expidió- tiene dentro de su estructura jurídica la tipificación de alguna falta de carácter administrativo en que pueda incurrir una persona natural o jurídica cuando presta un servicio farmacéutico, y menos indica, el monto de la multa que se puede imponer. Lo cual, afirma, ocurre también con la Resolución nro. 444 de 2008.

Resaltó que el acto administrativo violó el principio de legalidad, ya que, para imponer una sanción administrativa, tanto la conducta como la sanción deben estar previstas en una ley preexistente a ella, lo cual en este caso no acontece.

Añadió que el Decreto 677 de 1995 establece el procedimiento para formular cargos, y se dice que esta clase de sanciones son las que aparecen en el artículo 664 del Decreto

1298 de 1994, norma que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-255 de 1995, salvo el ordinal 1° del artículo 674 que se mantuvo según sentencias C-376 de 1995, C-432 de 1995 y C-115 de 1996.

Hizo alusión además, a una falta de competencia del INVIMA, ya que esta entidad carece de potestad sancionatoria, y en tal sentido, la sanción impuesta con fundamento en las facultades implícitas en las normas citadas por la entidad se convierten en vías de hecho administrativas que hacen que la decisión esté viciada de nulidad, al desconocer la sentencia C-116 de 1996 que declaró inexecutable el numeral 22 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994, norma que autorizaba a esta entidad para imponer multas.

Resaltó que el Ministerio de Salud de conformidad con el artículo 429 de la Ley 9 de 1979, reglamenta las normas sobre drogas, medicamentos, cosméticos y similares, y en ninguno de sus apartes reguló la imposición de sanciones pecuniarias, ni la ley lo facultó para que lo hiciera.

Finalmente, resaltó que la potestad sancionatoria está regida por el principio de legalidad, el cual exige que cuando se vaya a imponer una sanción administrativa tanto la conducta como la sanción deben estar previstas en una ley preexistente; aunque, aclaró, la Corte Constitucional ha determinado que cuando se trate de sanciones administrativas solo se exige que la norma con fuerza material de ley contemple la descripción genérica de la conducta sancionable, las clases y la cuantía, con la posibilidad de que normas de carácter complementario determinen de manera pormenorizada las conductas reprochables, pero sin que esto signifique la imposición arbitraria de sanciones.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En relación con los hechos afirmó que unos eran ciertos, que otros lo eran parcialmente y que otros eran absolutamente falsos; y se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones.

Como argumentos de defensa señaló, que fue palmaria la intención del Constituyente, de conformidad con el artículo 78 de la Constitución Política, dotar a los consumidores y al Estado de herramientas aunadas a los procedimientos legales y administrativos como mecanismos de protección, y que los productores, expendedores, importadores y distribuidores deben garantizar el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la salud



y seguridad, por lo que resulta palpable la ausencia de un cargo concreto que sustente la violación con respecto a los hechos de la demanda, razón por la cual no se debe tener en cuenta este argumento.

Agregó, que tampoco existió violación al artículo 29 de la Constitución Política, ya que el trámite sancionatorio surtido se cumplió con el lleno de los requisitos de ley, y el sustento legal que esgrime el INVIMA es la normativa sanitaria, la cual debe cumplirse en todo momento. Por ello, el instituto tiene el deber de vigilancia permanente en las actividades del servicio farmacéutico y el de adelantar los procedimientos a que haya lugar, según el Decreto 2200 de 2005.

Aclaró, que en la Liga Contra el Cáncer se presentan los servicios farmacéuticos, al realizar actividades de recepción y dispensa de medicamentos, y por ello era necesario remitirse a la Resolución nro. 1403 de 2007, por la cual se determina el modelo de gestión del servicio farmacéutico, en el cual se establece la obligatoriedad de contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración para realizar actividades de recepción y dispensa de medicamentos, lo que denota la obligación que tenía la demandante de tener este documento al 1º de enero de 2009, el cual se verificó en la visita realizada el 27 de septiembre de 2011 no existía, situación que constituye una infracción a la normativa sanitaria, de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005 y la resolución indicada.

Añadió, que el INVIMA sí tiene la facultad de imponer multas a quienes no cumplan con las normas sanitarias, al tenor del artículo 18 del Decreto Ley 1290 de 1994 y el Decreto 2078 de 2012, en concordancia con el artículo 577 de la Ley 9 de 1979.

En cuanto a la falsa motivación, resaltó que este cargo de nulidad no cumple con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado para que salir adelante.

Propuso la excepción de:

- **Legalidad de los actos administrativos censurados, no se violó derecho de la demandante que deba ser restablecido:** insistió en que la Liga Contra el Cáncer debe cumplir en todo momento la normativa sanitaria, y en atención a las actividades que adelantó de fraccionar medicamentos, y no cualquier medicamento, sino para enfermos con cáncer, debía garantizar que su actividad se desarrollaba bajo los parámetros normativos, en tal

sentido el proceso sancionatorio adelantado por el INVIMA se ajustó a las disposiciones pertinentes.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019, accedió a las pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos: i) si el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos – INVIMA, era competente para adelantar la actuación administrativa sancionatoria contra la Liga contra el Cáncer – Seccional Caldas, referente a la presunta transgresión de la normativa sanitaria advertida en visita del 27 de septiembre de 2011; ii) determinarse si la Resolución nro. 2014011726 del 30 de abril de 2014 y la Resolución nro. 800-2500-15 del 25 de junio de 2015 expedidas por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos – INVIMA, incurrieron en falsa motivación y/o vulneración del artículo 29 superior.

En primer momento relacionó las pruebas que obran en el expediente y el marco normativo de la potestad sancionatoria del INVIMA, para lo cual referenció la Ley 100 de 1993, el Decreto 1209 de 1994, el Decreto 2072 de 2012, la Ley 9 de 1979, el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución nro. 1403 de 2007.

Seguidamente analizó el principio de legalidad, para lo cual citó jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que le permitieron concluir que, en procesos sancionatorios siempre se deben tener claros los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando se haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se puede determinar con claridad la conducta, y la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla.

Conforme a lo anterior, al descender al caso concreto, concluyó que le asistía razón a la parte demandante al solicitar la nulidad de los actos administrativos demandados, ya que si bien el poder ejecutivo se encargaba de la regulación específica de normas de carácter sanitario, ese cometido no se hacía extensivo a la definición de la estructura de tipo sancionatorio ya que este asunto era materia reservada a la ley, siendo entonces el legislador el único investido para marcar con claridad la conducta típica objeto de sanción y la cuantía de la misma; y en tal sentido, la conducta relativa a la falta de Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas no tenía una adecuación precisa a las

conductas reguladas en el marco legal, y por ello no se ajustaba a la exigibilidad en las estructuras de tipo sancionatorio.

Aunado a ello, resaltó que la Ley 9 de 1979 podía determinar un marco global que no podía confundirse como una norma en blanco, ya que, respecto a la conducta señalada por el INVIMA, no existía en el marco principal criterios suficientes dirigidos a establecer que la ausencia de Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración representaba una violación a esa regulación.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte accionada apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 172 a 175 del expediente.

Luego de transcribir apartes de la sentencia de primera instancia, indicó que son claras las normas sanitarias relacionadas con el servicio farmacéutico (Resolución nro. 1403 de 2006 y Decreto 2200 de 2005) de tener el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, el cual en visita realizada a la Liga Contra el Cáncer se echó de menos.

Resaltó que el razonamiento del juez falla, al concluir que, no existe norma que obligue a contar con el mencionado certificado, lo que denota un desconocimiento de la ley sanitaria que lo establece; y, además, pasa por alto que, el no cumplir con las buenas prácticas pone en riesgo la vida del paciente, ya que se le dispensaría un medicamento sin que esa actividad esté certificada.

Agregó, que el INVIMA tiene la facultad de imponer multas a quienes no cumplan la norma sanitaria según los numerales 1, 2 y 3 del artículo 4 del Decreto 2078 de 2012; y que, aunque es cierto que, se declaró inexecutable el artículo 22 del Decreto 1290 de 1994 referido a las tarifas, el numeral 15 se mantuvo vigente hasta el momento de la entrada en vigencia del Decreto 2078 de 2012.

Destacó, que la conducta que se le endilga a la demandante tiene que ver con el desconocimiento de lo establecido en el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005, en concordancia con el artículo 27 de la Resolución 1403 de 2007, normas que son claras en establecer la obligatoriedad de contar con el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración.

Finalmente, arguyó que, no quedó probado en el proceso que el INVIMA haya incurrido en conductas que constituyan vulneración a los derechos que invoca la demandante, y que los actos administrativos fueron expedidos en cumplimiento del deber de vigilancia, control y en aras de la protección del derecho fundamental de la vida y la salud de los consumidores.

Pidió entonces revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** no presentó alegatos.

**Parte demandada:** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**Ministerio Público:** no presentó concepto de fondo.

### **CONSIDERACIONES**

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo actuado en segunda instancia, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

#### **Problemas jurídicos**

1. ¿Tenía competencia el INVIMA para adelantar una investigación sancionatoria a la Liga Contra el Cáncer por no contar con el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración exigido para quienes prestan servicios farmacéuticos y realizan adecuación y ajuste de concentraciones de dosis de medicamentos?
2. ¿La sanción impuesta por el INVIMA violó el principio de legalidad, y, de paso, el derecho al debido proceso de la Liga Contra el Cáncer?

#### **Lo probado**

➤ En el acta de visita realizada por funcionarios del INVIMA a la Liga Contra el Cáncer el 27 de septiembre de 2011 con el fin de ejercer acciones de vigilancia y control sobre las actividades establecidas en el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007, da cuenta que se evidenció lo siguiente (fol. 27 y 28 C.1):

*En la LIGA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL CALDAS a la fecha no realizan terapias a pacientes, únicamente prestan el servicio de dispensación de los medicamentos a particulares, sin embargo, informa que para el caso de medicamentos que vienen en blíster, eventualmente han realizado el fraccionamiento de estos para entregar el número exacto de tabletas prescritas por el médico tratante. Quien atiende la visita comenta que desde hace unos cuatro años dejaron de prestar el servicio de quimioterapia, para lo cual disponían de una cabina para la preparación de los medicamentos oncológicos, la cual a la fecha se encuentra fuera de uso y almacenada en la recepción de la sede ubicada en la carrera (...).*

*Ante esta situación se aclara a quien atiende la visita que esta actividad no permite mantener la trazabilidad del medicamento y que dicho fraccionamiento es parte de las actividades del servicio farmacéutico la cual debe estar debidamente autorizada por el INVIMA.*

*En el área administrativa son realizadas las actividades de recepción y dispensación de medicamentos, en la misma se observó la estantería y nevera en la cual no ha sido registrada la temperatura de almacenamiento en las dos últimas semanas del presente mes, adicionalmente cuentan con termohigrómetro para el registro de las condiciones ambientales del área de almacenamiento de medicamentos, sin embargo no fueron presentados registros de calibración de los instrumentos de medida de estas variables*

*[...]*

*Se aclara a quien atiende la visita que en caso de realizar actividades de servicio farmacéutico tales como reempaque, reenvase de medicamentos, adecuación y ajuste de concentración de medicamentos y demás descritas en el Decreto 2200 de 2005, Resolución 1403 de 2007, Resolución 444 de 2008 y demás normatividad sanitaria concordante y vigente, estas deberán ser previamente autorizadas por el INVIMA.*

- Por medio de Auto nro. 11002640 del 25 de noviembre de 2011, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA dio inicio a proceso sancionatorio a la Liga Contra el Cáncer. por transgredir la normativa sanitaria, al no contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración otorgado por el instituto, situación que infringía lo establecido en el artículo 27 de la Resolución 1403 de 2007, en concordancia con el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005 (fol. 30 a 37).
- A través de escrito que data del 1° de marzo de 2012, el representante de la Liga Contra el Cáncer presentó descargos al auto 11002640 del 25 de noviembre de 2011 (fols. 43 a 52).
- A través de auto nro. 1400307 del 14 de febrero de 2014 se dio inicio a la etapa probatoria dentro del proceso sancionatorio (archivo 2 antecedentes administrativos).
- Mediante resolución nro. 2014011726 del 30 de abril de 2014 se calificó el proceso sancionatorio, y con fundamento en el Decreto 2200 de 2005, Resolución 1403 de 2007

y la Resolución 444 de 2008 se concluyó que, la Liga Contra el Cáncer había infringido la norma sanitaria, al realizar actividades de fraccionamiento de medicamentos que venían en blíster para entregar el número exacto de tabletas prescritas por el médico tratante, sin contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración que otorga el INVIMA. En consecuencia, impuso una sanción pecuniaria consistente en una multa por valor de 300 salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes (archivo 2 y 3 antecedentes administrativos).

➤ A través de Resolución nro. 800-2500-15 del 25 de junio de 2015 se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Liga Contra el Cáncer contra la Resolución 2014011726 del 30 de abril de 2014, y se decidió modificar el artículo primero en el sentido de rebajar la multa impuesta a la suma de 250 salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes, al dar aplicación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones (fols. 12 a 23).

#### **Primer problema jurídico**

¿Tenía competencia el INVIMA para adelantar una investigación sancionatoria a la Liga Contra el Cáncer, por no contar con el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración exigido para quienes prestan servicios farmacéuticos y realizan adecuación y ajuste de concentraciones de dosis de medicamentos?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el INVIMA es la autoridad que por disposición legal ejerce no solo funciones de inspección, vigilancia y control a los establecimientos productores y comercializadores de los productos a que hace referencia el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, entre los que se encuentran los medicamentos; sino que además identifica y evalúa las infracciones a las normas sanitarias y a los procedimientos establecidos, para lo cual podrá adelantar las investigaciones a que haya lugar.**

Previo a resolver este problema jurídico, es necesario hacer alusión al marco normativo que reguló el proceso sancionatorio que adelantó el INVIMA a la Liga Contra el Cáncer, y que terminó con la imposición de una multa por valor de 250 salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes por infracción del artículo 27 de la Resolución 1403 de 2007, en concordancia con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005.

Al respecto, la Resolución 1403 de 2007 en su artículo 27 establece:

*TRANSITORIEDAD. Las personas señaladas en el artículo 2° de la presente resolución deberán dar cumplimiento a las condiciones y requisitos establecidos en ella y el manual que adopta, a partir de su publicación en el Diario Oficial. Las disposiciones que regulan el Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria comenzarán a aplicarse a partir del 1 de enero de 2009. Las instituciones prestadoras de servicios de salud que al momento de entrar en vigencia la presente resolución y el manual que adopta cuenten con servicios farmacéuticos habilitados donde se realicen preparaciones magistrales y/o adecuación y ajuste de concentraciones de dosis de medicamentos oncológicos y demás medicamentos para cumplir con la dosis prescritas, a partir del 1 de enero de 2009 requieren del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración otorgado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, para poder seguir realizándolas.*

Y, por su parte, el Decreto 2200 de 2005 en su artículo 18 determinó:

*ARTÍCULO 18. DISTRIBUCIÓN DE MEDICAMENTOS. La distribución física de medicamentos estará regulada por las normas técnicas que expida el Ministerio de la Protección Social. El embalaje y/o transporte de productos farmacéuticos forman parte de la distribución intra-hospitalaria o física y deberán ser tenidos en cuenta en el desarrollo del Modelo de Gestión del servicio farmacéutico.*

*El servicio farmacéutico deberá determinar el sistema o los sistemas de distribución intrahospitalaria de medicamentos y dispositivos médicos que deban implementarse en la Institución Prestadora de Servicios de Salud, para garantizar la oportunidad, seguridad, eficiencia y calidad de los medicamentos y dispositivos médicos que deban suministrarse a los pacientes.*

*Los servicios farmacéuticos de las instituciones de segundo y tercer nivel de complejidad deberán implementar el Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria, de acuerdo con las condiciones, criterios y procedimientos establecidos en la normatividad vigente y los que se establezcan en el Modelo de Gestión del servicio farmacéutico. Los servicios farmacéuticos del primer nivel de complejidad podrán adoptar el Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria, sometiéndose a las condiciones, criterios y procedimientos señalados.*

*El Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria podrá operar en una Institución de Salud con otro u otros sistemas intrahospitalarios de distribución.*

Se evidencia entonces de las anteriores normas, que las instituciones que cuenten con servicios farmacéuticos habilitados donde se realice adecuación y ajuste de concentraciones de dosis de medicamentos oncológicos y demás medicamentos para cumplir con la dosis prescritas, a partir del 1° de enero de 2009 requerían para poder prestar este servicio, contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de

Elaboración otorgado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA.

Téngase en cuenta que, este puntualmente es el reproche que se le hace a la demandante, en atención a que, en visita realizada a sus instalaciones el día 27 de septiembre de 2011 se evidenció que, aunque para esa data no se realizaban terapias a pacientes, sí se prestaba el servicio de dispensa de medicamentos, incluso se advirtió que para los que venían en blíster eventualmente se realizaba el fraccionamiento para entregar el número exacto de tabletas prescritas por el médico tratante.

Ahora, como este problema jurídico hace relación a la competencia del INVIMA para adelantar el proceso sancionatorio por no cumplir con la obtención del mencionado certificado, procederá la Sala a revisar las normas en que se apoyó la entidad demandada para adelantar el mismo, las cuales fueron enunciadas en el auto que dio inicio al proceso y en la resolución que lo calificó.

El artículo 245 de la ley 100 de 1993 consagró que el objetivo del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA- era la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

En atención a lo anterior, se expidió el Decreto 1290 de 1994, por el cual se precisaron las funciones del INVIMA y se estableció su organización básica. De esta norma se extrae lo siguiente:

*Artículo 4. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones:*

*1. Controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la ley 100 de 1993 y en las demás normas pertinentes, durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo.*

*[...]*

*Artículo 18. Régimen Sancionatorio. Corresponde al INVIMA aplicar las sanciones por las infracciones a las normas sanitarias*



*cometidas por parte de los productores, importadores, exportadores, comercializadores y expendedores.*

**Parágrafo.** *Las sanciones de que trata el presente artículo deberán sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 577 de la Ley 9 de 1979 y contra ellas procederán los recursos de ley contenidos en el Código Contencioso Administrativo.*

Por su parte el Decreto 2078 de 2012, por el cual se estableció la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y se determinaron las funciones de sus dependencias, si bien no estaba vigente a la fecha de la visita que dio lugar a la sanción, sí al momento de imponer la sanción administrativa, derogó el Decreto 1290 de 1994 excepto su artículo 18.

Esta normativa en relación con las funciones de la entidad de vigilancia enlistó en el numeral 3 del artículo 4 lo siguiente:

*Artículo 4º. Funciones. En cumplimiento de sus objetivos el INVIMA realizará las siguientes funciones:*

*1. Ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control a los establecimientos productores y comercializadores de los productos a que hace referencia el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen o adicionen, sin perjuicio de las que en estas materias deban adelantar las entidades territoriales, durante las actividades asociadas con su producción, importación, exportación y disposición para consumo.*

*2. Certificar en buenas prácticas y condiciones sanitarias a los establecimientos productores de los productos mencionados en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y expedir los registros sanitarios, así como la renovación, ampliación, modificación y cancelación de los mismos, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*

*3. Identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias y a los procedimientos establecidos, adelantar las investigaciones a que haya lugar y aplicar las medidas sanitarias y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9ª de 1979 y demás normas reglamentarias.*

Obsérvese como esta norma remite a la Ley 9 de 1979, por la cual se dictaron medidas sanitarias, y además establece que el INVIMA debe identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitarias según los procedimientos establecidos, y, además, aplicar las sanciones a que haya lugar.

La ley 9 de 1979, en relación con las medidas sanitarias, reguló entre sus artículos 428 a 477 (título VI) lo relativo al tema de “drogas, medicamentos, cosméticos y similares”; y en los siguientes artículos consagró el tema de vigilancia y control así:

*Artículo 576. Podrán aplicarse como medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública, las siguientes:*

*a) Clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial;*

*b) La suspensión total o parcial de trabajos o de servicios;*

*c) El decomiso de objetos y productos;*

*d) La destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso, y*

*e) La congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.*

**PARAGRAFO.** *Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.*

*Artículo 577. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante resolución motivada, la violación de las disposiciones de esta Ley, será sancionada por la entidad encargada de hacerlas cumplir con alguna o algunas de las siguientes sanciones:*

*a) Amonestación;*

*b) Multas sucesivas hasta por una suma equivalente a 10.000 salarios diarios mínimos legales al máximo valor vigente en el momento de dictarse la respectiva resolución;*

*c) Decomiso de productos;*

*d) Suspensión o cancelación del registro o de la licencia, y*

*e) Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo.*

Lo anterior, deja clara la competencia del INVIMA de adelantar las investigaciones a que haya lugar con relación a temas sanitarios, para lo cual podrá aplicar medidas sanitarias y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9ª de 1979 y demás normas reglamentarias.

Ahora, como este proceso gira en torno a un tema atinente a medicamentos y farmacéutico, se relacionarán las normas que regulan este tópico específicamente en relación con la conducta objeto de reproche en la actuación administrativa adelantada contra la demandante.

La Resolución 1403 de 2007, expedida por el entonces Ministerio de la Protección Social, por la cual se determinó el modelo de gestión del servicio farmacéutico, se adoptó el manual de condiciones esenciales y procedimientos, estableció lo siguiente:

*Artículo 2º.- Campo de aplicación. El Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico y el Manual de Condiciones Esenciales y Procedimientos, así como las demás disposiciones contenidas en la presente resolución, se aplicarán a toda persona que realice una o más actividades y/o procesos del servicio farmacéutico, especialmente, a los prestadores de servicios de salud, incluyendo a los que operen en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y a todo establecimiento farmacéutico donde se almacenen, comercialicen, distribuyan o dispensen medicamentos y dispositivos médicos o se realice cualquier otra actividad y/o proceso del servicio farmacéutico.*

*PARÁGRAFO PRIMERO: Los laboratorios farmacéuticos se someterán a las disposiciones contenidas en la presente resolución y en el manual que se adopta a través de la misma, en relación con las actividades y/o procesos de transporte, distribución y la entrega física en la cadena de los medicamentos y dispositivos médicos. Las demás actividades y/o procesos relacionados con las Buenas Prácticas de Manufactura, continuarán regidos por las normas vigentes.*

*Artículo 9º.- Buenas prácticas del servicio farmacéutico. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, establecimientos farmacéuticos y personas autorizadas que realizan actividades y/o procesos del servicio farmacéutico contarán con un conjunto de normas, procesos, procedimientos, recursos, mecanismos de control y documentación, de carácter técnico y/o administrativo, que aseguren el cumplimiento del objeto de la actividad o el proceso respectivo. Las Buenas Prácticas del Servicio Farmacéutico están consagradas en la presente resolución, el manual que adopta y en las disposiciones que los modifiquen, adicionen o sustituyan.*

*Artículo 22.- Inspección, vigilancia y control. Sin perjuicio de la competencia atribuida a otras autoridades, ejercerán la inspección, vigilancia y control respecto a la aplicación de los Decretos 2200 de 2005 y 2330 de 2006, la presente resolución y el manual que adopte:*

*[...]*

*3) Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA. El INVIMA ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios farmacéuticos de las instituciones prestadoras de servicios de salud y establecimientos farmacéuticos, en los aspectos que se señalan a continuación:*

*a. Servicios farmacéuticos. El INVIMA certificará el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Elaboración por parte de los servicios farmacéuticos de las instituciones prestadoras de servicios de salud, verificando el cumplimiento de las condiciones esenciales, requisitos y procedimientos establecidos, cuando en estos se realicen preparaciones magistrales y/o adecuación y ajuste de concentraciones de dosis de medicamentos oncológicos y demás medicamentos para cumplir con las dosis prescritas.*

*b. Establecimientos farmacéuticos. El INVIMA certificará el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Elaboración por parte de los establecimientos farmacéuticos de que trata el inciso segundo del párrafo quinto del artículo 11 del Decreto 2200 de 2005, verificando para ello el cumplimiento de las condiciones esenciales, requisitos y procedimientos establecidos para la actividad y/o proceso que se realice.*

*PARÁGRAFO: Los sujetos que ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control adoptarán las acciones de prevención y seguimiento para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución y el manual que adopta. Adelantarán las investigaciones y aplicarán las medidas correctivas o sanciones a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en la Ley 09 de 1979 y el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las disposiciones que los adicionen, modifiquen o sustituyan*

*Artículo 23.- Alcance de las autorizaciones. Las autorizaciones concedidas a las personas a quienes se les aplican las disposiciones de la presente resolución y el manual que adopta, tendrán los siguientes efectos:*

*[...]*

*3. Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración. La expedición del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración expedido por el INVIMA produce los efectos siguientes:*

*a) Servicios farmacéuticos. La faculta para realizar la actividad y/o proceso especialmente autorizado. Las preparaciones magistrales y/o adecuación y ajuste de concentración de medicamentos oncológicos y demás medicamentos para cumplir con las dosis prescritas y para el proceso de reempaque y reenvase de medicamentos dentro del Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria, para pacientes hospitalizados y/o ambulatorios en casos especiales, requieren de Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración otorgado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA y el producto final no requiere de registro sanitario.*

Por otro lado, la Resolución 444 de 2008, proferida también por el Ministerio de la Protección Social, por la cual se adoptó el instrumento de verificación de cumplimiento de buenas prácticas de elaboración de preparaciones magistrales y se dictaron otras disposiciones, determinó lo siguiente:

*Artículo 1o. Adopción. Adoptar, para ser aplicado en todo el territorio nacional y con carácter obligatorio, el Instrumento de Verificación de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración para los Establecimientos Farmacéuticos señalados en el párrafo 5o del artículo 11 del Decreto 2200 de 2005 y Servicios Farmacéuticos de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que elaboren preparaciones magistrales y realicen las operaciones de elaboración, transformación, preparaciones, mezclas,*

*adecuación y ajuste de concentraciones de dosis, y reenvase y reempaque de medicamentos dentro del Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria para pacientes hospitalizados y/o ambulatorios en casos especiales.*

*Artículo 2o. Procedimiento para la obtención del certificado de cumplimiento de las buenas prácticas de elaboración. El procedimiento para la obtención del Certificado de Cumplimiento de las Buenas Prácticas de Elaboración, se adelantará conforme a lo señalado en el Decreto 549 de 2001, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya. Igualmente, el interesado en la solicitud de la visita, previa a la obtención del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, deberá allegar debidamente diligenciado el Instrumento de Verificación que se adopta con la presente resolución.*

*Artículo 5o. Sanciones. Si en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima o la autoridad competente comprueba que el Establecimiento Farmacéutico o el Servicio Farmacéutico de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que realicen las operaciones de elaboración, transformación, preparaciones, mezclas, adecuación y ajuste de concentraciones de dosis, y reenvase y reempaque de medicamentos dentro del Sistema de Distribución de Medicamentos en Dosis Unitaria para pacientes hospitalizados y/o ambulatorios en casos especiales, y/o que elaboren preparaciones magistrales de que trata la presente resolución, no cumple con las condiciones que sustentaron la expedición del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, procederá a aplicar las medidas de seguridad o sanciones, de conformidad con lo establecido en la Ley 09 de 1979, sin perjuicio de las otras sanciones a que haya lugar, y a la cancelación de la certificación respectiva mediante acto administrativo debidamente motivado.*

Es necesario señalar, que esta resolución no establece una competencia nueva al INVIMA, pues ya se le había reconocido en la Ley 9 de 1979, únicamente hace una reproducción de la misma.

Finalmente, el Decreto 2200 de 2005, por el cual se reglamentó el servicio farmacéutico y se dictaron otras disposiciones dispuso:

*Artículo 1. Objeto. El presente decreto tiene por objeto regular las actividades y/o procesos propios del servicio farmacéutico.*

*Artículo 2. campo de aplicación. Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los prestadores de servicios de salud, incluyendo a los que operen en cualquiera de los regímenes de excepción contemplados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a todo establecimiento farmacéutico donde se almacenen, comercialicen, distribuyan o dispensen medicamentos o*

*dispositivos médicos, en relación con el o los procesos para los que esté autorizado y a toda entidad o persona que realice una o más actividades y/o procesos propios del servicio farmacéutico.*

*Parágrafo. Se exceptúan de la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente decreto a los laboratorios farmacéuticos cuyo funcionamiento continuará regido por las normas vigentes sobre la materia.*

*Artículo 3. Definiciones. - Para efectos del presente decreto adóptense las siguientes definiciones:*

*[...]*

*Establecimiento farmacéutico. Es el establecimiento dedicado a la producción, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación, control o aseguramiento de la calidad de los medicamentos, dispositivos médicos o de las materias primas necesarias para su elaboración y demás productos autorizados por Ley para su comercialización en dicho establecimiento.*

*[...]*

*Artículo 4. servicio farmacéutico. Es el servicio de atención en salud responsable de las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter técnico, científico y administrativo, relacionados con los medicamentos y los dispositivos médicos utilizados en la promoción de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con el fin de contribuir en forma armónica e integral al mejoramiento de la calidad de vida individual y colectiva.*

Este largo recuento normativo permite inferir de manera diáfana, que efectivamente el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos no solo es la autoridad competente para expedir el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración, sino para controlar y verificar que los establecimientos farmacéuticos o las que presten el servicio farmacéutico cuenten con él cuando sea del caso.

Pero aún más importante para este proceso, es advertir que se evidencia que tiene la competencia de adelantar los procesos administrativos sancionatorios por no contar con ese Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración y aplicar las medidas o sanciones a que haya lugar de conformidad con la Ley 9 de 1979, lo cual, para esta Sala tiene sentido, ya que el tema de medicamentos está incluido en las normas que regulan temas sanitarios, las cuales también por disposición legal, el INVIMA tiene la función de hacerlas cumplir.

En tal sentido, para esta corporación, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que el INVIMA carecía de competencia para adelantar el proceso

administrativo sancionatorio contra la Liga Contra el Cáncer por no contar con el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración, ya que las normas que regulan el funcionamiento de esta entidad son claras en señalar que esta debe proceder a identificar y evaluar las infracciones de las normas sanitarias, entre las que se encuentran las relacionadas con los medicamentos y servicios farmacéuticos; así como aplicar los correctivos a que haya lugar, de conformidad con las medidas correctivas y sanciones que dispuso la Ley 9 de 1979 y demás normas reglamentarias.

Ahora, la parte demandante hace alusión a la sentencia C-116 de 1996 que declaró inexecutable el numeral 22 del artículo 4 del Decreto 1290 de 1994, como fundamento para soportar su argumento de falta de competencia, al afirmar que esta norma era la que determinaba la facultad del INVIMA para imponer multas.

Sin embargo, al revisar esta providencia se evidencia que, aunque es cierto que la misma declaró inexecutable el numeral 22 del artículo 4 del Decreto-ley 1290 de 1994, este hacía relación a la función de *“fijar y cobrar las tarifas para la expedición de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los productos de su competencia”*, atribución que claramente es diferente a la de *“adelantar las investigaciones a que haya lugar y aplicar las medidas sanitarias y las sanciones que sean de su competencia, de conformidad con la Ley 9ª de 1979 y demás normas reglamentarias”*, por lo que este argumento no tiene asidero.

### **Segundo problema jurídico**

¿La sanción impuesta por el INVIMA violó el principio de legalidad, y, de paso, el derecho al debido proceso de la Liga Contra el Cáncer?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis de que la sanción impuesta por el INVIMA a la Liga Contra el Cáncer no vulneró el principio de legalidad ni el derecho al debido proceso, pues el Ministerio de la Protección Social tenía competencia para expedir la Resolución 444 de 2008 que en su artículo 5 determinó como conducta sancionable el no contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración.**

En relación con este tema, concluyó el *a quo* que si bien el poder ejecutivo se encarga de la regulación específica de normas de carácter sanitario, ese cometido no se hacía extensivo a la definición de la estructura de tipo sancionatorio, ya que este asunto era

materia reservada a la ley, siendo entonces el legislador el único investido para marcar con claridad la conducta típica objeto de sanción y la cuantía de la misma; y en tal sentido, la conducta relativa a la falta de Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas no tenía una adecuación precisa a las conductas reguladas en el marco legal, lo que a su juicio vulneraba el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

El INVIMA, por su parte, indicó que las normas son claras no solo en establecer la obligación de contar con el certificado mencionado, sino que además determinan la facultad que tiene la entidad de imponer multas a quienes no cumplan con la normatividad sanitaria, la cual exige el obtener y contar con este documento.

En relación con el principio de legalidad, el artículo 29 de la Constitución Política determina que *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)"*.

Y aunque sobre este principio de legalidad existe extensa jurisprudencia, a modo de ilustración se referencia este extracto de sentencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> en la cual se explicó:

*El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa.<sup>[22]</sup> En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica.*

[...]

*Sobre esta específica materia, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la potestad sancionatoria se estructura a partir del principio de legalidad, en tanto sin una atribución de legalidad previa, la administración carecería de sustento jurídico para actuar y, por tanto, esta disciplina en aplicación de este principio está supeditada a:*

*"(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que éste señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-412 de 2015



*de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable.*<sup>[28]</sup>

Es cierto entonces que, en materia sancionatoria, el principio de legalidad se convierte en un pilar fundamental para garantizar el derecho al debido proceso, ya que para que una conducta sea tipificada como sancionable debe existir norma expresa, expedida por el legislador, que no solo la determine, sino que además establezca de manera clara los correctivos o sanciones que se deben aplicar frente a la misma.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-564 de 2000 frente al tema de sanciones administrativas determinó:

*La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser **razonable y proporcional**, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición.*

*En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable como garantía del principio de legalidad.*

*Sin embargo, el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente(N), sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto.*

Para dilucidar el asunto, y por tocar precisamente el tema del principio de legalidad y la sanción que determina la Resolución nro. 0444 de 2008 relacionada con no contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, se referenciará la sentencia del 28 de julio de 2016 proferida dentro del proceso con radicado 11001-032-4000-2014-00031 por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la cual se analizó la legalidad de este acto administrativo, y particularmente del artículo 5, al esbozarse, entre otros argumentos, uno relativo a que el Ministerio de Salud y de la Protección Social había desbordado el ejercicio de la potestad reglamentaria y desconocido el principio de legalidad que rige en materia administrativa sancionatoria, al consagrar una conducta no prevista por el legislador como sancionable.

Al respecto se indicó en la providencia por parte del Máximo Tribunal Administrativo:

*De acuerdo con el encabezado de la Resolución acusada antes transcrita, su expedición se efectuó con base en las facultades conferidas al Ministro de la Protección Social, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por los artículos 2º del Decreto 205 de 2003<sup>2</sup> y 14 del Decreto 2200 de 2005, modificado por el artículo 4º del Decreto 2330 de 2006.*

*El Decreto 205 de 2003 en su artículo 2º, en lo pertinente reza:*

***“ARTÍCULO 2o. FUNCIONES.*** *El Ministerio de la Protección Social tendrá, además de las funciones que las disposiciones legales vigentes hayan asignado a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, las siguientes:*

*1. Formular, dirigir y coordinar la política social del Gobierno Nacional en las áreas de empleo, trabajo, nutrición, protección y desarrollo de la familia, previsión y Seguridad Social Integral.*

*2. Definir las políticas que permitan aplicar los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia, unidad e integralidad de los Sistemas de Seguridad Social Integral y Protección Social.*

*3. Definir las políticas y estrategias para enfrentar los riesgos promoviendo la articulación de las acciones del Estado, la sociedad, la familia, el individuo y los demás responsables de la ejecución y resultados del Sistema de Protección Social.*

*4. Definir políticas para coordinar a los organismos del Estado a quienes se les asignen funciones de protección social con las*

---

<sup>2</sup> El Decreto 205 de 3 de febrero de 2003 que fundamenta el acto acusado, “Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social y se dictan otras disposiciones”, se expidió cuando los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud estaban fusionados por disposición de la Ley 790 de 2002, artículo 5º, conformando el Ministerio de la Protección Social.

*entidades privadas o entes especializados, para evitar duplicidades y optimizar la oferta y demanda de servicios. ... .”*

*Conforme a las consideraciones del acto acusado, la “**Certificación de Buenas Prácticas de Elaboración**” creada por el artículo 11, párrafo 5°, inciso 2 del Decreto 2200 de 2006, constituye su objeto, en tanto pretende adoptar el **Instrumento de Verificación de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración para los Establecimientos Farmacéuticos señalados en esta disposición.***

*Por lo anterior, la Sala se referirá a los artículos 11 y 14 del Decreto 2200 de 2005, este último modificado por el artículo 4° del Decreto 2330 de 2006, mencionados en la Resolución demandada a efectos de hacer algunas precisiones:*

*El artículo 11 del Decreto 2200 de 2005, dispone:*

*[...]*

*Dado que la parte actora en su demanda hace constante referencia al inciso 2, del párrafo 5°, del artículo 11 transcrito del Decreto 2200 de 28 de junio de 2005<sup>3</sup> que creó el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Manufactura que el Ministerio de la Protección Social técnicamente lo denomina “**Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración**” por referirse genéricamente a Preparaciones Magistrales, es de tener en cuenta que la misma actora demandó con anterioridad esta disposición, en ejercicio del medio de control de nulidad, al considerar que esta exigencia es ilegal porque, en su criterio, el Gobierno Nacional no tenía competencia para exigir dicho documento y que, por tanto, extralimitó sus funciones, al requerirlo a los Establecimientos Farmacéuticos y de Servicios Farmacéuticos, que realizaran las operaciones de elaboración, transformación, preparaciones, mezclas, adecuación y ajuste de concentraciones de dosis, reenvase o reempaque de medicamentos.*

*Mediante sentencia de esta misma fecha (Expediente núm. 2013-00680-00), esta Sección denegó las pretensiones de la demanda, relativas a declarar la nulidad de dicha disposición, por lo tanto, la obtención de dicho **Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración** es obligatoria para dichos Establecimientos Farmacéuticos y para quienes elaboren Preparaciones Magistrales.*

*Para mayor claridad, dentro del proceso que culminó con la mencionada sentencia, el Ministerio de la Protección Social explicó que se debe hacer una diferencia entre medicamentos producidos en lotes por los laboratorios farmacéuticos sobre los cuales se aplica el Decreto 549 de 29 de marzo de 2001 “Por el cual se establece el procedimiento para la obtención del **Certificado de Cumplimiento de las Buenas Prácticas de***

---

<sup>3</sup> “Por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras”, expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de la Protección Social.

***Manufactura por parte de los laboratorios fabricantes de medicamentos que se importen o produzcan en el país*** de aquellos específicos producidos para un paciente particular, conocidos como Preparaciones Magistrales, que consisten en el preparado o producto farmacéutico elaborado por un químico farmacéutico para atender una prescripción médica de un paciente individual que requiere de algún tipo de intervención técnica de variada complejidad, cuya preparación no requiere registro sanitario y no cuenta con estudios clínicos previos y van directamente del sitio de elaboración (generalmente una IPS) al paciente al que se le administrará hospitalariamente o se auto-administrará ambulatoriamente y por ello los controles en su elaboración deben ser rigurosos; para estos últimos medicamentos se creó el ***“Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración”***.

*El acto acusado se refiere a dicho Certificado, para señalar que el procedimiento para su obtención se adelantará de conformidad con lo indicado para los medicamentos producidos en lotes por los laboratorios farmacéuticos sobre los cuales se aplica el Decreto 549 de 29 de marzo de 2001, como ya se observó.*

*Por su parte, el artículo 14 del Decreto 2200 de 28 de junio de 2005, modificado por el artículo 4° del Decreto 2330 de 2006, al que se refiere el acto acusado, dispone:*

***“Artículo 14. Modelo de gestión. Créase el Modelo de Gestión del servicio farmacéutico, como el conjunto de condiciones esenciales, técnicas de planeación y gestión del servicio, procedimientos para cada uno de los procesos del servicio farmacéutico y la elaboración de guías para actividades críticas. El Modelo de Gestión será determinado por el Ministerio de la Protección Social a más tardar el 31 de diciembre de 2006”***.  
(Negrilla y subraya fuera de texto)

*Ahora bien, el Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico de que trata el artículo 14 del Decreto 2200 de 2005, se expidió mediante la Resolución núm. 1403 de 2007, es decir extemporáneamente, pero dentro de las atribuciones generales del Ministerio de la Protección Social dadas por el artículo 2° del Decreto 205 de 2003 antes transcrito y, especialmente, las otorgadas por la Ley 100 de 1993, la entidad tenía competencia para expedir el acto acusado.*

*En efecto, la Ley 100 de 1993 dispone:*

***ARTÍCULO 173. DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD.*** Son funciones del Ministerio de Salud además de las consagradas en las disposiciones legales vigentes, especialmente

---

<sup>4</sup> En el marco de esta disposición, mediante la Resolución núm. 1403 de 14 de mayo de 2007 el Ministerio de la Protección Social determinó el Modelo de Gestión del Servicio Farmacéutico y se adoptó el Manual de condiciones Esenciales y Procedimientos, pero resultó ser un acto extemporáneo. En su artículo 8, párrafo, señala que la mención que se hace en distintas normas nacionales sobre Buenas Prácticas de Manufactura, se extenderá referida a las Buenas Prácticas de Elaboración.

*en la Ley 10 de 1990, el Decreto ley 2164 de 1992 y la Ley 60 de 1993, las siguientes:*

... .

**2. Dictar las normas científicas que regulan la calidad de los servicios y el control de los factores de riesgo, que son de obligatorio cumplimiento por todas las Entidades Promotoras de Salud y por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por las direcciones seccionales, distritales y locales de salud". (Resaltado fuera de texto)**

*El acto administrativo acusado es el resultado de la necesidad de contextualizar los parámetros contenidos en el Decreto 2200 de 2005 e implementar un procedimiento de inspección para verificar el Cumplimiento de las Buenas Prácticas de Elaboración de Preparaciones Magistrales<sup>5</sup> señaladas en el artículo 11, párrafo 5º, inciso 2, del Decreto 2200 de 2005, para garantizar la calidad de estos medicamentos, señalando el procedimiento para la obtención del Certificado de Cumplimiento de las Buenas Prácticas de Elaboración, la vigencia del certificado, y las visitas de inspección por parte del INVIMA.*

*De otro lado, el título VI de la Ley 9ª de 1979, artículos 428 a 477 se relaciona, entre otras, con drogas y medicamentos, de los cuales la Sala resalta las siguientes disposiciones:*

**Artículo 428º.- En este título la Ley establece las disposiciones sanitarias sobre:**

**a. Elaboración, envase o empaque, almacenamiento, transporte y expendio de drogas y medicamentos, estupefacientes, sicofármacos sujetos a restricción y otros productos que puedan producir farmacodependencia o que por sus efectos requieran restricciones especiales;**

**Artículo 429º.- El Ministerio de Salud reglamentará las normas sobre drogas, medicamentos, cosméticos y similares.**

**Artículo 434º.- Los laboratorios farmacéuticos deberán tener equipos y elementos necesarios para la elaboración de sus productos, de acuerdo a la reglamentación que establezca el Ministerio de Salud.**

**Artículo 435º.- Las normas establecidas para los laboratorios farmacéuticos se aplicarán a todos los establecimientos que utilicen medicamentos, drogas y materias primas necesarias para la fabricación de productos farmacéuticos.**

---

<sup>5</sup> Según el Decreto 2330 de 12 de julio de 2006, Artículo 1º. Modifícase el artículo 3º del Decreto 2200 de 2005; en el siguiente aspecto: La definición de "Preparación Magistral", quedará así: "Es el preparado o producto farmacéutico para atender una prescripción médica, de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención técnica de variada complejidad. La preparación magistral debe ser de dispensación inmediata".

**Artículo 460°.-** Los estupefacientes, sicofármacos sujetos a restricción, otras drogas o medicamentos que puedan producir dependencias o acostumbramiento, y aquellas drogas o medicamentos que por sus efectos requieran condiciones especiales para su elaboración, manejo, venta y empleo, se sujetarán a las disposiciones del presente título y sus reglamentaciones.

**Parágrafo.-** Las drogas y medicamentos de control especial de que trata este artículo, quedan bajo el control y vigilancia del Gobierno y estarán sujetas a las reglamentaciones establecidas en las convenciones internacionales que celebre el Gobierno.

**Artículo 462°.-** El Ministerio de Salud elaborará, revisará y actualizará la lista de drogas y medicamentos de control especial.

Para la elaboración de la lista de drogas de control especial, el Ministerio de Salud tendrá en cuenta los riesgos que estas sustancias presenten para la salud.

**Artículo 564°.-** Corresponde al Estado como regulador de la vida económica y como orientador de las condiciones de salud, dictar las disposiciones necesarias para asegurar una adecuada situación de higiene y seguridad en todas las actividades, así como vigilar su cumplimiento a través de las autoridades de salud.

**Artículo 565°.-** Corresponde al Ministerio de Salud la oficialización de normas técnicas colombianas para todos los productos que cubre esta Ley. Para este efecto, podrá solicitar concepto del Consejo Nacional de Normas y Calidades o de personas jurídicas o naturales versadas en la materia de que se trata.

**Artículo 566°.-** Se prohíbe el establecimiento de industrias que incumplan las disposiciones de la presente Ley. Para las industrias en funcionamiento, al entrar en vigencia esta Ley, se concederán los plazos necesarios para ajustarse a las disposiciones de ésta. (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con las normas transcritas, la Ley 9ª de 1979, consagra de manera general la facultad de reglamentación que compete al Ministerio, hoy de Salud y Protección Social, en materia de medicamentos, especialmente para garantizar su calidad; el acto acusado fue expedido con la clara finalidad de dar cumplimiento a los parámetros generales consagrados en la Constitución y la Ley.

En este orden de ideas, ninguno de los cargos planteados por la parte demandante tiene la entidad necesaria para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la Resolución acusada, en cuanto adopta un instrumento de verificación del cumplimiento de buenas prácticas para la obtención del Certificado remitiendo al Certificado de Manufactura y en cuanto se refiere a las visitas de inspección que debe realizar el INVIMA, pues esta es una de sus funciones más relevantes.

*Ahora bien, la parte actora de manera específica solicita la nulidad del artículo 5° de la Resolución acusada, que se refiere a las medidas de seguridad y sanciones que el INVIMA puede imponer a los Establecimientos Farmacéuticos que elaboran Preparaciones Magistrales o a quienes presten este servicio farmacéutico por dejar de cumplir con las condiciones que sustentaron la expedición del Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, pues considera que el Ministerio no tenía competencia para establecer sanciones, ya que éstas solo se pueden imponer por el Legislador.*

*Como se puede observar del texto del artículo 5° del acto acusado, éste remite a las medidas de seguridad y las sanciones de que trata la Ley 9ª de 1979.*

*Dicha Ley prevé:*

***“Artículo 576°.- Podrán aplicarse como medidas de seguridad encaminadas a proteger la salud pública, las siguientes:***

*a. Clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial;*

*b. La suspensión parcial o total de trabajos o de servicios;*

*c. El decomiso de objetos y productos;*

*d. La destrucción o desnaturalización de artículos o productos, si es el caso, y*

*e. La congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos, mientras se toma una decisión definitiva al respecto.*

***Parágrafo.- Las medidas a que se refiere este artículo serán de inmediata ejecución, tendrán carácter preventivo y transitorio y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar”.***

***“Artículo 577°.- Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y mediante resolución motivada, la violación de las disposiciones de esta Ley, será sancionada por la entidad encargada de hacerlas cumplir con alguna o algunas de las siguientes sanciones:***

*a. Amonestación;*

*b. Multas sucesivas hasta por una suma equivalente a 10.000 salarios diarios mínimos legales al máximo valor vigente en el momento de dictarse la respectiva resolución;*

*c. Decomiso de productos;*

*d. Suspensión o cancelación del registro o de la licencia, y*

*e. Cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo.*

*Para la Sala el artículo 5° de la Resolución acusada núm. 0444 de 2008, que remite a las medidas de seguridad y sanciones que contempla la Ley 9ª de 1979, obedeció también al campo de acción determinado por el Congreso de la República y al cumplimiento de la función que atañe a la Administración frente a la efectiva aplicación de la Ley, entendiéndose que se trata de una actividad que por su naturaleza requiere de atención especial, segura y constantemente actualizada, por lo cual la remisión que el acto acusado hace, no es ilegal, en tanto se refiere a las consecuencias legales por el incumplimiento de las disposiciones o normas para las cuales el Ministerio de Salud y de la Protección Social tiene facultad legal expresa de expedir.*

*Por lo anterior, la Sala denegará las pretensiones de la demanda de declarar la nulidad de la Resolución núm. 0444 de 12 de febrero de 2008, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.*

En la anterior sentencia, advierte la Sala, el Consejo de Estado analizó la competencia del entonces Ministerio de la Protección Social para expedir la Resolución 444 de 2008 y no solo regular el tema atinente a medicamentos y servicios farmacéuticos sino también para determinar las sanciones por el incumplimiento de estas disposiciones, especialmente, en relación con el Certificado de Buenas Prácticas de Elaboración, y concluyó que esa cartera no había desbordado sus atribuciones legales, en tanto estaba facultada por el ordenamiento jurídico para determinar las consecuencias del incumplimiento de las normas que tenía la facultad legal expresa de expedir.

Con base en este pronunciamiento, y en atención a la finalidad del principio de legalidad, no se comparte el análisis que la parte demandante y el *a quo* efectuaron en torno a este tema, pues de conformidad con el estudio legal y jurisprudencial llevado a cabo, es claro que existe norma expresa y expedida por la autoridad competente (Ministerio de la Protección Social), que determina como infracción sanitaria el llevar a cabo actividades de distribución, ajuste y adecuación de dosis de medicamentos sin contar con el Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Elaboración, tal como quedó establecido en el artículo 5 de la Resolución 0444 de 2008, en concordancia con el artículo 27 de la Resolución 1403 de 2007 y el artículo 18 del Decreto 2200 de 2005, que fueron las normas que se identificaron como incumplidas; por lo que es procedente imponer las sanciones que determina la Ley 9 de 1979, entre la que se encuentra la de multa.



Así las cosas, no evidencia esta corporación una vulneración al principio de legalidad y mucho menos al derecho al debido proceso, ya que la conducta cometida por la entidad demandada estaba tipificada en una resolución, expedida por la autoridad competente, como sancionable.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia; y en su lugar, se declarará probada la excepción denominada por la parte demandada “legalidad de los actos administrativos censurados, no se violó derecho de la demandante que deba ser restablecido”, y se negarán las pretensiones planteadas en este medio de control.

### **Conclusiones**

Se concluye que en este caso no se evidencia una falta de competencia del INVIMA para adelantar la actuación administrativa sancionatoria en contra de la Liga Contra el Cáncer, la cual terminó con la imposición de una multa, ya que las normas claramente determinan la facultad de este instituto para hacerlo. Y tampoco se observa una vulneración al principio de legalidad en materia sancionatoria, ya que la conducta endilgada estaba tipificada como sancionable en normas que el Ministerio de la Protección Social, por ley, tenía competencia para expedir.

### **Costas**

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, aunque la sentencia de primera instancia será revocada no se condenará en costas en este proceso a la parte demandante, ya que la Sala no evidencia en el presente caso una falta absoluta de fundamento jurídico para presentar la demanda.

Por lo discurrecido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 7 de noviembre de 2019 en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró **LA LIGA LA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL CALDAS** contra **EL INSTITUTO NACIONAL DE**

**VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS – INVIMA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia:

**DECLARAR PROBADA** la excepción denominada “legalidad de los actos administrativos censurados, no se violó derecho de la demandante que deba ser restablecido” planteada por el INVIMA.

**NEGAR LAS PRETENSIONES** de la demanda, según las consideraciones expuestas en este fallo.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS**, conforme a los argumentos brevemente expuestos.


**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 30 de abril de 2021 conforme Acta n° 021 de la misma fecha.

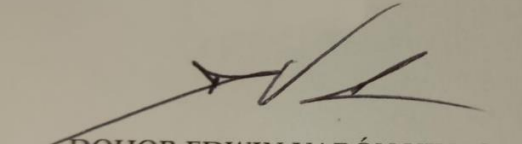


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes followed by a horizontal line and a long vertical stroke extending downwards.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

**A.S. 065**

**RADICADO:** 17-001-23-33-000-2017-00083-00  
**NATURALEZA:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** Adriana Patricia Arango González  
**DEMANDADO:** Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

**FÍJASE** como fecha para la reanudación de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el día DIECIOCHO (18) DE MAYO DE 2021 a partir de las NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 A.M).

**REQUIÉRASE** a las partes para que realicen las gestiones pertinentes con el fin de contar con la presencia de los declarantes cuyos respectivos testimonios fueron solicitados como pruebas en la demanda y su contestación. Lo anterior, teniendo en cuenta que de estimarse pertinente el Despacho fijará hora para la realización de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA en la misma fecha.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written over a horizontal line.

**Dohor Edwin Varón Vivas**  
**Magistrado**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2017-00884-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	BERTHA LUCIA GUZMAN DÍAZ
ACCIONADO	MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETRÍA DE VIVIENDA, NACIÓN – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y DESARROLLO.
VINCULADOS	FUNDACIÓN ECOLÓGICA CAFETERA, ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS DE NARANJAL, LA QUIEBRA Y LA FLORESTA. CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS

Estando el proceso a Despacho para fijar fecha para audiencia de pacto de cumplimiento, se encuentra que en virtud del Decreto 806 de 2020 antes de fijar fecha y hora para la realización de la audiencia se hace necesario que las partes informen a este Despacho si cuentan con computador con cámara y micrófono, si tienen acceso a internet y cuenta con un correo en donde pueda ser enviado el link mediante el cual deben conectarse a la diligencia que se llevara a cabo de manera virtual.

Por lo anterior en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente de la notificación del presente auto mediante estado electrónico deberá la parte actora **BERTHA LUCIA GUZMAN DÍAZ** y las entidades accionadas **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ, DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETRÍA DE VIVIENDA, NACIÓN – MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y DESARROLLO.** Y las vinculadas **FUNDACIÓN ECOLÓGICA CAFETERA, ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS DE NARANJAL, LA QUIEBRA Y LA FLORESTA. CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS, FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, Y LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS** allegar la información requerida.

Finalmente las partes deberán informar si cuentan con los medios audiovisuales necesarios para llevar a cabo la audiencia de pacto de manera virtual. En caso de que no cuenten con los medios tecnológicos se les solicita se informe de manera clara esta situación y

presenten propuestas de cómo llevar a cabo la audiencia virtual, ello en aras de garantizar la continuidad del proceso.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que la información requerida deberá ser allegada **únicamente al correo [sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co). Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

<p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b></p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p> 
<p><b>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA</b> Secretario</p>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

<b>PROCESO NO.</b>	<b>17-001-23-33-000-2018-00270</b>
<b>CLASE</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>MARÍA BERNARDA QUINTERO LÓPEZ</b>
<b>ACCIONADO</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>VINCULADO</b>	<b>DEPARTAMENTO DE CALDAS</b>

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, con fundamento en el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

Se suplica por la parte demandante que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 2212-6 del 2 de marzo de 2018, mediante el cual la secretaría de Educación del departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación bajo el marco de la Ley 33 de 1985 a la demandante.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que a partir del 13 de abril de 2015, fecha de constitución del derecho, reconozca y pague a la actora en su condición de docente oficial la pensión de jubilación bajo el marco de la Ley 33 de 1985, en cuantía equivalente al 75% del salario básico y demás factores salariales devengados

---

<sup>1</sup> También CPACA

durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus, esto es, asignación básica, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

3. Que se condene a la parte demandada a pagar todas las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la fecha de constitución del derecho hasta el día que se haga efectivo el pago, incluidas las primas consagradas en la ley y los aumentos anuales automáticos que ordena la Ley 71 de 1988, incluyendo la actualización de los valores objeto de la condena de acuerdo al IPC, y tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

4. Condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios que se devengarán a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme al artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 del CPACA.

5. Condenar a que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.

6. Condenar a la entidad al pago de costas, según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con lo establecido en el Código General del Proceso.

### **HECHOS**

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

✓ La señora María Bernarda Quintero López nació el 13 de abril de 1960, y se ha desempeñado como empleada pública durante más de 20 años, por lo que con fundamento en la Ley 33 de 1985 adquirió el estatus de pensionada el 13 de abril de 2015, fecha en la cual cumplió el requisito de edad.

✓ El 30 de enero de 2018 radicó petición ante la secretaría de Educación del departamento de Caldas con la finalidad de que le fuera reconocida la pensión de jubilación con fundamento en todos los tiempos de servicios laborados en diferentes modalidades.

✓ Mediante Resolución No. 2212-6 del 2 de marzo de 2018 se resolvió de manera negativa la petición.



### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

- Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 243; artículo 81 de Ley 812 de 2003; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 100 de 1993: artículo 279; Ley 91 de 1989: artículo 15; Ley 33 de 1985: artículo 1º; Decreto 2277 de 1979: artículos 1, 2, literal f del artículo 36; Ley 43 de 1945; y Decreto 196 de 1995.

Adujo que la entidad concluyó que no procedía el reconocimiento de la prestación, debido a que la señora María Bernarda Quintero López se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 3 de marzo de 2004, y, por ende, los docentes vinculados a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se regían por el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 797 de 2003.

Sin embargo, destacó que la demandante inició labores como educadora el 1º de marzo de 2000, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que deben ser aplicadas la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989 en materia pensional, lo que significa que la docente queda excluida de la Ley 100 de 1993.

Resaltó, que el tiempo de servicios prestado bajo la modalidad de prestación de servicios, según sentencia de unificación del 22 de enero de 2015 del Consejo de Estado, tiene efectos pensionales, y por ello debe tenerse en cuenta en el cálculo de los 20 años de servicios.

Finalmente, hizo alusión a la procedencia de incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios anterior a la adquisición del estatus, en atención a lo establecido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, así como la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** no contestó la demanda.

**Departamento de Caldas:** se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que no le asiste razón a la accionante en sus reclamaciones.

En relación con los hechos adujo de unos que no son ciertos, de otros que sí lo son y de otros que no le constan.

Como razones de defensa, expuso que en este caso no se configura el elemento subordinación propio de las relaciones laborales, dejando claro que el ente territorial estaba facultado por la ley para contratar docentes mediante órdenes de prestación de servicios; e hizo énfasis, además, en que transcurrieron más de 3 años entre la fecha de terminación del último contrato y la reclamación administrativa.

Resaltó también que la vinculación de la actora se dio en vigencia de la Ley 812 de 2003, motivo por el cual claramente le es aplicable el régimen general de pensiones, siendo claro que no está cubierta por el régimen de transición en atención a su edad.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** el departamento de Caldas no tiene facultad para nombrar personal docente por fuera de la planta autorizada por el Ministerio de Educación, pero sí gozaba de la facultad otorgada por las Leyes 80 de 1993 y 115 de 1994 para contratar servicios profesionales para cubrir las diferentes plazas que se encontraban vacantes.

Agregó que la demandante pretende, por haber laborado por órdenes de prestación de servicios, que el departamento de Caldas haga los aportes a seguridad social aun sabiendo que la obligación era suya, no siendo factible además que se solicite pensión de jubilación cuando el ente territorial no es caja o fondo pensional.

Adicional a ello, señaló que si posteriormente fue afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio debe ser este quien entre a responder por las pretensiones planteadas en este proceso.

- **Buena fe:** en caso de declararse alguna obligación en cabeza del ente territorial existen circunstancias eximentes de responsabilidad, ya que, de acuerdo al trámite establecido en la ley, el departamento siempre ha obrado con correcto diligenciamiento de los actos administrativos, pero la cancelación de los dineros es competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** aseguró que de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2831 de 2005 no existe obligación alguna que desprenda que la secretaría de Educación debe intervenir en el presente litigio, cuando el actuar del ente

territorial finiquitó al momento de quedar en firme la Resolución nro. 3757 del 16 de junio de 2010.

- **Prescripción:** con apoyo en el Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968 indicó que en este caso el pago se realizó el 22 de diciembre de 2010, pero la reclamación ante la entidad se realizó el 22 de marzo de 2014, es decir, cuando ya habían transcurrido más de 3 años.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante:** se ratifica en todos los hechos y pretensiones planteados en la demanda, especialmente en el argumento que, para el cómputo del tiempo de servicios requerido para el reconocimiento de la pensión se incluyan los tiempos que laboró la actora por órdenes de prestación de servicios entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003.

Pidió se tenga en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado emitida el 22 de enero de 2015, en la cual se ordenó incluir un tiempo de servicios laborado por una docente bajo la modalidad de horas cátedra.

Insistió en que el régimen aplicable a la demandante, en atención a su fecha de vinculación, es la Ley 33 de 1985, la cual contempla una pensión equivalente al 75% de un IBL conformado por todos los factores salariales percibidos en el año anterior a la adquisición del estatus, esto es, el 13 de abril de 2015, fecha en la cual cumplió los 55 años de edad, y por ello deben incluirse todos los salarios devengados entre el 13 de abril de 2014 y el 12 de abril de 2015.

**Departamento de Caldas:** resaltó que el departamento de Caldas se encontraba facultado por la ley para contratar docentes mediante contrato de prestación de servicios, en aras de garantizar el servicio público educativo por no existir personal de planta para ejercer esa labor, sin que esto se traduzca en una relación laboral.

Añadió que, bajo este panorama, la demandante era quien debía cumplir con la obligación de aportar al sistema pensional, deber que no cumplió, y ahora pretende mediante este proceso sanear su descuido o negligencia. Además, insistió, en que el ente territorial no es caja o fondo pensional.

Precisó que los contratos que suscribe la entidad se financian con recursos de la Nación, y para el tiempo que laboró la actora por órdenes de prestación de servicios se hacía a través del situado fiscal, motivo por el cual no se deben endilgar ninguna responsabilidad al ente territorial.

Solicitó, entonces, se nieguen pretensiones.

**Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** no presentó alegatos de conclusión.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No presentó concepto de fondo en el presente asunto.

### **CONSIDERACIONES**

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

El departamento de Caldas planteó las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación” y “prescripción”, las cuales, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

#### **Problemas jurídicos**

Aunque en la audiencia inicial solo se plantearon problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de la pensión, se considera necesario establecer un primer interrogante relacionado con la posibilidad de computar el tiempo laborado por autorizaciones de servicios para efectos pensionales.

1. ¿El período en el cual la demandante se desempeñó como docente a través de reconocimiento de servicios con el departamento de Caldas, es válido para computarlo para efectos pensionales?
2. ¿Le es aplicable a la actora el régimen de pensiones de la Ley 33 de 1985?

En caso de que las anteriores respuestas sean positivas se deberá determinar:

3. ¿Tiene derecho la señora María Bernarda Quintero López a que se liquide su pensión de jubilación con base en el 75% del promedio del salario devengado en el año anterior a la adquisición del estatus?

4. ¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de la actora?

5. ¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

#### Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la demandante nació el 13 de abril de 1960 – prueba que obra a folio 19 del expediente.

- Mediante resoluciones se realizó un reconocimiento a personal docente en vacantes temporales y definitivas en centros educativos del departamento de Caldas, a quienes se les canceló el dinero correspondiente a través del Fondo Educativo Regional, situado fiscal.

En el caso de la demandante de la siguiente manera:

RESOLUCIÓN	TIEMPO RECONOCIDO	COLEGIO	FOLIO
00706 del 11 de abril de 2001	1º de marzo al 8 de abril de 2000	Escuela Rural Pueblo Nuevo	27 a 29
00701 del 11 de abril de 2001	1º de noviembre al 24 de diciembre de 2000	Escuela Rural Pueblo Nuevo	30 a 32
00495 del 15 de marzo de 2001	29 de enero al 28 de febrero de 2001	Escuela Rural Pueblo Nuevo	33 a 36
01062 del 16 de mayo de 2001	16 de abril al 30 de abril de 2001	Escuela Rural Pueblo Nuevo	37 a 39
01550 del 20 de junio de 2001	1º al 31 de mayo de 2001	Escuela Rural Pueblo Nuevo	40 a 42
01842 del 18 de julio de 2001	1º al 17 de junio de 2001	Escuela Rural Pueblo Nuevo	42 a 45
02046 del 17 de agosto de 2001	16 al 31 de julio de 2001	Escuela Rural Pueblo Nuevo	46 a 48
2436 del 24 de septiembre de 2001	1º al 31 de agosto de 2001	Escuela Rural La Risaralda	49 y 50
02726 del 25 de octubre de 2001	1º al 30 de septiembre de 2001	Escuela Rural La Risaralda	51 y 52
02909 del 16 de noviembre de 2001	1º al 30 de septiembre de 2001	Escuela Rural La Risaralda	53 a 55
03274 del 17 de diciembre de 2001	1º de noviembre al 9 de diciembre de 2001	Escuela Rural La Risaralda	56 a 58

01609 del 24 de junio de 2002	4 al 24 de marzo de 2002 y del 1 de abril al 31 de mayo de 2002	Centro Educativo Risaralda	59 a 61
01917 del 16 de julio de 2002	1º de junio al 30 de junio de 2002	Escuela Rural Pueblo Nuevo	62 a 64
02749 del 17 de septiembre de 2002	1º al 28 de julio de 2002, y del 5 al 31 de agosto de 2002	Escuela Rural Pueblo Nuevo	65 a 67
03161 del 15 de octubre de 2002	1 al 30 de septiembre de 2002	Escuela Rural Pueblo Nuevo	68 a 70
03438 del 13 de noviembre de 2002	1 al 31 de octubre de 2002	Escuela Rural Pueblo Nuevo	71 a 73
03866 del 19 de diciembre de 2002	1 al 30 de noviembre de 2002	Centro Educativo Risaralda	74 a 76
03938 del 24 de diciembre de 2002	1 al 22 de diciembre de 2002	Centro Educativo Risaralda	77 a 79
01252 del 30 de agosto de 2003	28 de enero al 31 de marzo de 2003	Centro Educativo Risaralda	80 y 81
01555 del 22 de mayo de 2003	1 al 13 de abril de 2003 21 de abril al 31 de abril de 2003	Centro Educativo Risaralda	82 a 84
02217 del 18 de julio de 2003	1 al 22 de junio de 2003	Centro Educativo Risaralda	85 y 86
02534 del 14 de agosto de 2003	14 al 31 de julio de 2003	Centro Educativo Risaralda	87 a 89
03501 del 10 de noviembre de 2003	1 al 30 de octubre de 2003		90 a 92
03950 del 15 de octubre de 2003	1 al 30 de noviembre de 2003		93 a 95
04107 del 31 de julio de 2007	1 al 30 de diciembre de 2003		96 a 98

- Según el formato único para la expedición de certificado de historia laboral, la demandante fue nombrada en provisionalidad como docente mediante Decreto 00121 del 27 de febrero de 2004, y tomó posesión del cargo el 3 de marzo de 2004. Lo cual se corrobora con la copia de los actos administrativos mencionados – prueba que obra a folio 99 y 100 del C.1 y de folio 3 a 7 del C.3.
- Que, según formato único para la expedición de certificado de salarios, la demandante devengó entre los años 2014 y 2015: asignación básica, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios – prueba que obra a folio 101 del expediente.
- A través de Resolución nro. 22126 del 2 de marzo de 2018 se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la señora María Bernarda Quintero López en tanto se afirmó que su vinculación fue en el año 2004, y por ello el régimen que la cubría era el de la Ley

100 de 1993 y no la Ley 33 de 1985, que era la norma que solicitaba le fuera aplicada – prueba que obra a folio 18 del expediente.

- El despacho sustanciador del proceso decretó prueba de oficio con la finalidad de que se certificara por parte del departamento de Caldas si la demandante fue vinculada a través de nombramiento en provisionalidad o mediante órdenes de prestación de servicios entre los años 2000 a 2004. En caso de que la vinculación hubiera sido por nombramiento en provisionalidad, pidió se allegaran los actos administrativos de nombramiento y posesión; en caso de que hubiera sido a través de órdenes de prestación de servicios, se debían aportar las mismas, certificando además fecha de inicio y de finalización de cada una, así como la entidad o caja de previsión a la cual se hicieron los aportes pensionales, o certificar si los aportes los hizo directamente la demandante

En respuesta se recibió una certificación de la jefatura administrativa y financiera de la secretaría de Educación del departamento de Caldas en la cual se indicó que la accionante laboró por órdenes de prestación de servicios durante los años 2001, 2002 y 2003; y para el efecto se aportaron las autorizaciones nro. 751 del 11 de mayo de 2000, 1211 del 26 de julio de 2001 y 844 del 4 de febrero de 2002. Se indicó, además, que la vinculación se realizó con cargo al presupuesto del FER Caldas, y que sus honorarios se cancelaban mediante resoluciones de pago en las cuales se plasmaba el tiempo laborado, la institución educativa y el valor a cancelar (fols. 8 a 15 C.3). Y, finalmente, se informó en el documento que reposa a folio 75, que bajo esta modalidad no se hacían aportes a pensión.

En documento que reposa a folio 78 del C.3, se indica que las resoluciones de pago de la demandante fueron las siguientes y por estos periodos de vinculación:

RESOLUCIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
000495 del 15/03/2001	29/01/2001	28/02/2001
00701 del 11/04/2001	01/11/2000	24/12/2000
00706 del 11/04/2001	01/03/2001	8/04/2001
01062 del 16/05/2001	16/04/2001	30/04/2001
01550 del 20/06/2001	01/05/2001	31/05/2001
01842 del 18/07/2001	01/06/2001	17/06/2001
02046 del 17/08/2001	16/07/2001	31/07/2001
2436 del 24/09/2001	01/08/2001	31/08/2001

02726 del 25/10/2001	01/09/2001	30/09/2001
02909 del 16/11/2001	01/09/2001	30/09/2001
03274 del 17/12/2001	01/11/2001	09/12/2001
01609 del 24/06/2002	04/03/2002 01/04/2002	24/03/2002 31/05/2002
03866 del 19/12/2002	01/11/2002	30/11/2002
03938 del 24/12/2002	01/12/2002	22/12/2002
01252 del 30/08/2003	28/01/2003	31/03/2003
02534 del 14/08/2003	14/07/2003	31/07/2003
02998 del 17/09/2003	01/08/2003	31/08/2003

- Según formato nro. 1 – certificado de información laboral, la accionante reporta tiempo de vinculación laboral del 23 de marzo de 1985 al 26 de junio de 1990 en el departamento de Caldas (“ins-policia departamental”); y del 1° de diciembre de 1990 al 12 de diciembre de 1993 en el Hospital San José de Samaná (fols. 21 a 26).

- La Sala Primera de Decisión decretó prueba de oficio en el presente proceso, con la finalidad de que se aportara certificado o documento que diera cuenta de los aportes a pensión realizados por la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada como docente con el departamento de Caldas mediante órdenes de prestación de servicios, en el cual además se evidenciara la caja de previsión o fondo pensional al que se efectuaron los mismos.

Se recibió como respuesta memorial que reposa a folio 213 del expediente, y se explicó que, conforme a lo expresado por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, para el tiempo laborado por OPS entre el 01/03/2000 y el 30/12/2003 la entidad no realizó aportes a pensión. Y, añadió, que la demandante tampoco realizó cotización alguna con destino a pensión en este interregno.

#### **Primer problema jurídico**

¿El período en el cual la demandante se desempeñó como docente a través de reconocimiento de servicios con el departamento de Caldas, es válido para computarlo para efectos pensionales?



**Tesis: la Sala defenderá la tesis de que el tiempo laborado por la demandante mediante órdenes de prestación de servicios, sí es computable para efectos pensionales.**

Para resolver este problema jurídico, lo primero que deberá referenciar esta Sala, por tratarse de un proceso de reconocimiento pensional en casos de docente vinculados por órdenes de prestación de servicios, es providencia del Consejo de Estado de la Sección Segunda –Subsección A del 3 de febrero de 2020, radicado 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15) en la cual se explicó:

*Según la tesis expuesta, esta Sección negaba por prescripción el derecho a las prestaciones sociales causadas durante el tiempo de servicios prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, si el docente interesado no reclamaba su reconocimiento en el término previsto por la ley. Así, en sentencia del 28 de agosto de 2014, expresó lo siguiente:*

*[...]*

*No obstante, dicha postura jurisprudencial ha sido rectificada por la Sección en varios pronunciamientos, en donde ha reconocido el tiempo laborado por el docente mediante contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de prestaciones de carácter periódico, como lo es por ejemplo la pensión gracia, bajo las siguientes consideraciones:*

*“En el presente caso, el actor arguye en su recurso de apelación que cumple con los requisitos para acceder al beneficio de la pensión gracia, pues tal «[...] como consta en la certificación laboral expedida por la autoridad competente que d[a] fe [de] los servicios prestados por los docentes bajo la modalidad de contratos u OPS se prueba la relación laboral y la continuidad en la misma, que se prolo[n]ga hasta la actualidad, ahora nombrad[o] legalmente; sin que deban exigirse o tramitarse otros tipo[s] de pruebas para el efecto, por lo cual tampoco es esencial que para acudir a la vía judicial, que el [...] interesado] haya pedido en vía gubernativa a la entidad demandada la declaratoria de la relación laboral en este tipo de contrato».*

*En cuanto a la referida inconformidad, hay que decir que le asiste razón en la medida en que resulta irrelevante que algunos de los períodos relacionados en la certificación del 23 de julio de 2010 (f. 26), el accionante los haya laborado a través de órdenes de prestación de servicios y no en propiedad, ya que el ordenamiento que regula la prestación reclamada no establece esa condición negativa para el cómputo de los años de servicios, pues resulta suficiente que el interesado demuestre haber servido al Magisterio como docente departamental, municipal o distrital en diversas épocas, para que los tiempos laborados puedan ser tenidos en cuenta en el monto del mínimo requerido (20 años).*

*Para la Sala, esa modalidad de vinculación no es ajena a quienes se incorporen a la planta docente de las entidades territoriales en propiedad, ya que las funciones que cumplen unos y otros son «[...] similares en el campo educativo y, en consecuencia, [el vinculado mediante contrato de prestación de servicios también] está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales [...], a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado»<sup>2</sup>.*

*De igual forma, en lo que respecta a este tipo de vinculación, en particular cuando se trata de maestros, la Corte Constitucional es del criterio que la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional [...]»<sup>3</sup>, y si el intérprete judicial, «[...] en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP [...]»<sup>4</sup>.*

*En estos casos, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, **puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de servicios desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, comoquiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, se insiste, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.***

*Por tanto, la Sala valida el tiempo laborado por el accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que sea contabilizado con el ejercido en propiedad, circunstancia que le permite, previo estudio de su caso particular, acceder al reconocimiento de la pensión gracia.<sup>5</sup>*

*El planteamiento expuesto sigue la línea jurisprudencial definida por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016<sup>6</sup> según la cual la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho*

<sup>2</sup> Sentencia C-517 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>3</sup> Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, d. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 54001-23-33-000-2012-00180-01(1706-15).

<sup>6</sup> Ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015).

*menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.*

**Ahora bien, la Sala advierte que el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:**

*(i). La primera, cuando se pretende la declaración de existencia de contrato realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales, en este caso, debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.*

**(ii).- La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135»<sup>7</sup> permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la**

<sup>7</sup> «ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.» (Negrilla de la Sala).

*entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.*

***Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, la aludida sentencia de unificación de la sección Segunda de esta Corporación, de 25 de agosto de 2016<sup>8</sup>, precisó que frente a los aportes para pensión no opera el fenómeno de prescripción, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. Así las cosas, precisó lo siguiente:***

***«[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)<sup>30</sup>, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.***

*Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite<sup>31</sup>), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial».*

***Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente<sup>9</sup>, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la***

<sup>8</sup> Proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015).

<sup>9</sup> Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuando el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

**entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al re-embolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.**

**Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella.**

**Así las cosas, de acuerdo con la más reciente tesis planteada por esta Corporación, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en tratándose de docentes oficiales, esta subsección estima que resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación (negrilla y subrayado fuera de texto).**

De acuerdo a lo anterior, dentro de un proceso judicial existe la posibilidad de buscar en relación con los contratos de prestación de servicios, o la declaratoria de la figura del contrato realidad, con todas sus connotaciones laborales y prestacionales; o perseguir el reconocimiento de la pensión teniendo como periodos laborados los prestados a través de contratos de prestación de servicios, tal como acaece en este caso.

En tal sentido, se adentrará este juez a revisar lo relativo a la vinculación que tuvo la demandante con el departamento de Caldas entre los años 2000 y 2003.

De acuerdo al material probatorio, efectivamente se puede evidenciar que la señora Quintero López estuvo vinculada con el departamento de Caldas, como docente de tiempo completo, en diferentes momentos entre los años mencionados, pues de ello da cuenta no solo las resoluciones de reconocimiento de tiempo de servicios, sino además las de pago, mismas que fueron relacionados en acápite anterior.

Y es que en relación con la vinculación de docentes mediante modalidades diferentes a una legal y reglamentaria o laboral, se ha precisado en relación con el principio de realidad sobre las formas por parte de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 lo siguiente:

*El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones*

*laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*

Según la anterior jurisprudencia, cuando bajo la égida de un contrato de prestación de servicios se desarrolla una labor en la que se puede demostrar una prestación personal del servicio, una subordinación y dependencia, y además se evidencia una remuneración, ese contrato de prestación de servicios simula verdaderamente una relación laboral que los jueces deben amparar y proteger.

Debe resaltarse que este principio de primacía de realidad sobre las formas no solo podría aplicarse al contrato de prestación de servicios, sino que considera la Sala puede analizarse en cualquier forma de vinculación que se presente en el sector público y que pueda trascender más allá de lo pactado por las partes.

Esto tiene soporte especialmente en el artículo 53 de la Constitución Política y lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009:

*El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario". Y en esta misma providencia explicó "La relación laboral con el Estado puede surgir de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo, sin importar el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato. Así, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo (...).*

En suma, el contrato de prestación de servicios, u otra forma de vinculación que no sea laboral, puede ser desvirtuada cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Si bien en este caso, como se advirtió, no se pretende la declaratoria de una relación laboral, considera la Sala que es necesario advertir, especialmente frente a la vinculación de docente mediante órdenes de prestación de servicios, que el Alto Tribunal Administrativo, luego de examinar el alcance de diferentes disposiciones del régimen laboral de los educadores del Estado referidas a las condiciones de su desempeño, infirió que *"(...) la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, pues pertenece a su esencia el hecho de que el servicio se preste personalmente y que esté subordinado permanentemente al cumplimiento de los reglamentos educativos, del pensum académico, del calendario y el horario escolar correspondiente, y en general de las políticas que fije el Ministerio de Educación al Ente Territorial para que administre dicho servicio público"*.

Establecido lo anterior, el Consejo de Estado concluyó, después de apoyarse en jurisprudencia constitucional y de referirse al principio de igualdad consagrado por el artículo 13 de la Carta, que *"(...) la labor prestada por el docente vinculado mediante contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral en virtud de la subordinación implícita en la actividad que desarrolla y en tal sentido debe dársele un trato igualitario frente a quienes ejercen la misma labor bajo una relación de carácter legal y reglamentario, salvo aquellos casos en que las circunstancias justifiquen razonablemente el trato diferenciado."*

Así las cosas, el tiempo laborado por la actora mediante órdenes de servicios puede computarse para efectos pensionales, no solo por la labor propia de los docentes, como lo ha dejado expuesto con suficiencia el Máximo Tribunal Administrativo, sino porque además la pensión es un derecho imprescriptible, que puede ser reclamado en cualquier momento, y porque de no reconocerse ese tiempo prestados a órdenes del departamento como laborado, se podría cercenar el derecho a la seguridad social de la actora.

Pese a que el tiempo laborado por órdenes de prestación de servicios pueda ser computado para efectos pensionales, se deberá advertir en este punto que dentro del

proceso se vislumbró que ni el departamento de Caldas ni la demandante realizaron aportes pensionales.

Sin embargo, para esta Sala, eso no puede ser impedimento para el reconocimiento del derecho, ya que existe la posibilidad de que esas cotizaciones puedan ser realizadas en cualquier tiempo. Para apoyar esta hipótesis, se referenciará sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida el 11 de febrero de 2021, dentro del proceso de radicación 81001-23-33-000-2013-00079-01(4021-14), que en un caso similar a este resolvió:

*De conformidad con este claro apartado jurisprudencial de obligatoria observancia, la Sala encuentra que a pesar de no haberse instado en la demanda explícitamente el giro al FNPSM de las cotizaciones por concepto de pensión de la demandante, es perentorio pronunciarse al respecto en la sentencia, tal como lo hizo el a quo, más aun cuando la pretensión declaratoria de la relación laboral buscaba precisamente el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación. Como se adujo en la providencia citada, la determinación sobre los aportes en comento es indispensable en tanto repercuten directamente en la liquidación, sostenibilidad y eficacia de la prestación reclamada en procura además del equilibrio financiero del sistema.*

*Ahora, en cuanto a la autoridad obligada a realizar el pago de los mentados conceptos, la misma intelección de la jurisprudencia aludida y la sola interpretación de los efectos consecuentes de la configuración de una relación laboral, dictan que el sujeto responsable de tal carga inexorablemente debe ser quien encubrió dicho vínculo de trabajo a través de contratos de prestación de servicios, el cual para el asunto de marras es efectivamente el Departamento de Arauca como se precisó en el primer problema jurídico.*

*Además de esta consideración, debe tenerse en cuenta que los aportes a pensión por su propia naturaleza, equivalen a tributos en clave de contribuciones parafiscales con una destinación específica que los hace imprescriptibles como se anunció en la sentencia reseñada anteriormente. Con base en ello, su recaudo puede decretarse en cualquier momento de manera actualizada en las proporciones que tanto al trabajador como al empleador le habrían correspondido durante el período en el que se ocultó la relación laboral, a fin de que la entidad de previsión respectiva pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida.*

*En el caso particular se observa que la libelista se desempeñó formalmente como docente para la entidad territorial vinculada por medio de contratos de prestación de servicios celebrados de manera interrumpida durante el período comprendido entre el 15 de febrero de 1988 y el 13 de junio de 1995. Al evidenciar este hecho, resulta adecuado inferir que por la calidad de contratista que ostentó en su momento la*



*señora Loyo de Arrieta, esta no podía encontrarse afiliada al FNPSM, pues para ello debía haber sido nombrada y posesionada como docente oficial mediante acto administrativo. Bajo este contexto, es pertinente sostener que aquella no pudo haber realizado las respectivas cotizaciones a la mentada entidad de previsión, lo cual en principio trastocaría el reconocimiento de la prestación en litigio.*

*Al margen de lo anterior, en principio se advierte que la señora Loyo de Arrieta debió realizar a algún fondo de previsión diferente al FNPSM, los aportes a pensión por los honorarios recibidos en virtud de los contratos de prestación celebrados con el Departamento de Arauca. No obstante, en el expediente no reposa prueba de ello y tampoco fue objeto de manifestación en la demanda o su contestación. Ante esta duda, la sentencia de unificación precitada fue clara en precisar lo siguiente:*

*«[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. [...]»*

*Como se extrae del aparte transcrito, es deber de la libelista acreditar las cotizaciones a pensión efectuadas en su momento a cualquier entidad por el lapso durante el cual subsistió la relación contractual propiamente dicha, a riesgo de que deba pagar o completar el monto que como trabajadora le hubiese correspondido abonar por dicho concepto. De este modo, si bien el Departamento de Arauca se encuentra obligado al pago de los aportes derivados de la relación laboral encubierta, debe tenerse en cuenta que estos implican una obligación compartida entre el empleador y el trabajador, por lo que efectivamente tendrá que seguirse la regla prevista en la jurisprudencia aludida, en el sentido de que la demandante demostrará e indicará ante el FNPSM, a cuál ente de previsión y por qué valor realizó cotizaciones a pensión mientras estuvo vinculada con la primera por medio de contratos de prestación de servicios, y en caso de no haberlos hecho, manifestar expresamente lo propio.*

*Lo anterior con el fin de que tanto la autoridad apelante como la demandada, verifiquen mensualmente si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la entonces contratista por el tiempo durante el cual se presentó la relación laboral encubierta, esto es, del 15 de febrero de 1988 al 15 de junio de 1995 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos). De esta manera, el Departamento de Arauca cotizará al FNPSM, únicamente la suma faltante por dicho concepto si existiere, y solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En caso de que la docente no demuestre o afirme no haber*

*realizado tales cotizaciones, es evidente que el mentado fondo podrá descontar de las sumas adeudadas a la libelista en virtud de la condena, los valores pendientes de recaudo o la diferencia en su contra (si se presenta), por el porcentaje que le incumbía a aquella como trabajadora.*

*En suma, lo cierto es que en este caso pesa sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una condena relacionada con el pago de una pensión de jubilación, la cual no fue apelada por la propia autoridad afectada y por lo tanto impide su discusión en esta instancia. En este sentido, como la prestación aludida no puede estar desfinanciada, se estima ajustada la decisión de ordenar:*

*i) Al Departamento de Arauca como responsable directo de la relación laboral declarada para efectos pensionales, girar al precitado fondo el monto restante o pendiente de las cotizaciones para pensión que debieron realizarse por el período de configuración del vínculo de trabajo, en la proporción que como «empleador» de la señora Loyo de Arrieta le habría correspondido, ello calculado en comparación con el valor pagado por la demandante en su momento como contratista a cualquier entidad de previsión. En caso de no haberse efectuado estas cotizaciones por la libelista, le corresponderá a la entidad territorial abonar el valor total de su aporte, pero se reitera, solo en el porcentaje que como autoridad patronal lo obliga.*

*ii) A su vez, el FNPSM deberá repetir y en consecuencia solicitar a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrada afiliada la demandante en el tiempo que fungió como contratista, el reembolso de los pagos hechos aquella por concepto de aportes a pensión, siempre y cuando así se asegure y acredite. En caso de que ello no hubiese ocurrido de dicha forma, estará autorizado a descontar de las sumas adeudadas a la docente, los valores equivalentes al porcentaje de cotización que como «trabajadora» tendría que haber realizado por ese mismo período para completar el monto de la contribución a su cargo.*

*En conclusión: el Departamento de Arauca no es responsable de asumir el pago total ni proporcional de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, sino que en virtud de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta por contratos de prestación de servicios, aquel se encuentra obligado a girar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los valores pendientes que por concepto de cotización a pensión de la libelista, debió efectuar en el porcentaje que como empleador le habría correspondido, ello por el tiempo en el que se configuró el mentado vínculo de trabajo, de conformidad con la obligación patronal derivada del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003.*

Como en este caso, está acreditado que ni el departamento de Caldas ni la demandante efectuaron aportes a pensión durante el tiempo que duró la relación entre las partes que tuvo su génesis en los reconocimientos de servicios, se ordenará el ente territorial que

realice al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser la caja de previsión de la demandante, con base en la remuneración que percibió la demandante y durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de las órdenes de prestación de servicios de conformidad con el cuadro que relacionó las pruebas visibles de folio 27 a 98), los aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador. Y de igual manera la señora Quintero López debe realizar los aportes a pensión que le correspondían como trabajadora, también con destino a la entidad mencionada, para ello la entidad condenada, podrá de los valores a reconocer en la pensión, descontar los aportes que le correspondían a la actora en porcentaje que le correspondía como trabajadora.

### **Segundo problema jurídico**

¿Le es aplicable a la actora el régimen de pensiones de la Ley 33 de 1985?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis de que efectivamente la actora se encuentra cubierta por la Ley 33 de 1985, ya que sus vinculaciones por órdenes de prestación de servicios fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.**

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>10</sup> que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

---

<sup>10</sup> "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

**PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

**ARTÍCULO 15.** *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2. Pensiones: [...]*

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...]* (Negrillas fuera de texto)

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25

de abril de 2019<sup>11</sup>, en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados<sup>12</sup>, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985<sup>13</sup>»*

El 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».*

De acuerdo a lo anterior, y para el caso concreto, se tiene que según el certificado de historia laboral que reposa a folio 99, la señora Quintero López fue nombrada como docente en provisionalidad el día 3 de marzo de 2004, de lo cual además dan cuenta los documentos que reposan de folio 23 a 25 del C.3. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no la Ley 33 de 1985.

Pese a ello, como se argumenta en la demanda que la señora Quintero López laboró por órdenes de prestación de servicios con anterioridad al nombramiento referenciado, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo cual efectivamente está comprobado dentro del proceso ya que obra una certificación a folio 15 del cuaderno 3, expedida por la secretaría de Educación del departamento de Caldas que indica lo siguiente:

*Que revisados nuestros archivos, sistemas de información y nóminas de pago, certificó que la docente Quintero López María Bernarda (...) laboró por Orden de Prestación de Servicios durante los años 2001, 2002 y 2003, le adjunto copia de las autorizaciones de los años 2000 y 2001 (...).*

*Es de anotar que durante este tiempo la docente laboró por reconocimiento por servicios prestados en el ramo de la educación con cargo al presupuesto del "FER" de Caldas, recursos de la nación y sus honorarios se cancelaban mediante resoluciones de pago, en las cuales se dejaba plasmado el tiempo*

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

<sup>12</sup> Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

<sup>13</sup> Cita de cita: "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

*laborado, la Institución Educativa y el valor a cancelar.  
**BAJO ESTA FIGURA NO SE HACÍAN DESCUENTOS Y TAMPOCO  
APORTES PARA PENSIÓN** (negritas y mayúscula Sala de  
Decisión).*

Ello denota que efectivamente a la actora le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente, lo cual ya quedó aclarado en el anterior problema jurídico al concluir que efectivamente el periodo laborado entre el 2000 y 2003 es computable para efectos pensionales, lo que permite inferir que la docente en materia pensional está cubierta por la Ley 33 de 1985.

Y no solo encuentra la Sala que el régimen pensional de la demandante es el establecido en la Ley 33 de 1985, sino que además cumple los requisitos del artículo 1º que indica:

*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.*

Ello, porque según lo plasmado en el acápite de lo probado, tiene tiempo cotizado entre el 23/03/1985 y el 26/06/1990; el 1/12/1990 y el 12/12/1993; al que debe sumarse el prestado por órdenes de prestación de servicios; y además su vinculación como docente en provisionalidad se dio a partir del 03/03/2004, y hasta el año 2015, que fue el último certificado salarialmente, aún estaba vinculada, incluso para el momento de presentación de la demanda se informó que continuaba activa. Tiempo que suma más de 20 años de servicios.

Aunado a ello, se tiene prueba de que la actora cumplió los 55 años el 13 de abril de 2015.

Lo anterior, significa que adquirió el estatus el día 13 de abril de 2015, pues en esa data acreditó el último requisito establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo a lo anterior, la demandante efectivamente está cubierta por la Ley 33 de 1985 para efectos pensionales por lo que es procedente declarar la nulidad de la Resolución 2212-6 del 2 de marzo de 2018, que negó el reconocimiento de una pensión de jubilación, ya que el tiempo de servicios prestados por la actora por autorizaciones de servicios es computable para efectos pensionales, lo que hace que quede cubierta por la norma

mencionada.

### **Tercer y cuarto problema jurídico**

Estos problemas jurídicos se resolverán de manera conjunta, por estar ligados.

¿Tiene derecho la señora María Bernarda Quintero López a que se liquide su pensión de jubilación con base en el 75% del promedio del salario devengado en el año anterior a la adquisición del estatus?

¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de la actora?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis de que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reconozca con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, en atención a la línea jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.**

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante, como se advirtió, no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla<sup>14</sup> y primera subregla<sup>15</sup> establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de

---

<sup>14</sup> De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: “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” (negrilla es del texto).

<sup>15</sup> Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

“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 hiciera 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.”.

Estado del 28 de agosto de 2018<sup>16</sup>, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

***Artículo 1º.*** 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).



En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso, se debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Como se advirtió, la demandante tiene derecho a que una pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, pero en cuanto al ingreso base de liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación relacionada, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Cuando se revisa el año de estatus de la demandante, el mismo estaría comprendido entre el 12 de abril de 2014 y el 13 de abril de 2015, periodo en el cual percibió, según certificado, además de la asignación mensual, bonificación mensual 1º de junio de 2014 al 31 de diciembre de 2015, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

Según lo anterior, la prima de navidad y de vacaciones no hacen parte de la base de liquidación de la pensión, en tanto no están enlistadas en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas.

En relación con la bonificación mensual, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que la creó para los servidores públicos docentes, esta *"constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales"*, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta

el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al estatus pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985. En este caso el año de estatus lo fue, como se indicó, entre abril de 2014 y abril de 2015, por lo que sería procedente incluirla.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad. Por lo anterior, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta son la asignación mensual y la bonificación mensual devengadas en el año de estatus.

Lo expuesto permite inferir que, si bien la tasa de reemplazo que se debe aplicar es del 75%, no es procedente liquidar la pensión de la demandante con la totalidad de factores salariales percibidos en el año de estatus, sino solamente incluir en el IBL la asignación mensual y la bonificación mensual devengadas entre el 12 de abril de 2014 y el 13 de abril de 2015.

#### Quinto problema jurídico

¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis de que no se configuró la prescripción, ya que no transcurrieron más de 3 años entre la adquisición del derecho y la reclamación administrativa.**

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción conviene acudir al Decreto 1848 de 1969, norma que establece en su artículo 102:

*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.*

Según el material probatorio, la demandante adquirió el derecho el 13 de abril de 2015; la petición de reconocimiento pensional se radicó el 31 de enero de 2018 (fol. 18); y la demanda se presentó el 21 de mayo de 2018. Lo anterior, demuestra que no transcurrieron más de 3 años entre el nacimiento del derecho y la reclamación administrativa.

Por ello, se declarará no probada la excepción de prescripción.

### **Conclusiones**

En el presente caso es procedente declarar que el tiempo laborado por la demandante como docente mediante reconocimiento por servicios es computable para efectos pensionales, y en virtud de ello, el régimen pensional que la cubre es el establecido en la Ley 33 de 1985.

Pero como en este caso está acreditado que no se realizaron aportes durante el tiempo que duró la relación entre el ente territorial y la demandante, que tuvo su génesis en los reconocimientos de servicios, se ordenará al departamento de Caldas que realice con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser la caja de previsión de la demandante, con base en la remuneración que percibió la demandante y durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de las órdenes de prestación de servicios de conformidad con el cuadro que relacionó las pruebas visibles de folio 27 a 98), los aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador. Y de igual manera la señora Quintero López debe realizar los aportes a pensión que le correspondían como trabajadora, también con destino a la entidad mencionada, bajo las condiciones ya señaladas.

Adicional a ello, como hay lugar a reconocer la pensión por el cumplimiento de requisitos, se declarará la nulidad de la Resolución 2212-6 del 2 de marzo de 2018 que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la actora. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca, a partir del 13 de abril de 2015, una pensión de jubilación a la demandante bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual se calculará con el 75% de un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 12 de abril de 2014 y 13 de abril de 2015, como son el salario mensual y la bonificación mensual.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando 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:

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

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

#### **Costas**

Al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas, ya que solo una parte de las mismas, estaban fundadas en derecho, razón por la cual solo prosperan en forma parcial, esto además conlleva su negación conforme a las reglas expuestas por el C. G. del P.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** planteada por el departamento de Caldas, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MARÍA BERNARDA QUINTERO LÓPEZ** contra **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y como vinculado **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el tiempo laborado por la señora María Bernarda Quintero López como docente mediante reconocimiento por servicios es computable para efectos pensionales.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución 2212-6 del 2 de marzo de 2018 que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora; y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca, a partir del 13 de abril de 2013, una pensión de jubilación a la demandante bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual se calculará con el 75% de un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 12 de abril de 2014 y 13 de abril de 2015, como son el salario mensual y bonificación mensual.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante, deberán ser ajustadas en su valor, aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia y de la misma podrán ser descontados las sumas que corresponden a la actora aportar al sistema de seguridad social en pensiones, y en el porcentaje señalado en la ley para el trabajador, en el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de las órdenes de prestación de servicios de conformidad con el cuadro que relacionó las pruebas visibles de folio 27 a 98) , que fue el tiempo que la misma laboró en prestación de servicios.

**CUARTO: ORDENAR** al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** que realice con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser la caja de previsión de la demandante, con base en la remuneración que percibió la demandante y durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2000 y el 30 de diciembre de 2003 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de las órdenes de prestación de servicios de conformidad con el cuadro que relacionó las pruebas visibles de folio 27 a 98), los aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador.

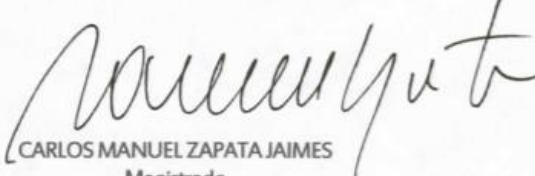
**QUINTO: NEGAR** las demás pretensiones.

**SEXTO:** La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

**SÉPTIMO: SIN COSTAS** en esta instancia por lo brevemente expuesto.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 30 de abril de 2021 conforme Acta n° 021 de la misma fecha.

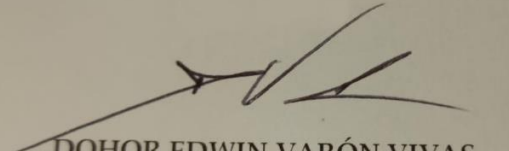


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

**(E) Despacho del Magistrado Jairo Ángel Gómez Peña**




DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

---



---

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Se encuentra a despacho para decidir si el escrito de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada en contra la sentencia proferida por esta Corporación el día 04 de marzo de 2021 reúne los requisitos para concederse.

Teniendo en cuenta que los escritos de los RECURSOS DE APELACIÓN, visibles a folios 159 a 163, y 165 a 170 del cuaderno 1, fueron interpuestos y sustentados por los apoderados de las partes, quienes tienen reconocida personería para actuar dentro de la actuación, encontrándose dentro del término oportuno para ello, conforme a la constancia secretarial visible a folio 171 del cuaderno principal, , y teniendo en cuenta que no se hace necesario realizar audiencia de conciliación conforme al artículo 247 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, se concede la alzada en el EFECTO SUSPENSIVO.

Una vez en firme el presente auto, envíese el expediente al H. Consejo de Estado, para que allí se desate los respectivos recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

---



---

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

<b>RADICACIÓN</b>	17-001-23-33-000-2021-00039-00
<b>CLASE</b>	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
<b>DEMANDANTE</b>	NESTOR MARIÑO ESPINOSA, JORGE SANCHEZ RAMIREZ
<b>DEMANDADO</b>	MUNICIPIO DE MANIZALES, CURADURIA PRIMERA URBANA DE MANIZALES, CONSTRUCTORA J Y ROBLEDO S.A.S Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS.

Vista la constancia secretarial que antecede, procede el despacho a fijar fecha y hora para la audiencia de Pacto de Cumplimiento.

En consecuencia, **FÍJESE** el día **MIÉRCOLES VEINTISÉIS (26) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIUNO A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30) DE LA MAÑANA**, como día y hora para realizar la audiencia establecida en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, dentro del proceso de la referencia.

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, y al Ministerio Público, que fueran informados, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

**PARTE DEMANDANTE:**

NESTOR MARIÑO ESPINOSA, JORGE SANCHEZ RAMIREZ: [ynypao2005@gmail.com](mailto:ynypao2005@gmail.com) correo informado en la demanda.

**PARTE DEMANDADA:**

**MUNICIPIO DE MANIZALES**

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la abogada **MARIA DEL SOCORRO ZULUAGA RESTREPO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.286.589 de Manizales, abogada con tarjeta profesional No. 69047 del Consejo Superior de la Judicatura, para que conforme al poder otorgado defienda los intereses del **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Correos informados en la contestación de la demanda: [notificaciones@manizales.gov.co](mailto:notificaciones@manizales.gov.co), [maria.zuluaga@manizales.gov.co](mailto:maria.zuluaga@manizales.gov.co) y [mdelzure@gmail.com](mailto:mdelzure@gmail.com)

#### **CURADURIA PRIMERA URBANA DE MANIZALES,**

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la abogada **ALBA LUCIA JARAMILLO HURTADO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.289.036 expedida en Manizales, Abogada en ejercicio con Tarjeta Profesional Número 66.977 del Consejo Superior de la Judicatura, para que conforme al poder otorgado defienda los intereses de **JORGE LUIS GIL CALLE**, identificado con la cédula de ciudadanía número 75.100.105 expedida en Manizales, en calidad de **PRIMER CURADOR URBANO DE MANIZALES**

Correos informados en la contestación de la demanda [tramites@primeracuraduria.com](mailto:tramites@primeracuraduria.com) y [albaluciajaramillo62@hotmail.com](mailto:albaluciajaramillo62@hotmail.com)

#### **CONSTRUCTORA J Y ROBLEDO S.A.S**

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a los abogados **MAURICIO SUAREZ PATIÑO**, vecino de Manizales, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 75.072.245 de Manizales (Caldas), abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional 248.110, **(APODERADO TITULAR)**, y **DEIVER ZAMORA MORILLO**, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.060.595.748 de Supia (Caldas), portador de la Licencia Temporal Nro. 25.435 expedida por el C.S de la J del C.S de la J, **(APODERADO SUPLENTE)**, para que conforme al poder otorgado defienda los intereses de la **CONSTRUCTORA J Y ROBLEDO S.A.S.**

correos informados en la contestación de la demanda: [abc.juridica@hotmail.com](mailto:abc.juridica@hotmail.com), [Jyr@ecosa.com.co](mailto:Jyr@ecosa.com.co)

#### **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPORCALDAS**

Se **RECONOCE PERSONERÍA** a la abogada **BEATRIZ EUGENIA ORREGO GÓMEZ** identificada con **C.C.30.335.787 de Manizales** y **T.P. 132.502 C.S.J.**, para que conforme al poder otorgado defienda los intereses de Corpocaldas.


Correo electrónico: [notificacionesjuridicas@corpocaldas.gov.co](mailto:notificacionesjuridicas@corpocaldas.gov.co) y [arangomejiaconsultoreslegales@gmail.com](mailto:arangomejiaconsultoreslegales@gmail.com) informados en la contestación de la demanda.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deberán allegar con antelación los documentos que identifiquen al representante legal de las entidades con las cédulas escaneadas o las delegaciones que se realicen, al igual que los teléfonos donde puedan ser ubicados; de igual forma 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](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co). Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Microsoft Teams verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 076 del 05 de mayo de 2021.  
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 line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

**HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA**  
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Manizales, tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

**A.I. 077**

**RADICADO:** 17-001-23-33-000-2019-00257-00  
**NATURALEZA:** Acción Popular  
**DEMANDANTE:** Jorge Hernán Hoyos  
**DEMANDADO:** Corpocaldas y otros

Teniendo en cuenta que venció el término probatorio en el presente asunto, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 472 de 1998 se **CORRE TRASLADO** a las partes y Ministerio Público por el término de **cinco (5) días** para que presenten sus alegatos de conclusión.

**Notificar**



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
**Magistrado**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



Libertad y Orden

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**Sala 2ª de Decisión Oral**

**Magistrado Ponente (E): Augusto Morales Valencia**

Manizales, cuatro (4) de MAYO de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00687-00**

**Medio de Control: Protección de Derechos e Intereses Colectivos**

**Demandante: Enrique Arbeláez Mutis**

**Demandado: Dirección de Sanidad de la Policía Nacional**

**Asunto**

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Unitaria de Decisión Oral, presidida por el Magistrado AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien actúa como encargado del despacho del Dr. Jairo Ángel Gómez Peña, procede a resolver sobre la solicitud de ampliación de plazo para presentar informe de cumplimiento de sentencia.

**Consideraciones**

En audiencia de verificación de cumplimiento llevada a cabo el pasado 21 de abril último, se ordenó que por parte del Comité de verificación se presentara un informe sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sentencia aprobatoria del pacto logrado entre las partes de este proceso. Dicho informe debía ser entregado el 4 de mayo del año avante.

Mediante correo de 30 de abril de 2021, la señora Martha Cecilia Arango Bernal, Presidenta de la Veeduría COVIC e integrante del Comité de Verificación, solicitó al Despacho la ampliación del plazo conferido para la presentación de informe aludido, comoquiera que a la fecha no han logrado recopilar toda la información que requiere, dado lo extenso y complejidad del tema.

Atendiendo la solicitud y considerando válidas las razones expuestas, se atenderá la solicitud, procediendo a fijar ampliación del plazo concedido.

Es por ello que,

**RESUELVE**

**AMPLÍASE en quince (15) días** el plazo de entrega del informe por el Comité de Verificación; vencido este período, se procederá a fijar nueva fecha para la continuación la audiencia correspondiente.

**NOTIFÍQUESE** a las partes y al Ministerio público el presente proveído.

**NOTIFÍQUESE**



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

**Augusto Morales Valencia  
Magistrado (E)**