

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 191

Manizales, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

**RADICADO:** 17-001-23-33-000-2021-00224-00  
**NATURALEZA:** Cumplimiento  
**DEMANDANTE:** Héctor Fabio Loaiza Quintero  
**DEMANDADO:** Superintendencia de Industria y Comercio

**I. ASUNTO**

Se emite fallo de primera instancia con ocasión del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. Acto administrativo objeto de pretensiones de cumplimiento.**

Se depreca el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 1480 de 2011 en su artículo 58, numeral 11:

***ARTÍCULO 58. PROCEDIMIENTO.** Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:*

...

***11.** En caso de incumplimiento de la orden impartida en la sentencia o de una conciliación o transacción realizadas en legal forma, la Superintendencia Industria y Comercio podrá:*

*a) Sancionar con una multa sucesiva a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, equivalente a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo en el incumplimiento.*

*b) Decretar el cierre temporal del establecimiento comercial, si persiste el incumplimiento y mientras se acredite el cumplimiento de la orden. Cuando lo considere necesario la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer efectiva la medida adoptada.*

*La misma sanción podrá imponer la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera o el juez competente, cuando se incumpla con una conciliación o transacción que haya sido realizada en legal forma.*

***PARÁGRAFO.** Para efectos de lo previsto en el presente artículo, la Superintendencia*

*Financiera de Colombia tendrá competencia exclusiva respecto de los asuntos a los que se refiere el artículo 57 de esta ley.”*

## **2.2. Incumplimiento alegado y solicitud de cumplimiento.**

El accionante señala en síntesis que, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió la sentencia 3268 por medio de la cual decidió la demanda de protección al consumidor formulada por el señor Héctor Fabio Loaiza Quintero contra “*Elige Tu Destino Travel S.A.S.*” disponiendo que dicha sociedad debía entregar tres tiquetes aéreos al demandante con destino a la ciudad de Santa Marta.

Que a la fecha la referida sociedad no ha dado cumplimiento a la orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a pesar de lo cual dicha autoridad ha omitido iniciar el trámite de verificación de cumplimiento al fallo y la consecuente imposición de sanciones de que trata el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Concluye deprecando en síntesis que, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio dar cumplimiento a la normativa invocada, para que a su vez se dé cumplimiento a la sentencia No. 3268 de marzo 30 de 2021.

## **2.3. Pronunciamiento de los sujetos procesales.**

La **Superintendencia de Industria y Comercio** se mantuvo silente durante el trámite procesal, limitándose a la remisión ante esta Corporación de copia del expediente correspondiente al trámite de protección al consumidor que culminó con la expedición de la sentencia No. 3268 de marzo 30 de 2021.

# **III. CONSIDERACIONES**

## **3.1. Competencia**

La Sala es competente para decidir en primera instancia el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, con fundamento en lo previsto por el artículo 152 del CPACA al señalar que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de *“16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”*

## **3.2. Problema jurídico**

Se centra en dilucidar: *¿Se presenta un incumplimiento por La Superintendencia de Industria y Comercio al omitir iniciar el trámite de verificación de cumplimiento al fallo e imponer las sanciones de que trata el numeral 11, artículo 58 de la Ley 1480 de 2011?*

Para resolver el interrogante planteado se hará referencia a: (i) las características del medio de control de cumplimiento, para descender al (ii) análisis del caso concreto.

## **3.3. Del medio de control de cumplimiento**

El medio de control de cumplimiento consagrado en el artículo 87 de la Constitución Política tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza

material de ley o de un acto administrativo que impone determinada carga en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, en tal sentido su finalidad es la de exigir el respeto por el ordenamiento jurídico existente.

La Corte Constitucional al respecto ha señalado:

*“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”<sup>1</sup>.*

La Ley 393 de 1997 que desarrolló la referida acción constitucional señala:

*“ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

*Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.*

*También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.*

*ARTICULO 9o. IMPROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

*Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.*

*PARÁGRAFO. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”*

En tal sentido, el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha señalado de forma pacífica una serie de condiciones que deben ser analizadas por el fallador al momento de emitir órdenes dentro de este medio de control, así:

*“...Para que la demanda proceda, se requiere:*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-157 de 1998.

<sup>2</sup> Sección Quinta, 24 de septiembre de 2015, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación número: 25000-23-41-000-2015-00974-01 (acu).

a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un **mandato imperativo e inobjetable** radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que en efecto se establezca que existe la desatención de la norma o acto;

b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;

c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela....” (Se resalta).

En este sentido se ha dicho que, las condiciones que debe reunir la ley o acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende a través del ejercicio de la acción se contraen a **que la obligación sea clara, expresa y exigible**<sup>3</sup>.

Esta línea de intelección se desprende con claridad de lo señalado por el H. Consejo de Estado, al indicar como requisito para la procedencia de la acción de cumplimiento que, **el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, de una manera inobjetable y por ende exigible frente a la autoridad de la cual se reclama su efectivo cumplimiento**<sup>4</sup>.

Adicionalmente ha indicado que, el medio de control no procede cuando el tema de debate se soporta en *derechos inciertos de carácter particular*, en la medida que la acción establecida en el artículo 87 de la Carta Política está institucionalizada para obtener el efectivo cumplimiento de obligaciones contenidas en normas con fuerza de ley o actos administrativos *cuya existencia y exigibilidad sean indudables*. Al respecto ilustró<sup>5</sup>:

*“Así pues, ésta Sala de decisión ha manifestado reiterativamente que la acción de cumplimiento no ha sido instituida para discutir derechos inciertos de carácter particular; siendo así, la pretensión del actor no corresponde a la órbita de competencia del juez de cumplimiento, que se contrae a hacer efectivas obligaciones contenidas en normas con fuerza material de ley o en actos administrativos cuya existencia y exigibilidad sean indudables. **En tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor a través de la acción de cumplimiento y de que la entidad pública demandada es la responsable de cumplirlo por expresa disposición legal o administrativa.**”* (Se resalta)

## 2.4. Constitución en renuencia

Encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de procedibilidad establecido en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, conforme a los escritos que obran en el expediente (Exp. Digital, fls. 10-12, archivo: “02DemandayAnexos”), en los cuales con fecha mayo 25 de 2021 se informó a la Superintendencia de Industria y Comercio el

<sup>3</sup> Ver auto de fecha 17 de abril de 1998, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, radicación número: ACU-229.

<sup>4</sup> Ver sentencia de fecha 9 de mayo de 2012, Sección Quinta, C.P: Susana Buitrago Valencia, radicación número: 25000-23-24-000-2011-00889-01(ACU).

<sup>5</sup> Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

incumplimiento a la sentencia No. 3268 de marzo 30 de 2021. Comunicación frente a la cual la entidad accionada no emitió pronunciamiento.

## 2.5. Caso Concreto.

Con base en el marco jurídico expuesto, es pertinente determinar en primera medida si, la norma invocada por la parte actora, se encuentra incluida la obligación que, en su criterio, ha sido desatendida por la entidad demandada.

Al respecto, el demandante depreca el cumplimiento del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual considera ha sido descatado por la entidad accionada dado que, ha omitido iniciar el trámite de verificación de cumplimiento al fallo y la consecuente imposición de sanciones según dicho canon normativo.

De la lectura del citado artículo, la Sala observa que, se dispone una facultad en cabeza de la entidad pública demandada, al señalar que esta “podrá...” “...Sancionar con una multa...” o “Decretar el cierre temporal del establecimiento comercial”.

Así las cosas, como se advirtió previamente, la procedencia del medio de control de cumplimiento esta determinada por la existencia de una obligación expresa en cabeza de la autoridad demandada, con base en la normativa o acto administrativo cuyo cumplimiento se depreca, sin embargo, la disposición invocada por el demandante no impone un deber inobjetable, sino que establece una facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio al interior del trámite jurisdiccional de protección al consumidor.

En tal sentido, para la Sala el presente medio de control no es una oportunidad para solicitar que se despliegan en forma obligatoria por parte de la entidad llamada por pasiva, potestades que la normativa le ha otorgado en forma facultativa, pues se itera, la obligación que puede ser objeto de ordenes de cumplimiento, solo son aquellas que se expresaron en forma *clara, expresa e inobjetable* en la respectiva disposición normativa o de voluntad administrativa y “*en tal virtud, tiene que haber certeza del alcance del deber reclamado por el actor...*”<sup>6</sup>.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>7</sup>, en un caso similar, sobre la impredecibilidad de la acción para hacer cumplir una norma de carácter procesal, señaló:

*“Es del caso mencionar que, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, al tratarse de una función judicial, no le es dable al Juez Constitucional exigir el cumplimiento de una norma durante el mismo:*

*(...)*

*De igual forma, el artículo 8 de la Ley 393 de 1997 establece la procedibilidad de la acción de cumplimiento y señala que sólo es posible incoar esa acción cuando se pretenda el cumplimiento de normas o actos administrativos, y es claro que no es del caso que a través de la acción se exija el cumplimiento de una norma que regula el procedimiento a adelantar por la Superintendencia en ejercicio de funciones jurisdiccionales, puesto que ello implicaría una intromisión en dicha actividad, debiendo rechazar de plano la demanda.*

*4.2. Como se ve, el tribunal demandado estimó que no era viable que mediante la acción de cumplimiento se exigiera el cumplimiento de normas que regulan el ejercicio de las funciones*

<sup>6</sup> Sección Quinta, 19 de octubre de 2006, C.P.: María Nohemí Hernández Pinzón, Exp. 2006-00360-01.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P.: Julio Roberto Piza Rodríguez. 5 de marzo de dos 2020. Rad.: 11001-03-15-000-2020-00402-00(AC)

*jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud. Fundamentó la decisión en una sentencia<sup>8</sup> del Consejo de Estado que estableció que **el juez constitucional que conoce de una acción de cumplimiento no puede evaluar si en un proceso judicial se debe aplicar o no determinada norma legal o acto administrativo, pues eso implicaría una intromisión en la actividad judicial.***

4.3. Para la Sala, la conclusión de la autoridad judicial demandada es razonable, pues es cierto que la acción de cumplimiento no está prevista para exigir el cumplimiento de normas por parte de las autoridades judiciales y, para el caso objeto de estudio, el demandante pretendía que la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, emitiera fallo en un proceso de su conocimiento, invocando para el efecto una norma de contenido procedimental. La decisión del tribunal demandado, se acompasa a lo establecido por esta Corporación<sup>9</sup>, **que ha señalado que la acción de cumplimiento se puede rechazar cuando se pretenda el cumplimiento de una norma procesal respecto de una autoridad judicial, así se manifestó:**

*Si bien ha sido criterio reiterado de la Corporación que el rechazo de la demanda procede sólo cuando: (i) no se subsanen los requisitos formales dentro del término legal y; (ii) cuando no se aporte la prueba de haberse requerido el cumplimiento de la norma o acto administrativo, a juicio de la Sala, el evento que aquí se presenta puede también **dar lugar al rechazo de la demanda, pues de entrada se advierte que lo pretendido por el accionante escapa del objeto y propósito de la acción y sería contrario a la naturaleza de la misma admitir la demanda para luego culminar el proceso con una decisión que no va a ser de mérito.** Por ello, esta Sección considera que en un caso como el aquí pretendido el juez constitucional puede de entrada rechazar la demanda como acertadamente lo hizo el Tribunal Administrativo del Tolima.*

*Por lo anterior, se concluye que la acción de cumplimiento puede rechazarse al momento de proveer su admisión, en aquellos eventos en los que las pretensiones estén dirigidas a obtener el cumplimiento de una norma procesal o sustancial respecto de una autoridad judicial. (Destaca la Sala)*

Aunado a lo anterior, cabe destacar que como el propio accionante lo afirma, sus pretensiones en el presente medio de control están dirigidas a que se dé cumplimiento a la sentencia 3268 de marzo 30 de 2021 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio -lo cual considera debe hacerse a través de la imposición de sanciones de que trata el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011-, sin embargo dicha decisión de carácter jurisdiccional expone en forma expresa que “...la sentencia presta mérito ejecutivo y ante el incumplimiento de la orden impartida por parte de la demandada, el consumidor podrá adelantar ante los jueces competentes la ejecución de la obligación.”, siendo pertinente por demás señalar que la naturaleza del presente medio de control es obtener el cumplimiento de leyes o actos administrativos y no para hacer cumplir sentencias como la emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de su función jurisdiccional.

Así las cosas, el demandante cuenta con otro instrumento judicial que le permitiría obtener el cumplimiento de la sentencia No. 3268 de marzo 30 de 2021 -cuyo acatamiento es la pretensión que en últimas este persigue-, esto es, mediante el proceso ejecutivo adelantable respecto de dicha decisión.

Por tal razón se declarará la improcedencia del presente medio de control.

<sup>8</sup> Sentencia del 15 de julio de 2004, rad. 68001-23-15-000-2004-054

<sup>9</sup> Auto de 24 de mayo de 2012, Exp. Rad.: 73001-23-31-000-2011-00208-01. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

## 2.6. Costas.

Advirtiendo que el artículo 21 de la Ley 393 de 1997 señala que el fallo contendrá “*si hubiere lugar, la condena en costas*”, empero en armonía con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), y en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista que, la entidad demandada no se hizo parte, ni ejerció actuación alguna dentro del presente trámite judicial, no se impondrá condena en costas.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** improcedente el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos promovido por Héctor Fabio Loaiza Quintero contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO: EJECUTORIADA** la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

### NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 053 de 2021.

  
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente

  
AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

  
AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

**17-001-23-33-000-2013-00505-00**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO**

**DE CALDAS**

**SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)**

**S. 116**

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso **EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA** promovido por la **UNIVERSIDAD DE CALDAS** contra el señor **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO**.

#### **ANTECEDENTES**

Impetra el ente universitario se libre a su favor y en contra del demandado **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO**, mandamiento de pago por \$ 348.541.

Como fundamento de las pretensiones, expone que el señor **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO** promovió proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **UNIVERSIDAD DE CALDAS**, cuyo resultado tanto en primera como en segunda instancia fue favorable al ente universitario, por lo que el señor **QUINTANA VELASCO** fue condenado en costas y agencias en derecho por valor de \$ 348.541, monto debidamente aprobado y que hasta la fecha no ha sido cancelado.

#### **PRONUNCIAMIENTO DEL DEMANDADO**

El señor **JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO** no emitió pronunciamiento alguno dentro del término de traslado del mandamiento ejecutivo.



**CONSIDERACIONES  
DE LA  
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora que se condene por vía ejecutiva al señor JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO al pago de la suma de dinero correspondiente a las costas procesales del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que promovió contra la UNIVERSIDAD DE CALDAS.

**CUESTIÓN PREVIA: EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN.**

Encontrándose a el proceso ejecutivo a despacho para proferir decisión ordenando seguir adelante con la ejecución, a través del correo electrónico, ambas partes allegaron memorial en el que indican que la obligación a cargo del señor QUINETANA VELASCO se halla satisfecha, informando que una vez notificado del mandamiento ejecutivo, el accionado canceló la totalidad de la obligación en 2 cuotas /fl. 455 /.

Para tal efecto, anexaron el Comprobante de Pago N° 847925 de 2 de agosto de 2021 a favor de la UNIVERSIDAD DE CALDAS por valor de \$ 190.000, correspondiente a la primera cuota, así como la certificación expedida por el ente universitario en la que consta la cancelación de la segunda cuota el 31 del mismo mes y año, por valor de \$ 158.541/fls. 457-458/.

El artículo 1626 del Código Civil define el pago como la prestación efectiva de lo que se debe, mientras que el canon 1757 *ídem* establece por modo literal que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta,* y el 442 numeral 2 del CGP, la consagra como una de las excepciones de mérito que pueden alegarse dentro de los procesos de ejecución cuando el título se halla integrado por una providencia judicial.

Siguiendo estas reglas, el H. Consejo de Estado ha determinado que tratándose de procesos ejecutivos para el cobro de obligaciones basadas en providencias judiciales, la excepción de pago implica una carga probatoria en cabeza de quien lo alega. Así lo indicó en providencia de cuatro (4) de

octubre de 2018 con ponencia del Magistrado Julio Roberto Piza (Exp. 11001-03-15-000-2018-02056-00):

“(…) En tal sentido, teniendo en cuenta que la [actora] aportó con la demanda ejecutiva la sentencia condenatoria de nulidad y restablecimiento del derecho, con la constancia de ejecutoria, será a la UGPP a la que le corresponderá, vía excepción contra el título, demostrar que el pago de la obligación reconocida por la jurisdicción se efectuó de manera oportuna. Se insiste, la carga de la prueba en relación con el pago corresponde a la parte que pretende beneficiarse /de/ éste” /Destaca el Tribunal/.

Así las cosas, las partes allegaron los soportes probatorios que dan cuenta que en el curso del presente proceso, el ejecutado JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO dio cumplimiento al pago de la obligación a su cargo, correspondiente las costas de primera y segunda instancia del contencioso subjetivo de anulación que promovió contra la UNIVERSIDAD DE CALDAS, por lo que, siendo el pago una de las formas de extinción de las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, conlleva la terminación del proceso ejecutivo, conforme se dispondrá en la parte resolutive.

#### **COSTAS.**

No habrá condena en costas, atendiendo a que el accionado dio cumplimiento a la obligación ejecutada antes de culminar el trámite procesal, además de que la solicitud de terminación del proceso fue coadyuvada por la UNIVERSIDAD DE CALDAS.

Es por lo discurrido que el Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

DECLÁRASE terminado, por pago total de la obligación, el proceso EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA promovido por la UNIVERSIDAD DE CALDAS contra el señor JOSÉ FERNANDO QUINTANA VELASCO.

SIN COSTAS ni agencias en derecho.

**NOTIFÍQUESE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión según Acta N° 046 de 2021.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17-001-23-33-000-2017-00074-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 117

La Sala 4ª Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA** contra el **MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS)**.

#### PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

- ❖ Se declare responsable a título subjetivo a la demandada por los perjuicios causados al demandante por la falla en la prestación en el servicio durante la ejecución del contrato de obra pública C5-OP-015-2013.
- ❖ Se condene al MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS) a pagar a favor del demandante la suma de \$ 706'162.589, que incluye las obras inicialmente contratadas, así como las adicionales que realizó, sumas que deberán ser actualizadas.
- ❖ Se condene en costas a la municipalidad accionada.

#### SÍNTESIS DE LOS HECHOS

- El MUNICIPIO DE SALAMINA celebró con la empresa OLT CONSTRUCCIONES S.A.S. el contrato de obra C5-OP-015-2013 el 20 de diciembre de 2014, cuyo objeto era la rehabilitación y pavimentación de la calle 8 entre carreras 8 y 9 y el reparcho de diferentes vías urbanas de ese municipio, por valor de \$ 540'833.571 y un plazo de 120 días que posteriormente fue adicionado en 30 más.

- Una vez suscrito el acuerdo contractual y antes de su ejecución, el representante de OLT CONSTRUCCIONES S.A.S. le propuso al accionante RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA que ejecutara las obras, y que posteriormente se legalizaría dicha subcontratación, pues la alcaldesa del municipio estaba de acuerdo con la propuesta.
- El actor aceptó la propuesta e inició obras en enero de 2014, desde entonces, la administración municipal ejecutó conductas que hacían ver al demandante LONDOÑO LEYVA como ejecutor del contrato, pues era citado personalmente a los comités de obra en los que rendía informes y adquiría compromisos, todo lo cual lo hizo confiar en que el municipio no le negaría el pago por su trabajo. Relata que en el último comité de obra, la alcaldesa de manera personal se comprometió con el demandante a cancelar el valor de las obras ejecutadas.
- Pese a que el MUNICIPIO DE SALAMINA había contratado la interventoría de las obras con la empresa COVILCO, esta nunca se presentó a ejercer la vigilancia y control del contrato, que quedó exclusivamente en manos del accionante, prueba de ello es que en el expediente contractual no existen bitácoras suscritas por el interventor y el demandante.
- Llevado por la convicción de que la administración municipal lo reconocía como ejecutor del contrato, el accionante ejecutó la totalidad de obras pactadas y algunas adicionales, relacionadas con alcantarillado, aceros de refuerzo, andenes, demolición, excavación, relleno compacto, concretos, retiro de escombros y rejilla para drenes.
- El 17 de agosto de 2014 la alcaldesa de Salamina y el representante de OLT CONSTRUCTORES suscribieron el acta de recibo de obras, reunión a la que no fue invitado el accionante ROGOBERTO LONDOÑO LEIVA, y posteriormente, el municipio canceló a OLT CONSTRUCTORES S.A.S la totalidad del valor de las obras, causándose de esta manera un daño antijurídico al accionante, quien fue realmente la persona que las ejecutó.
- Ante el no pago de los trabajos realizados, el actor presentó una petición ante la municipalidad accionada para acordar una reunión con el fin de discutir los temas relacionados con el contrato, obteniendo respuesta el 28 de enero de 2015, en la cual el Secretario de Planeación, mismo funcionario que también

asistía a los comités de obra, respondió que el municipio no había autorizado cesión ni subcontratación en el multicitado contrato de obra pública.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Como fundamento jurídico de las pretensiones, expone que de acuerdo con el artículo 90 inciso 2° de la carta política, la entidad demandada causó un daño antijurídico al demandante.

Relata que existe una falla en el servicio por violación del contenido obligacional en el marco del contrato de obra pública, pues el MUNICIPIO DE SALAMINA permitió que una persona diferente a la contratada inicialmente ejecutara las obras civiles que no le fueron canceladas, en suma, dice que el municipio atentó contra su patrimonio al haber negado el pago que le correspondía, mientras canceló el valor de las obras a una empresa que no las ejecutó.

Acota que lo anterior configura una falla probada en el servicio porque el accionante tuvo que invertir de su propio peculio por unas obras que no fueron canceladas, y que dicho detrimento no se habría presentado si la administración municipal no hubiera ejecutado todas las conductas que permitieron crear la fundada convicción de que su trabajo sería remunerado.

### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

El MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS) se pronunció de manera oportuna con el escrito de folios 110 a 136 del cuaderno principal en oposición a las pretensiones de la parte demandante, relatando que el accionante era reconocido como encargado y director de la obra, mas no como contratista, calidad que solo ostentaba OLT CONSTRUCTORES S.A.S. Es decir, el señor ROGOBERTO LONDOÑO LEIVA laboraba con la firma contratista.

Asegura que resultan extrañas las manifestaciones según las cuales el accionante creyó que era contratista, pues es una persona que tiene experiencia contratando con el Estado, lo que se desprende de su inscripción en el Registro

Único de Proponentes, e insiste en que el señor LONDOÑO LEIVA era visto como el director de la obra y la comunidad lo veía como ejecutor, en razón a las funciones que desarrollaba, pero ello no le atribuye la calidad de contratista de la administración. En este punto, acota que es cierto que no existen bitácoras firmadas por el demandante, por la sencilla razón de que él no era contratista.

Recalca que el municipio actuó de buena fe, porque reconoció al demandante como director de la obra, condición que incluso se deriva de documentos firmados por él, por lo que resulta de mala fe de quien hoy demanda, que pretenda desconocer tal condición y atribuirse la de contratista, y que si el actor invirtió sus propios recursos en las obras lo hizo bajo su cuenta y riesgo, pues nunca acudió ante la administración municipal para pedir que se legalizara o aceptara una subcontratación o cesión del contrato.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, pues si alguna suma se adeuda al demandante, está en cabeza de OLT CONSTRUCTORES S.A.S., quien fue la firma contratista y para la cual laboró el accionante, per no con el MUNICIPIO DE SALAMINA, con quien el señor LONDOÑO LEIVA no tuvo vínculo contractual alguno, además, anota que el municipio jamás autorizó la cesión del contrato que suscribió con OLT CONSTRUCTORES S.A.S; ‘INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL MUNICIPIO DE SALAMINA’, pues el actor ha sido contratista del Estado y conoce que no existía un vínculo contractual formal entre él y el municipio, que únicamente firmó el contrato de obra con la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S, iterando que si el contratista ejecutó obras de su propio peculio, lo hizo bajo su cuenta y riesgo; ‘INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DEL MUNICIPIO DE SALAMINA’, porque de los hechos de la demanda se desprende que quien propuso al actor que ejecutara las obras fue la firma contratista y no el MUNICIPIO DE SALAMINA, por lo que el ente territorial es completamente ajeno a cualquier acuerdo entre particulares; ‘MALA FE DEL DEMANDANTE’ a raíz de las contradicciones en las que incurre en el libelo introductor, pues acepta haber hecho un acuerdo con la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S. para ejecutar las obras, firmó documentos donde aparecen pagos parciales y luego pretende se le reconozca la totalidad del valor de las obras y la calidad de contratista; y ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, por ausencia de deudas entre la entidad territorial y la parte actora.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En esta etapa únicamente intervino el **MUNICIPIO DE SALAMINA**, con el escrito que obra de folios 180 a 194 del cuaderno principal.

Menciona que de la prueba testimonial puede extraerse que las actividades desarrolladas por el demandante en el marco del contrato de obra se dieron porque el actor era coordinador de dichos trabajos, además, el accionante acepta que llegó a un acuerdo con OLT CONSTRUCTORES y no con el MUNICIPIO DE SALAMINA, que no conoció ni avaló dicho acuerdo. Añade que en el expediente contractual no existe una sola evidencia de gestión realizada en punto a la cesión del contrato, además, que resulta llamativo que una persona de las calidades del accionante pretenda hacer creer que el fungía como contratista sin haber suscrito ningún acuerdo escrito con las formalidades que exige la ley. Resalta que los testigos fueron claros al manifestar que no conocieron los detalles de la contratación entre el MUNICIPIO DE SALAMINA y la firma OLT CONSTRUCTORES, además, que hablan de obras de acueducto y alcantarillado que son del resorte de EMPOCALDAS y no de esa entidad territorial, y se limitan a afirmar que veían al demandante en las obras, lo que es apenas normal al ostentar el cargo de director de dichos trabajos.

Finalmente, ratifica que si el actor LONDOÑO LEIVA asumió obras de su propio presupuesto, lo hizo por su cuenta y riesgo y nunca con la anuencia de la municipalidad, a tal punto que si el accionante era supuestamente subcontratista, nunca se acercó a la administración municipal a legalizar esta situación, que por demás estaba expresamente prohibida en el contrato.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora se condene al MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS) por los perjuicios de orden económico que supuestamente le ocasionó, al no cancelarle el valor de las obras que él ejecutó, en el marco de un contrato de obra pública en el que afirma, el ente territorial le dio a entender que era él quien ostentaba la calidad de contratista.



## PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con la formulación efectuada en la sub etapa de fijación del litigio los cuestionamientos a dilucidar son los siguientes:

*I) ¿En desarrollo del contrato de obra civil N°C5-OP-015-2013 el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA participó directamente en su ejecución en virtud de subcontratación, o simplemente actuó como jefe de obra de la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S.?*

*II) De acuerdo con lo anterior, ¿el MUNICIPIO DE SALAMINA legitimó o avaló la ejecución directa de obras civiles por cuenta del demandante, o esta situación obedeció exclusivamente a un acuerdo entre este y la sociedad OLT CONSTRUCTORES?*

*III) En caso de desatarse afirmativamente el anterior interrogante, ¿qué perjuicios se le causaron al actor?*

**CUESTIÓN PREVIA: EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA EN EL SUB LITE.**

Antes de proceder con el análisis de fondo de la controversia, estima del caso el Tribunal acotar que la demanda fue planteada a través de la vía procesal de la reparación directa. Al momento del estudio de la admisión del escrito introductor, consideró el Magistrado Sustanciador que el medio de control adecuado era el de controversias contractuales, por lo que dispuso la corrección de la demanda, argumentando lo siguiente:

*“Examinada la demanda de REPARACIÓN DIRECTA incoada por el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA contra el MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS), advierte el Despacho que las pretensiones se circunscriben a la declaratoria de responsabilidad de ese ente territorial por la supuesta afectación del patrimonio del accionante ‘(...) en la ejecución del contrato de obra civil número C5-OP-015-2013’ /fl. 5/, pues esgrime que en virtud de una*

*subcontratación que nunca fue legalizada, fue él quien ejecutó las obras que habían sido originalmente pactadas entre el citado ente territorial y la firma “OLT CONSTRUCTORES”.*

*Por modo, al situar la causa de la presunta responsabilidad de la entidad territorial accionada en el desarrollo de un contrato estatal, considera esta Sala Unitaria que el medio de control idóneo es el de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual se dispondrá la adecuación del libelo introductor a esta tipología procesal” /fl. 99 cdno. 1/.*

Vencido el término de ley para la corrección de la demanda y ante la falta de enmienda, el Magistrado conductor del proceso presentó proyecto de auto de rechazo, que fue improbadado por la Sala mayoritaria, de lo cual se dejó constancia en el proveído que finalmente admitió la demanda de reparación directa en los siguientes términos: *“No obstante el suscrito Magistrado Ponente estar en desacuerdo con la admisión de la demanda al no haberse cumplido la orden de corrección adecuándola al medio de control de controversias contractuales, tal como se había dispuesto en proveído de folio 99, entendiendo la Sala Mayoritaria que el libelo introductor corresponde al de reparación directa, habrá de admitirse” /fl. 105 cdno. 1/.*

Con base en lo expuesto, pasa la Sala a desatar el fondo del asunto.

## (I)

### RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”  
/Resalta la Sala/.

Sobre los elementos de la responsabilidad estatal y los títulos jurídicos que legitiman la obligación de indemnizar aquellos agravios injustificados de carácter patrimonial, se pronunció el órgano de cierre de esta jurisdicción en la sentencia de 13 de abril de 2021 con ponencia del Magistrado Nicolás Yépes Corrales (Exp. 53.430):

“(…) El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia del daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho , que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique , resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio alterum non laedere, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa. La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo

plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere* y de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido”.

Ante este postulado constitucional y la diversidad de supuestos fácticos con los cuales el Estado puede irrogar daños a los particulares, por vía jurisprudencial se han decantado varios títulos de imputación que responden a las características propias de los contextos en los que se produce el hecho dañoso, así como a la dificultad probatoria que se deriva del carácter de algunas actividades altamente técnicas o especializadas.

Según lo expuesto en la demanda, el accionante RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA considera que el MUNICIPIO DE SALAMINA incurrió en una falla en el servicio, con ocasión de la falta de reconocimiento y pago de unas obras ejecutadas por él en ese ente territorial, pero además, por haberle hecho creer que la municipalidad lo reconocía a él como contratista, y que por ende, iba a ser beneficiario del pago de los trabajos ejecutados.

En cuanto a la naturaleza de la falla del servicio como título subjetivo y las connotaciones que tiene dentro del régimen jurídico de la responsabilidad estatal, el Consejo de Estado aludió (Sentencia de 19 de febrero de 2021, M.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. 51.245):

“El Estado es una persona jurídica que requiere de sus órganos y organismos para concretar los fines que lo justifican y, asimismo, demanda de agentes investidos de autoridad, bien sea administrativa, jurisdiccional o legislativa, para que ejecuten las actividades que tales fines requieren en los términos dispuestos en la Constitución y la ley. Sin embargo, la actividad estatal, a través de sus agentes, no siempre goza de ejecución perfecta y ajustada al ordenamiento jurídico y, en ocasiones, producto de una acción tardía, errada, defectuosa o simplemente de una inacción, causa daños antijurídicos que las personas no están llamadas a soportar, pues supone el distanciamiento de las normas

vigentes. En estos escenarios, la jurisprudencia ha definido que el factor de atribución de responsabilidad que permite al perjudicado reclamar el resarcimiento del daño padecido es la falla en el servicio, de ahí que sea considerado desde antaño el título de imputación de responsabilidad por excelencia, por cuanto permite al juez administrativo identificar y exponer los defectos en los que incurre el Estado, con miras a que sean corregidos en el marco de un sistema democrático de división tripartita del poder estatal, sin perjuicio de la imposición del deber de indemnizar los daños causados. En esta línea, para que se active la responsabilidad estatal, por falla en el servicio, es necesaria la presencia de dos presupuestos: que exista un daño antijurídico y que su origen provenga de una acción tardía o defectuosa o una inacción del Estado, de manera que aquél le resulte imputable”.

De tiempo atrás, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo había reconocido este régimen subjetivo como el de mayor aplicación en el ordenamiento colombiano y concretó los supuestos de hecho que se precisan para su reconocimiento por vía judicial (Sentencia de 7 de marzo de 2012, M.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 20.042):

“(…) La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga,

teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”.

Bajo los anteriores parámetros, el Tribunal determinará si en el presente caso existió o no una falla en el servicio imputable al MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS).

## (II)

### EL CASO CONCRETO

Conforme se ha dilucidado según la tesis de la parte actora, corresponde al señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA acreditar el supuesto de hecho que edifica la supuesta falla del servicio, esto es, que el MUNICIPIO DE SALAMINA lo reconoció como contratista en el contrato de obra pública C5-OP-015-2013 y que se

comprometió a efectuar el correspondiente reconocimiento económico, y que al no haberlo hecho en esos términos, se configuró un actuar irregular de la administración municipal.

Al proceso fue aportado el Contrato de Obra Pública C5-OP015-2013 suscrito el 20 de diciembre de 2013 entre la alcaldesa del MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS) y el representante legal de la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S. /fls. 17-26 cdno. 1, 158-168 cdno. 2/, en el cual expresamente se indica que esta esta sociedad funge como contratista.

El objeto del acuerdo, según lo pactado en la cláusula 1ª *‘EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para la Alcaldía las obras relacionadas con "REHABILITACIÓN, PAVIMENTACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CALLE 8ª ENTRE CARRERA 8ª Y 9ª, CARRERA 9ª ENTRE CALLES 5 Y 6ª; Y CONSTRUCCIÓN, REPOSICIÓN Y REPARCHEO DE VÍAS URBANAS SITUADAS EN DIFERENTES SECTORES DEL MUNICIPIO DE SALAMINA CALDAS (...)’*.

En la cláusula 10ª las partes establecieron que *‘EL CONTRATISTA es el único responsable por la vinculación de personal la cual realiza en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, sin que la Alcaldía adquiera responsabilidad alguna por dichos actos. Por tanto corresponde a EL CONTRATISTA el pago de los salarios, cesantías, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar’*, aludiendo seguidamente que *‘EL CONTRATISTA sólo podrá ceder el presente contrato con previa autorización escrita de la Alcaldía’* (Cláusula 11), *‘(...) EL CONTRATISTA sólo podrá subcontratar todo aquello que no implique la ejecución de todo el objeto del presente contrato, con autorización previa y escrita de La Alcaldía. En el texto de los subcontratos autorizados se dejará constancia de que se entienden celebrados dentro y sin perjuicio de los términos de este contrato y bajo la exclusiva responsabilidad de EL CONTRATISTA. La Alcaldía podrá ordenar la terminación del subcontrato en cualquier tiempo, sin que el CONTRATISTA ni el subcontratista tengan derecho a reclamar indemnización de perjuicios o a instaurar acciones contra la Alcaldía por esta causa’* (Cláusula 12).

A folios 28 y 29 del cuaderno principal, 20 a 22 del cuaderno 2, y 425 a 427 del cuaderno 3, reposan las actas de los comités técnicos celebrados el 18 de febrero, 5 y 8 de marzo, 8 de agosto y 16 de octubre de 2014, en los que se abordaron temas como la socialización del contrato con la veeduría ciudadana,

algunos compromisos de la firma interventora, el estado financiero del proyecto y la puesta en común acerca de la fecha para la entrega de las obras. En las actas se halla la firma del accionante RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA, y en algunas de ellas, su nombre se halla seguido de la palabra “contratista”.

De igual manera, milita en el cartulario el acta de entrega y recibo final del aludido contrato de obra, datada el 17 de agosto de 2014, la que fue firmada por la alcaldesa del MUNICIPIO DE SALAMINA, el representante legal de la firma O.L.T CONSTRUCTORES en calidad de contratista, la interventora y algunos miembros de la veeduría ciudadana /fls. 31-33/.

Mediante petición de 31 de diciembre de 2014 dirigida a la alcaldesa de Salamina, el actor ROGOBERTO LONDOÑO LEIVA impetró el reconocimiento y pago de algunas obras adicionales, relacionadas con el alcantarillado y la disposición de escombros, obteniendo respuesta del Secretario de Planeación de esa municipalidad, oficio en el cual manifestó que esa entidad territorial no ha conocido ni autorizado cesiones del contrato de obra o subcontrataciones, por lo que cualquier diferencia surgida entre el señor LONDOÑO LEIVA y la firma contratista OLT CONSTRUCCIONES era ajena al municipio /fls. 47-48/.

Con la demanda, el accionante aportó varias planillas de afiliación al sistema de seguridad social en salud de quienes afirma, son trabajadores vinculados por el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA a las obras relacionadas con el Contrato de Obra Pública C5-0P015-2013, sin embargo, en el espacio correspondiente al empleador, en ninguno de los formatos se encuentra el nombre del accionante, sino de la empresa “MANIZALES ACTIVA S.A.S.”, razón por la cual ninguna fuerza probatoria tienen en relación con el objeto del litigio /fls. 59-93 cdno. 1/.

Finalmente, de las pruebas allegadas por la parte demandante, se encuentra un documento firmado por 42 personas el 25 de marzo de 2015, quienes suscriben la siguiente declaración /fls.94-96 cdno. 1/:

*‘A QUIEN PUEDA INTERESAR Todas las personas que a continuación firmamos presente escrito, mayores de edad, vecinos y residentes en Salamina (Cds), identificados como aparece al pie de nuestras firmas, obrando en nombre propio, por medio de este escrito hacemos constar que como propietarios y arrendatarios de las viviendas ubicadas en la calle 8a entre carreras 8a y 9a y*



*de la carrera 9a entre calles 5a y 6a del municipio de Salamina (Cds) fuimos testigos directos de que el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA fue la persona que conocimos como contratista por parte del municipio que realizó desde el inicio hasta su culminación las obras cuyo objeto fue: "Rehabilitación, pavimentación excavación para alcantarillado, instalación de tuberías, relleno compactos, cajas domiciliarias ,instalación de tuberías para cajas domiciliarias y mejoramiento de la calle 8a entre carreras 8a y 9a, carrera 9ª entre calles 5a y 6a y construcción, reposición y reparcheo de vías urbanas situadas en diferentes sectores del municipio de Salamina, calle salida a la merced construcción ,reposición reparcheo, excavación para alcantarillado, instalación de tuberías relleno compacto, cajas domiciliarias ,tuberías para cajas domiciliarias de acuerdo con las especificaciones técnicas suministradas por la Alcaldía, Ingeniero José Luis Arias jefe de operaciones y mantenimiento Epocaldas (sic) y establecidas en los estudios, planos y diseños; en los pliegos de condiciones; y a las especificaciones y precios unitarios establecidos en la cláusula tercera del presente contrato".*

*Lo anterior en razón a que el contratista o mejor el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA ha solicitado de esta constancia para realizar trámites administrativos y judiciales'.*

Por su parte, la entidad territorial llamada por pasiva aportó la denominada "CARTA DE COMPROMISO DEL PERSONAL PROPUESTO" para el Contrato de Obra Pública C5-OP015-2013 de 18 de diciembre de 2013, cuyo tenor literal indica: 'OLT.CONSTRUCTORES. S.A.S favorecido como contratista del contrato de obra pública N°C5-OP-015-2013 ante el municipio de Salamina, En este caso designa al señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIBA (sic) identificado con cedula 15.958.779 de Salamina caldas, como encargado de la obra y dirección de la misma' /Resalta el Tribunal, fls. 144-145 cdno. 1, 103 cdno. 2/, documento que se encuentra firmado por el representante de OLT CONSTRUCCIONES S.A.S. y el accionante LONDOÑO LEIVA. En este punto anota la Sala que si bien la parte actora formuló tacha de falsedad frente al documento, aduciendo que la firma no corresponde a la del demandante, esta manifestación fue rechazada por extemporánea en la audiencia de pruebas.

Del expediente contractual, se destacan también documentos como las cuentas de cobro dirigidas al MUNICIPIO DE SALAMINA por el representante legal de la

empresa O.L.T. CONSTRUCTORES JORGE ANTONIO MARTÍNEZ, solicitudes de desembolso, actas de avance de obra firmadas por el Secretario de Planeación Municipal de Salamina, el interventor y el representante de OLT CONSTRUCCIONES, informes mensuales de interventoría, informes semanales de supervisión, renuncia al anticipo del contrato de obra, designación de ingenieros residentes de obras, certificaciones proferidas por el municipio sobre el buen avance de las obras, Otrosí N° 1 al contrato de obra en cuanto al tiempo de duración, pólizas de seguros de cumplimiento, actas de modificación de cantidad de obras, de inicio de los trabajos y de recibo de obras. Todos estos documentos se encuentran suscritos por el representante de OLT CONSTRUCCIONES en calidad de contratista /fls. 24-69, 82-84, 91-102, 108-109, 117-149, 153-157, 172-173, 245-294, 328, 332-335, 383-388, 391-392, 508-510; ver también los folios 21-34, 43-65, 79-80, 88-98, 100, 105-106, 114-146, 148-155, 170-173, 180, 232-266, 276-278, 283-284, 317, 321-324 cdno. 3 /.

#### **PRUEBA TESTIMONIAL**

A continuación, la Sala de Decisión sintetiza las declaraciones recibidas dentro de esta causa judicial (CD fl. 164 cdno.1):

➤ **JOSE NEFLTALÍ RAMÍREZ GALVIS:** fue veedor del contrato de obra pública que dio origen a este proceso. Conoció al demandante en el ejercicio de dicha veeduría, en el año 2014 en el MUNICIPIO DE SALAMINA, el contrato se ejecutó en la carrera 9ª calle 8ª salida hacia el municipio de La Merced y un reparcho en el sector del cuerpo de bomberos del municipio. La veeduría consistía en que la calidad de los materiales fuera óptima, que se entregara el trabajo en el tiempo establecido, que el contratista le pagara a los trabajadores, y que los moradores del sector queden satisfechos con la obra.

Expone que era el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA quien ejecutaba el contrato, pavimentación de unas calles, excavaciones, levantaba el afirmado y colocaba redes de acueducto y alcantarillado. Refiere haber visitado el sitio de la obra de manera esporádica, solo cuando consideraba necesario hacer seguimiento a la obra. Anota que el señor RIGOBERTO LONDOÑO era el contratista y estaba pendiente que la obra se ejecutara bien, que los empleados estuvieran trabajando bien, él les preguntaba a los veedores qué recomendaciones tenían. Nunca tuvo en sus manos el texto del contrato que se

estaba ejecutando. No conoció al señor JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ, ni escuchó referirse a la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S., no recuerda quién le pidió que hicieran la veeduría, en muchos casos lo hacía el personero municipal. Al señor RIGOBERTO LONDOÑO se lo presentó otro veedor de nombre LUIS GERARDO ARANGO, quien le manifestó que era el contratista de la obra, sin embargo, no corroboró la información con ninguna instancia municipal. No le consta que el accionante recibiera pagos por la ejecución de las obras. Relata que en su condición de veedor, en una ocasión formuló observaciones a la obra, concretamente por la profundidad de las tuberías que se estaban instalando, esa sugerencia se la hizo al señor RIGOBERTO LONDOÑO de manera verbal.

Anota que se realizaban comités de obra a los que él asistía, en los que siempre estaba el señor RIGOBERTO LONDOÑO y nunca percibió la presencia del representante de OLT CONSTRUCCIONES ni del interventor. Los comités de obra se hacían con la alcaldesa OLGA CONSTANZA DUQUE CHICA, el señor RIGOBERTO LONDOÑO, los veedores y el secretario de planeación. Dice que en una ocasión el señor LONDOÑO LEIVA reclamó el pago de unas obras a la alcaldesa, quien se comprometió a pagarlas en caso de que le presentaran las respectivas actas, dice que ello ocurrió el 16 de octubre de 2014.

Finalmente, indica que fue por información de los demás veedores que supo dónde estaban ubicadas las obras que se estaban ejecutando, pues no conoció el texto del acuerdo contractual.

➤ **LUIS GERARDO ARANGO QUICENO:** expone que es veedor ciudadano en el MUNICIPIO DE SALAMINA. Conoce al señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA por su intervención en el contrato en la calle 8 y carrera 9 y un reparcho en el municipio, pavimentación de 2 cuadras, una de ella con alcantarillado, lo cual le consta porque él hacía parte de la veeduría ciudadana. No tuvo acceso al contrato, pero hacía seguimiento a la obra, visitaba el sitio semanalmente 1 o 2 veces, y siempre observaba al señor RIGOBERTO LONDOÑO como “representante del contrato”, era él quien ejecutaba la obra. Indica que el señor DANIEL HERNÁNDEZ, Secretario de Planeación les indicó que la obra la estaba ejecutando el señor RIGOBERTO LONDOÑO, de quien dice, se identificaba como el contratista, porque él estaba ejecutando, él supervisaba el trabajo. Relata que las observaciones se las hacían al demandante, quien las aceptaba. No le consta quién le pagaba al accionante LONDOÑO LEIVA, recuerda que le

mencionaron la firma OLT CONSTRUCCIONES, pero desconoce quiénes eran los dueños de esa empresa, ellos como veedores creían que el accionante era el representante de esa entidad. No conoce qué persona o entidad autorizó al accionante para ejecutar la obra o estar al frente de los trabajos.

Relata que a los comités de obra asistía el demandante, el secretario de planeación, a veces la alcaldesa y los veedores, no recuerda haber visto representantes de OLT CONSTRUCTORES S.A.S., el señor LONDOÑO LEIVA hizo una reclamación por obras adicionales y la alcaldesa le dijo que presentara los soportes porque ya estaba la plata para pagarlos. Aclara que el demandante siempre fue el contratista de la obra, era el actor quien pagaba a los trabajadores, no conoce el origen de los recursos con los que el señor LONDOÑO LEIVA les pagaba a los trabajadores. Aclara que el señor RIGOBERTO LONDOÑO era el contratista, es decir, que fue él quien contrató con la administración municipal o desconoce si alguien más le entregó el contrato.

➤ **JOSE HUMBERTO GARCÍA USMA:** es agricultor. Expone que conoce al señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA porque fue veedor de la obra de la carrera 9ª y una obra en la salida hacia La Merced, y un parcheo en un punto cercano a la compra de café y la sede de bomberos. No conoció el contrato de esa obra, conoció al demandante en los comités que se llevaban a cabo en la alcaldía municipal, dice que cuando asistía el demandante siempre participaba. Visitó 3 o 4 veces el sitio de la obra. No recuerda que se le haya mencionado a OLT CONSTRUCTORES. A los comités asistían los 3 veedores, el señor RIGOBERTO LONDOÑO y la alcaldesa del municipio, y un servidor de planeación, en ninguno de esos comités conoció la presencia de algún representante de OLT CONSTRUCTORES. Por último, recuerda que la alcaldesa en el último comité se comprometió con el accionante a pagar unas obras que hacían falta.

\*\*\*

Retomando el hilo conductor del análisis judicial, en el proceso se encuentra documentado por modo suficiente que el Contrato de Obra Pública C5-0P015-2013 suscrito el 20 de diciembre de 2013, tuvo como partes al MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS) y a la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S., y por ende, diáfano resulta que el accionante RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA no ostenta la condición de contratista, conclusión que además, encuentra fundamento en los principios

que gobiernan la contratación pública, tales como el de selección objetiva del contratista, así como el carácter solemne de los acuerdos bilaterales celebrados con las entidades públicas (art. 32 Ley 80/93).

Pese a lo anterior, y a que todos los documentos que integran el expediente contractual conlleven a concluir que el señor LONDOÑO LEIVA nunca tuvo la condición de contratista en el marco de ese acuerdo de voluntades, el actor estima que la falla en el servicio que atribuye al MUNICIPIO DE SALAMINA, radica en que la municipalidad le creó la errada convicción de que lo reconocía como parte en el contrato, y que por ello, sería acreedor del pago de los trabajos realizados.

Esta aseveración se ve refutada no solo por las pruebas que integran el cartulario, si no por las afirmaciones de la propia parte actora, como la que hace en el hecho 2 del escrito introductor, cuando manifiesta de manera textual, que: 'Antes de iniciarse la ejecución del contrato de obra antes mencionado y cuando este ya se encontraba suscrito, el representante legal de OLT CONSTRUCTORES le propuso al señor RIGOBERO LONDOÑO LEIVA que fuera él quien ejecutara las mencionadas obras y que la Alcaldesa estaba de acuerdo con dicha propuesta, por lo que los dos se comprometían a que se legalizaría la subcontratación con la Alcaldía una vez mi poderdante diera inicio a las obras' /Destacado de la Sala, fl. 2/ .

De lo sostenido por el demandante, emerge que no solo reconoce que el contrato de obra fue firmado entre el MUNICIPIO DE SALAMINA y OLT CONSTRUCTORES S.A.S., lo que además se encuentra probado, si no que quien supuestamente le hizo creer que podía emprender las obras y luego sería beneficiario de una posterior subcontratación fue el representante de OLT CONSTRUCTORES S.A.S. y no el ente territorial, a quien le asiste razón cuando expresa que ninguna prueba se ha allegado que indique que el municipio conocía o avalaba dicho acuerdo, que de existir, atañe exclusivamente a dos particulares.

De ahí que resulte inverosímil desde el punto de vista probatorio, que se pretenda atribuir al MUNICIPIO DE SALAMINA una supuesta falla en el servicio, a partir del no pago de unas obras para las que nunca contrató al señor LONDOÑO LEIVA, quien se itera, deriva esta supuesta obligación de un presunto trato o acuerdo realizado de manera verbal con una firma privada de construcción y no

con la entidad pública a quien hoy pretende imputar la responsabilidad extracontractual.

En este punto, resulta del caso recordar que por expresa consagración en el texto del acuerdo contractual multicitado, la cesión del mismo se hallaba prohibida, mientras que en el caso de la subcontratación, esta debía contar con autorización previa, escrita y expresa del MUNICIPIO DE SALAMINA, la cual nunca se dio, incluso, ni siquiera existe prueba o al menos afirmación de que el accionante hubiera acudido ante la administración municipal a legalizar la supuesta subcontratación, razón de peso que también le resta fuerza de convicción a la tesis de la parte demandante.

Otro de los supuestos fácticos en los que se funda la parte actora para el reconocimiento pretendido, indica que la entonces alcaldesa del municipio demandado, OLGA CONSTANZA DUQUE CHICA, se comprometió con el accionante LONDOÑO LEIVA a cancelar el valor de algunos trabajos cuyo pago se hallaba pendiente, manifestación que al parecer hizo en uno de los comités de obra. Para el Tribunal, esta expresión no debe analizarse por fuera del contexto en el que se produjo, pues según lo afirmaron los 3 testigos veedores del contrato, quienes asistieron a dichas reuniones, la mandataria municipal indicó de manera categórica que podía acceder al pago siempre y cuando le allegaran las respectivas actas de la obra, las cuales, anota esta Sala, por razones lógicas solo podían estar firmadas por el representante legal de OLT CONSTRUCTORES como contratista, tal como lo denotan los diferentes instrumentos documentales que integran el expediente contractual.

Es decir, aun cuando resulte cierto que la alcaldesa convino en realizar el pago de las obras que hicieran falta, para ello exigió la presentación de las actas que soportaran los trabajos, lo que en lugar de representar un reconocimiento de la calidad de contratista del accionante, lo que confirma es que la municipalidad demandada solo reconocía esa condición a la firma OLT CONSTRUCTORES S.A.S., con quien suscribió el acuerdo.

Lo único que la prueba testimonial arroja a este respecto es que el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA estaba presente en la ejecución de los trabajos y que asistía a los comités de obra, aspectos que no hacen parte del litigio e incluso, son reconocidos por ambos extremos procesales, pues lo que realmente

es punto de controversia, es si el MUNICIPIO DE SALAMINA legitimó en algún momento al actor como contratista, aspecto sobre el cual los medios de prueba permiten concluir todo lo contrario, como quiera que el actor era reconocido como director de la obra, y por ello, su presencia en estos ámbitos no resultaba ajena ni extraña a esa condición.

Finalmente, los testigos LUIS ARANGO, JOSÉ NEFTALÍ RAMÍREZ y JOSÉ HUMBERTO GARCIA, veedores del contrato, han manifestado que siempre reconocieron al accionante como contratista del mismo, afirmación que no pasa de ser una opinión o concepto personal de los deponentes, quienes fueron explícitos al mencionar que nunca conocieron el texto del contrato, ni el origen de los recursos con los que se le pagaba al señor LONDOÑO LEIVA, aspectos que denotan la nula fuerza de acreditación de estas declaraciones en este punto específico, más aun cuando en los testimonios se vislumbra que los declarantes no tenían suficientemente claro el alcance jurídico del concepto de contratista que le atribuyen al actor.

Y lo propio ha de afirmarse del contenido de la declaración suscrita por 42 personas residentes o vecinos del sector donde se ejecutaron las obras de reparación de la vía, en la que afirman que el señor RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA fue la persona que conocieron como contratista, manifestación que no ahonda en las razones que la sustentan y por ello, también se halla desprovista de fuerza de convicción para los propósitos de este análisis.

Colofón de lo expuesto, el accionante no acreditó la supuesta falla del servicio que atribuye al MUNICIPIO DE SALAMINA, bajo el entendido de que la municipalidad ejecutó conductas que le hicieron creer que él era reconocido como contratista, por el contrario, todas las actuaciones del ente territorial permiten concluir que la relación contractual tuvo como parte a la firma OLT CONSTRUCTORES, de quien afirma el actor, se comprometió con él a pagarle las obras y a legalizar una subcontratación que nunca tuvo lugar.

En este orden, plena razón le asiste a la entidad accionada cuando sostiene que si alguna acreencia o relación negocial se halla insatisfecha o insoluble frente al accionante, esta no atañe en modo alguno al municipio, pues ninguna prueba obra de que haya legitimado la condición que el demandante pretende asumir dentro de un acuerdo contractual en el que no fue parte, y por ello, los

eventuales reclamos a este respecto proceden frente a terceros, en un escenario diverso a la pretendida declaratoria de responsabilidad de la entidad llamada por pasiva.

En virtud de lo anterior, se negarán las pretensiones de la parte demandante.

#### **COSTAS.**

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11, se condenará en costas a la parte demandante.

Como agencias en derecho, se fija el 3% del valor pretendido a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, en virtud de lo dispuesto en 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**NIÉGANSE** las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **RIGOBERTO LONDOÑO LEIVA** contra el **MUNICIPIO DE SALAMINA (CALDAS)**.

**COSTAS** a cargo de la **parte actora**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

**FÍJANSE** como agencias en derecho, el 3% del valor pretendido a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, en virtud de lo dispuesto en 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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.



**ACÉPTASE** la renuncia que al poder conferido por el MUNICIPIO DE SALAMINA hace la abogada CARMEN EUGENCIA CARDONA LEÓN /fl. 196/, en su lugar, **RECONÓCESE** personería a la abogada SANDRA CAROLINA HOYOS GUZMÁN (C.C. N° 52'441.445 y T.P. N° 168.650) como apoderada de dicha entidad territorial en los términos del poder a ella conferido /fl. 219/.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2021.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

**17-001-33-39-005-2018-00376-02**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO**

**DE CALDAS**

**SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)**

**S. 111**

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **OLGA ESPERANZA CASTAÑO QUICENO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

#### **ANTECEDENTES**

##### **PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.**

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 7713-6 de 10 de octubre de 2017.
  
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
  
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5º de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

#### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas

generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 56 a 63, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD’, pues los actos demandados fueron proferidos acatando las normas aplicables a la situación de la parte actora; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, porque el descuento con destino al sistema de salud del 12% es una regla general en el ordenamiento jurídico colombiano, con arraigo en la jurisprudencia del Consejo de Estado; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, en la medida que dichos descuentos se basan en los principios de sostenibilidad, eficiencia y universalidad del sistema de seguridad social; ‘SOSTENIBILIDAD FINANCIERA’, principio elevado a rango constitucional con base en el Acto Legislativo N°01 de 2005; ‘BUENA FE’, diciendo que la actuación de la entidad demandada se ciñe a derecho; y la ‘GENÉRICA’.

#### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juez 5° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N°8).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional en Sentencia C-387 de 1994, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre

el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1° de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

#### **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que constituye el PDF N° 10, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de

la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

**CONSIDERACIONES  
DE LA  
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

## PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

### (I)

#### AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“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” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

**“ARTICULO 1o.** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

**“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante,

las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional

con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda **no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”**, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, **de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular..** (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles”  
/Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones

---

<sup>5</sup> “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.



## **CASO CONCRETO**

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora OLGA ESPERANZA CASTAÑO QUICENO supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 2'735.284 para 2013) /fl. 39 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

### **(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad

que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

**El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.** La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)  
(...)”*

#### 6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
-----------------------------	----

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	---

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)” /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los*

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*pensionados*’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *-régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM-* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

#### **COSTAS.**

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **OLGA**



**ESPERANZA CASTAÑO QUICENO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2020.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17001-33-33-004-2018-00534-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 112

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **BEATRIZ MEJÍA CARDONA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

#### ANTECEDENTES

##### PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 8832-6 de 16 de noviembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

#### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas

generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según la constancia de folio 53 del cuaderno principal.

#### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 6).

Como sustento de la decisión, acudió a los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 que regula el reajuste periódico de las pensiones, en desarrollo del mandato superior establecido en el canon 53 Constitucional; 279 de la misma norma, que preceptúa las excepciones para la aplicación del régimen general de pensiones.

Menciona que al tenor de lo analizado por la Corte Constitucional, el derecho al aumento en el valor de las pensiones en determinado monto no es un derecho adquirido, sino una mera expectativa, pues el legislador goza de un margen amplio de decisión sobre el método a emplear para el ajuste de las pensiones, siempre que se garantice el poder adquisitivo de su valor.

Abordando los pormenores del caso, estableció que con la expedición de la Ley 100 de 1993, quedaron sin efectos las disposiciones contrarias, como el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 y con respecto de la violación del principio de favorabilidad, concluyó que solo aplica en caso de vacíos normativos o tratamientos distintos en casos iguales, lo cual no aplica en el caso.

En cuanto al segundo de los problemas jurídicos, referido al porcentaje de los descuentos con destino al sistema de salud, estimó que si bien con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se conservó el régimen especial en

pensiones de los docentes (Ley 91 de 1989), en cuanto a los aportes al sistema de seguridad social estos sí deben ceñirse a la norma general, intelección que refuerza con lo esbozado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-369 de 2004.

Finalmente, concluyó que la parte actora también debe realizar aportes con destino al sistema de salud sobre las mesadas de julio y diciembre, pues ingresó al servicio docente con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003 y obtuvo su reconocimiento pensional con base en los mandatos de la Ley 91 de 1989.

#### **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que constituye el PDF N° 8, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

### PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*

- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

**AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES**

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“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” /Destaca el Tribunal/.



Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

**“ARTICULO 1o.** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”  
/Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles”  
/Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal

---

<sup>5</sup> “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y

debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

---

pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

### **CASO CONCRETO**

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora BEATRIZ MEJÍA DE BURITICÁ supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'795.909 para 2009) /fl. 41 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.



(II)  
**DESCUENTOS CON DESTINO  
AL SISTEMA DE SALUD**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”  
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’*.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’*.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)*

#### *6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para</i>

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	---

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)” /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 -*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes

con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

#### **COSTAS.**

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **BEATRIZ MEJÍA CARDONA** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.



Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2020.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

**17-001-33-39-007-2019-00006-02**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO**

**DE CALDAS**

**SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)**

**S. 113**

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA ILBA BURITICÁ ARIAS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

#### **ANTECEDENTES**

##### **PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.**

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9336-6 de 28 de noviembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

#### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas

generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció con memorial obrante de folios 61 a 63, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo la excepción denominada ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, en la medida que dichos descuentos se basan en los principios de sostenibilidad, eficiencia y universalidad del sistema de seguridad social, además, señala que la Ley 812 de 2003 es diáfana en remitir para efectos de los descuentos en salud, a los mandatos de la Ley 100 de 1993.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 51-55/ formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, teniendo en cuenta que las normas que gobiernan la pensión de la parte actora legitiman la forma de descontar los aportes con destino al sistema de salud; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

#### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Jueza 7ª Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 6).

Sobre los incrementos pensionales, concluyó que los reajustes establecidos en las leyes 4/76 y 71/88 no están surtiendo efectos jurídicos en la actualidad, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 14 indica la forma en que se deben reajustar las pensiones anualmente a partir de su vigencia, esto es, con base en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE

para el año inmediatamente anterior, tesis que también apoya en la Sentencia C-110 de 2006.

Tampoco halló vulneración al principio de favorabilidad con la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para los reajustes anuales de la pensión, pues la norma es clara en establecer que el incremento pensional dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es aplicable aún para aquellos sectores exceptuados y enunciados en el artículo 279 de la misma norma.

Frente a los descuentos con destino al sistema de salud, indicó que el numeral 5 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 los fijó en un porcentaje del 5% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, y que dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, variación que únicamente cubija el porcentaje, pues en lo que respecta a los descuentos en salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre se mantiene vigente.

#### **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que constituye el PDF N° 9, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993

siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

**AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES**

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“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” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

**“ARTICULO 1o.** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles”  
/Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso

mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 párrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: (...)”

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley

---

<sup>5</sup> “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

### **CASO CONCRETO**

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora MARIA ILBA BURITICÁ ARIAS supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'967.096 para 2010) /fl. 42 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.



(II)  
**DESCUENTOS CON DESTINO  
AL SISTEMA DE SALUD**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”  
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’*.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’*.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)*

#### *6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para</i>

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	---

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)” /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 -*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes

con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

#### **COSTAS.**

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MARIA ILBA BURITICÁ ARIAS** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.



Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2020.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17-001-33-33-002-2019-00312-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 114

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ADIELA ARIAS OROZCO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

#### ANTECEDENTES

##### PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9520-6 del 5 de diciembre de 2017.

II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5º de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

#### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose

con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

➤ Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio

docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, conforme se hace constar en el documento PDF N° 10.

#### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N° 16).

Como base de la decisión, la funcionaria judicial expresó que no se puede reajustar la pensión de los docentes acudiendo al artículo 1 de la Ley 71 de 1988 porque este fue derogado por la Ley 812 de 2003, que en cuanto a los incrementos pensionales, ciñe su regulación a lo previsto en la Ley 100 de 1993, incluso tratándose de los regímenes exceptuados como el de los educadores.

Luego, estimó que la Ley 91 de 1989 fue objeto de modificación en punto a los porcentajes que deben ser objeto de aporte al sistema de salud, por lo que para todos los pensionados, incluyendo los afiliados al FNPSM, dicho porcentaje está definido en la Ley 812 de 2003 y la sentencia C-369 de 2004, además, los descuentos incluyen las mesadas adicionales de junio y diciembre, por expreso mandato de la Ley 91 de 1989.

#### **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que se halla en el PDF N° 8, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

## CONSIDERACIONES DE LA

## SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

## PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

## AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“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” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.



el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

**“ARTICULO 1o.** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

**“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se

reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda **no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”**[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, **de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular..** (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

---

<sup>5</sup> “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de

aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

### **CASO CONCRETO**

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora ADIELA ARIAS OROZCO supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 1'809.398 para 2009) /fl. 45/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

### **(II) DESCUENTOS CON DESTINO AL SISTEMA DE SALUD**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.



Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.

para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de

conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

**El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.** La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo

*del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’*.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)*  
(...)

## **6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)” /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que*

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

*pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 *-régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM-* sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

**COSTAS.**

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ADIELA**

**ARIAS OROZCO** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2021.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



17001-33-39-006-2019-00506-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

S. 115

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ALBA LUCÍA RENDÓN DE GONZÁLEZ** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

#### ANTECEDENTES

#### PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 9521-6 de 5 de diciembre de 2017.
- II) Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- III) Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

IV) Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.

V) Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.

VI) Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.

VII) Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor de la parte accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

#### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis, expresa lo siguiente:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.

- Presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

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

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 238/95; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

## **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM**, se pronunció de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones del libelo demandador y proponiendo las excepciones denominadas ‘LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD’, pues los actos demandados fueron proferidos acatando las normas aplicables a la situación de la parte actora; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, porque el descuento con destino al sistema de salud del 12% es una regla general en el ordenamiento jurídico colombiano, con arraigo en la jurisprudencia del Consejo de Estado; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, en la medida que dichos descuentos se basan en los principios de sostenibilidad, eficiencia y universalidad del sistema de seguridad social; y ‘SOSTENIBILIDAD FINANCIERA’, principio elevado a rango constitucional con base en el Acto Legislativo N°01 de 2005 (PDF N°9).

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** (PDF N°11) formuló como excepciones las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, fundamentada en que no le asiste competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones docentes, las cuales están en cabeza del FNPSM; ‘INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS DESCUENTOS EN SALUD RÉGIMEN DOCENTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’, teniendo en cuenta que las normas que gobiernan la pensión de la parte actora legitiman la forma de descontar los aportes con destino al sistema de salud; ‘BUENA FE’ atendiendo a que su actuación se ha ceñido a los postulados legales; y ‘PRESCRIPCIÓN’, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1838 de 1969.

## **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora en los términos que pasan a compendiarse (PDF N°23).

En primer término, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, para lo cual indicó que con base en los profusos pronunciamientos de esta jurisdicción, el

reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

En cuanto al fondo del asunto, determinó que la remisión que hace el régimen docente a la ley 100 de 1993 se concreta en la tasa de cotización al sistema de salud, incluyendo los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. En cuanto al incremento de la mesada pensional, expuso que la Ley 100/93 consagra que este debe darse con base en el I.P.C, y derogó las disposiciones contrarias a sus mandatos, como lo es en este caso el artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

#### **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.**

Mediante memorial que constituye el PDF N°26, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, centrando su desacuerdo con la decisión en los puntos que a continuación se relacionan.

Expresa que la sentencia de primer grado desconoce la supremacía constitucional y la prevalencia de las normas especiales sobre las generales, en la medida que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, aún vigente para un grupo de docentes, circunscribe el aumento del valor de las pensiones al incremento del salario mínimo mensual legal vigente. En este sentido, desestima el argumento según el cual ese artículo haya sido sustituido por el canon 14 de la Ley 100 de 1993, pues a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 como es su caso, han de aplicarse las normas anteriores a su vigencia.

Plantea que con la promulgación de la Ley 238 de 1995, el legislador pretendió que los pensionados mantuvieran el poder adquisitivo de estas prestaciones, pudiendo optar por el régimen general o el especial según les resulte más favorable, es decir, se aplica el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 siempre y cuando redunde en beneficio del pensionado, en todo caso, indica que los docentes ya contaban con una norma que les garantizaba mantener el poder adquisitivo de la mesada, como lo es la Ley 71/88.

Reitera que con base en la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo N° 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes vinculados antes de promulgada esa norma está conformado por la Ley 91 de 1989 y las normas que la complementen, como la citada Ley 71/88, por lo que solo a los docentes vinculados luego de proferida la Ley 812/03 resulta viable aplicarles el ajuste del IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. De la misma manera, cuestiona que no se haya empleado el principio de favorabilidad, pues a su juicio, es claro que existen dos regímenes pensionales, uno general y aquel que cobija a los docentes.

En cuanto a los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, acota que estos deben ser del 5% y no del 12%, atendiendo lo dispuesto en las Sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002, por lo que considera que proceder en contravía de esta hermenéutica implica la creación de un tercer régimen o una disposición desfavorable para el docente.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora la nulidad del acto administrativo con el cual se negó el reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento anual del salario mínimo mensual legal vigente, atendiendo los dictados de la Ley 71 de 1988, así como la reducción del monto de los aportes con destino al sistema de salud del 12% al 5%.

### PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte nulidisciente al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario*

*mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*

- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

(I)

### **AJUSTE PERIÓDICO DE LAS PENSIONES**

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

**“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” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976<sup>1</sup> disponía a la sazón:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

**“ARTICULO 1o.** Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

**PARAGRAFO.** Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

---

<sup>1</sup> “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.



En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994<sup>2</sup>, de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

---

<sup>2</sup> MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« (...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017<sup>4</sup> esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año

---

<sup>4</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma<sup>5</sup>, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones

---

<sup>5</sup> “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo son contestes en aludir que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario.

### **CASO CONCRETO**

En virtud de lo expuesto y abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora ALBA LUCÍA RENDÓN DE GONZÁLEZ supera con creces el valor del salario mínimo legal mensual vigente (la mesada pensional reconocida equivale a \$ 881.707 para 2006) /fl. 42/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente

al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

**(II)**  
**DESCUENTOS CON DESTINO**  
**AL SISTEMA DE SALUD**

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la H. Corte Constitucional<sup>6</sup> expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

---

<sup>6</sup> Sentencia T-835 de 2014.



“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

“A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se

haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”  
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos (2) modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser *‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.*

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento

por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

*“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)*

#### *6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para</i>

<sup>7</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>
--	---

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)” /Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social - *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 -*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes

con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup> al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio

---

<sup>9</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

En conclusión, el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

#### **COSTAS.**

Se condenará en costas a la apelante, en virtud del supuesto previsto en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ALBA LUCÍA RENDÓN DE GONZÁLEZ** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2021.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



17-001-23-33-000-2020-00072-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 305

Antes de proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **FABIO HERNÁN RAMÍREZ ZULUAGA** contra el **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**, conforme al inciso 2º del artículo 213 de la Ley 1437/11, como **PRUEBA DE OFICIO**, por Secretaría **OFÍCIESE** al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** para que en un lapso no superior a diez (10) días, se sirva expedir certificación en la que conste:

- (i) Si la Resolución N° 2599-6 de 4 de abril de 2017, mediante la cual se reconoció la cesantía parcial al señor **FABIO HERNÁN RAMÍREZ ZULUAGA** (C.C. N° 10'176.366) fue radicada ante el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM** o su administradora **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, precisando la fecha de radicación y allegando el soporte documental correspondiente.

La certificación deberá ser enviada a través del correo "[sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co](mailto:sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co)", y una vez allegada, atendiendo el mandato previsto en el canon 170 inciso 2º del C.G.P., se correrá traslado a las partes y el Ministerio Público en la forma establecida en el artículo 201A de la Ley 1437 de 2011.

**NOTIFÍQUESE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha según Acta N° 046 de 2021.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

17-001-33-33-005-2020-00155-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, quince (15) de OCTUBRE de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 306

La Sala de Decisión decide el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con el cual negó el mandamiento de pago, solicitado con la demanda **EJECUTIVA** presentada por el señor **WILSON ARIAS MURILLO** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

#### ANTECEDENTES

La parte accionante pretende se libre orden de ejecución contra la municipalidad demandada por valor de \$ 11' 726.570, producto de la condena que le fue impuesta mediante sentencia por esta jurisdicción, y que corresponde al saldo que no ha sido cancelado.

Como sustento de la pretensión, relata que en su calidad de bombero, adelantó proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de horas extras diurnas y nocturnas y el reajuste de las prestaciones sociales, sin embargo, acota que pese a resultar favorecido con las decisiones de primera y segunda instancia, el ente territorial apenas ha dado cumplimiento parcial a dichos fallos.

De manera concreta, dice que el municipio solo hizo el cálculo de reajuste de las cesantías, pero no obra constancia de consignación en un fondo, no pagó la totalidad de horas extras diurnas y nocturnas, así como los intereses de mora entre la fecha de ejecutoria de la sentencia y la de pago parcial.

## **EL AUTO APELADO**

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales negó el mandamiento ejecutivo, esgrimiendo que el MUNICIPIO DE MANIZALES ya canceló la obligación, e incluso pagó una suma mayor a la que le correspondía, argumentando que las sentencias de condena contiene sumas liquidables pero no liquidadas, por lo que atañe al juez de la ejecución precisar el alcance de la obligación a la hora de evaluar si se libra o no mandamiento ejecutivo (PDF N° 3).

Al referirse a las horas extras, estimó que únicamente deben liquidarse las diurnas y no las nocturnas, pues estas están concebidas únicamente para quienes desempeñan habitualmente su labor en jornada ordinaria diurna, no así el demandante, quien prestó sus turnos en jornada mixta, de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978. Adicionalmente, indicó que el artículo 36 literal d) ibídem, establece un límite en el reconocimiento de horas extras de 5. Efectuada la liquidación de las horas extras, arrojó un valor de \$ 4'066.820, y atendiendo que el MUNICIPIO DE MANIZALES canceló la suma de \$ 9'294.552, determinó que no se adeuda rubro alguno por este concepto.

Con respecto al reajuste de las prestaciones sociales, precisó que las horas extras constituyen factor para liquidar las cesantías y las pensiones, no así las primas de servicios, vacaciones, antigüedad y navidad, y las bonificaciones, y al liquidar las cesantías, también halló que el valor resultaba inferior al pagado al actor por el ente territorial accionado, por lo que tampoco estimó viable proferir orden de ejecución por este rubro.

## **EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO**

Con el memorial que obra en el PDF N° 5, la parte demandante impugnó el auto proferido por la falladora de primera instancia.

Considera que con la decisión cuestionada, la jueza del ejecutivo está alterando los fallos que sirven de base a la ejecución, pues esas sentencias en ningún momento excluyeron el reconocimiento de horas nocturnas, como sí lo hace la jueza al negar el mandamiento ejecutivo, en una interpretación del artículo 35 del Decreto 1045 de 1978 que a su juicio resulta equivocada. Además, anota que el

juzgado procedió a realizar liquidación del crédito, asumiendo funciones de la administración municipal, pormenorizando de manera ilegal una suma que ya se halla reconocida.

Explica que mediante la Resolución N° 661 de 31 de octubre de 2014, el MUNICIPIO DE MANIZALES reconoció el pago de horas extras tanto diurnas como nocturnas a favor del demandante, y el único yerro consistió en no haber reconocido la totalidad de horas laboradas, por lo que el juzgador en materia ejecutiva no puede desconocer estas situaciones ya consolidadas.

Similar reclamo formula sobre las prestaciones sociales, reconocimiento que en su sentir, no puede limitarse a las cesantías, sino a todos los conceptos que recibió un bombero durante los años 2007 a 2009, por lo que considera que las sentencias que sirven de título ejecutivo contienen obligaciones claras, expresas y exigibles que no pueden ser desconocidas por los jueces de ejecución, como ocurre en este caso.

Finalmente, dice que también se le adeudan los intereses moratorios causados entre la fecha de ejecutoria de la sentencia y el acto administrativo que dispuso el pago parcial, y entre este y la fecha de la presentación de la demanda ejecutiva.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN**

Persigue la parte actora se revoque el auto proferido por el Juzgado 4° Administrativo de Manizales con el cual negó el mandamiento de pago contra el MUNICIPIO DE MANIZALES.

El artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 establece que, para los efectos de ese código, constituyen título ejecutivo *‘1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias’*, disposición que se acompaña con lo establecido en el canon 422 del Código General del Proceso, por cuyo ministerio:

“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor

o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184” /Resalta el Tribunal/.

De otro lado, el H. Consejo de Estado - Sección 3ª, con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, refiriéndose a las condiciones esenciales de los títulos ejecutivos, expresó que,

“(...) Esta Sección (alude a los autos de 4 de mayo de 2002 y 30 de marzo de 2006, expedientes 15.679 y 30.086, en su orden) ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las primeras (las formales, anota este Tribunal) se refieren a que los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, sean auténticos y emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

Las condiciones sustanciales se traducen en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o de su causante, sean claras, expresas y exigibles”.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, el título ejecutivo se encuentra constituido por las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado 1° Administrativo de Descongestión de Manizales el 17 de junio de 2013, y por este Tribunal el 16 de enero de 2014, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el hoy ejecutante WILSON ARIAS MURILLO contra el MUNICIPIO DE MANIZALES.

En el marco de dicho contencioso subjetivo de anulación, esta jurisdicción especializada profirió fallo condenatorio contra la entidad territorial en los siguientes términos:

“(…)

Primero: MODIFÍCANSE los ordinales segundo, cuarto y quinto, de la sentencia proferida el diecisiete (17) de junio de dos mil trece (2013) por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, que concedió las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Wilson Arias Murillo contra el Municipio de Manizales, los cuales quedarán así:

"SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los Oficios UGH-188 del 6 de abril de 2009 y S.S.A-GH 00710 del 09 de abril de 2010 en lo referente a las horas extras conforme a lo expuesto en precedencia."

"CUARTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SE ORDENA al Municipio de Manizales pagar a favor de la parte demandante el valor de las horas extras laboradas desde el 7 de septiembre de 2007 y hasta el 9 de junio de 2009, con estricta sujeción a las órdenes del día obrantes en el cuaderno 2 que conforman el cuadro de turnos cumplido por el demandante, en los términos señalados en la parte considerativa de esta providencia".

QUINTO: CONDÉNASE al Municipio de Manizales a reliquidar los dineros reconocidos al señor Wilson Arias Murillo por concepto de prestaciones sociales teniendo en cuenta el concepto de horas extras, a partir del 7 de septiembre de 2007 y hasta el 9 de junio de 2009".

De acuerdo con lo expuesto, correspondía a la jueza de ejecución determinar si a partir de la sentencia proferida dentro del proceso declarativo, surge una obligación que cumpla con los parámetros del artículo 422 de la Ley 1564 de 2012 y las pautas trazadas por el H. Consejo de Estado, es decir, examinar si la obligación es: (i) clara, siempre y cuando el contenido de la condena impuesta sea

diáfano, esto es, se entienda en un solo sentido; **expresa**, en tanto emane de la redacción misma y documento contentivo de la providencia que le sirve de base, y **exigible**, por no hallarse sometida a plazo o condición diferente de los términos de ley, específicamente el previsto en el artículo 192 inc. 2° de la Ley 1437 de 2011 (10 meses a partir de la ejecutoria de la sentencia).

La evaluación de los aspectos enlistados emerge como un aspecto de capital importancia en el sub lite por su relación directa con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien manifestó que los razonamientos que la jueza de primera instancia tuvo en cuenta para negar el mandamiento de pago, se encaminan a modificar las decisiones proferidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen al título ejecutivo, aspecto que a su juicio, se encuentra vedado al juez de la ejecución.

El Tribunal se separa de esta interpretación, pues el rol del juez de la ejecución no puede entenderse como netamente instrumental u operativo frente al título base de recaudo, por el contrario, la ley procesal le otorga plenas facultades para revisar el contenido de la obligación y determinar si es menester o no librar mandamiento de pago, y aun en caso de acceder a proferir orden de ejecución, le corresponde determinar el alcance de la prestación adeudada, como se desprende de las normas que rigen este tipo de procesos.

Sobre este punto, es diáfano el artículo 430 del Código General del Proceso al establecer que, *“Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal”*, /Resalta la Sala/ por lo que en el sub lite, mal podría interpretarse que, como lo pretende el accionante, la funcionaria judicial se halle inexorablemente sujeta a lo pedido en la demanda ejecutiva, intelección que contradice la hermenéutica del texto legal citado.

Por el contrario, corresponde al juez de la ejecución el ejercicio de una tarea proactiva, que implica la revisión de los aspectos formales y sustanciales del título ejecutivo con el fin de determinar si se halla frente a una obligación incumplida, y con ello, hay lugar a librar mandamiento de pago, más aun cuando como ocurre en este caso, el título es de carácter complejo, integrado por la sentencia judicial y el acto administrativo con el que se pretendió darle cabal cumplimiento.



Así lo ha considerado el Consejo de Estado (auto de 30 de mayo de 2013, proferido dentro del proceso identificado con el número interno 18.057 con ponencia del magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas):

“En materia de lo contencioso administrativo, el proceso ejecutivo sirve para pedir el cumplimiento forzado de las obligaciones a cargo de las entidades públicas que consten, por ejemplo, en los actos administrativos ejecutoriados o en las providencias judiciales. Por regla general, en los procesos ejecutivos que se promueven con fundamento en las providencias judiciales, el título ejecutivo es complejo y está conformado por la providencia y el acto que expide la administración para cumplirla. En ese caso, el proceso ejecutivo se inicia porque la sentencia se acató de manera imperfecta.

(...) los procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sea una providencia judicial pueden iniciarse porque la entidad pública no acató la decisión judicial o lo hizo, pero de manera parcial o porque se excedió en la obligación impuesta en la providencia. En ese panorama, al juez que conoce del proceso ejecutivo le corresponderá, primero, verificar si existe título ejecutivo y si está debidamente integrado. Luego, deberá examinar si el título contiene una obligación clara expresa y exigible a cargo de una entidad pública y si la obligación consiste en una prestación de dar, hacer o no hacer. En otras palabras: el juez tiene plena facultad para examinar no sólo los requisitos formales, sino las exigencias que están relacionadas con las condiciones de certeza, exigibilidad, claridad y legalidad del título ejecutivo (requisitos sustanciales). El ejercicio de esa facultad cobra mayor importancia cuando se trata de un título ejecutivo complejo, por cuanto el juez debe revisar cada uno de los documentos que lo conforman para determinar si la parte ejecutada incumplió la obligación”  
/Resaltados son del Tribunal/.

Como refuerzo de esta intelección, no puede perderse de vista que aun cuando la discusión sobre la existencia del derecho hace parte exclusiva del escenario procesal declarativo y no se extiende al trámite ejecutivo, los títulos de ejecución contienen en su mayoría obligaciones liquidables pero no liquidadas, es decir, que si bien cumplen con el requisito de la claridad en tanto pueden ser expresadas en cantidades líquidas de dinero u obtenidas mediante una operación matemática, corresponde al juez que conoce de la demanda de ejecución realizar las operaciones para determinar el alcance de la obligación.

Y en el caso concreto, la anterior regla incluye revisar que la orden de reliquidación proferida de manera genérica por los conceptos de horas extras y prestaciones sociales se ajuste a los cánones legales que le sirven de base, como lo es el Decreto 1042 de 1978 tratándose de prestaciones sociales de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva. Además, bajo el entendido de que el hecho de revisar que las sumas reconocidas por el MUNICIPIO DE MANIZALES mediante la Resolución N° 661 de 31 de octubre de 2014 (con la cual dio cumplimiento a los fallos judiciales) no representa una negación de los derechos reconocidos, sino precisamente el paso necesario para precisar su alcance, y definir si existen saldos insolutos, como se afirma en la demanda ejecutiva.

Por ende, el Tribunal convalida la postura de la jueza de primera instancia, lejos de interpretar su análisis del título ejecutivo como una reapertura de la discusión sobre la existencia del derecho al reajuste prestacional que le fue concedido al señor WILSON ARIAS MURILLO por esta jurisdicción, se limitó a la determinación de si subsisten sumas adeudadas luego de que la municipalidad diera acatamiento a los fallos judiciales. Así las cosas, al constituir este raciocinio básico de la apelación contra el auto con el cual se negó el mandamiento de pago, procede su confirmación por esta instancia judicial.

Es por ello que,

#### **RESUELVE**

**CONFÍRMASE** el auto proferido por el Juzgado 4° Administrativo de Manizales, con el cual negó el mandamiento de pago, solicitado con la demanda **EJECUTIVA**

presentada por el señor **WILSON ARIAS MURILLO** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 046 de 2021.

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

**A.I. 244**

**RADICADO:** 17-001-23-33-000-2021-00222-00  
**NATURALEZA:** VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS  
**DEMANDANTE:** DEPARTAMENTO DE CALDAS  
**DEMANDADO:** CONCEJO DE PENSILVANIA (CALDAS) Y  
MUNICIPIO DE PENSILVANIA (CALDAS)

De conformidad con el numeral 2 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, se abre el decreto de pruebas en el asunto de la referencia:

**Pruebas Departamento de Caldas.**

Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la allegada con el escrito de validez. No realizó solicitud especial de pruebas.

**Pruebas Concejo de Pensilvania (Caldas).**

No se pronunció frente al escrito de validez

**Municipio de Pensilvania (Caldas).**

No se pronunció frente al escrito de validez

**NOTIFÍQUESE**

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

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**-Sala Quinta de Decisión-**

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.: 173**

<b>Asunto:</b>	<b>Sentencia de segunda instancia</b>
<b>Acción:</b>	<b>Reparación Directa</b>
<b>Radicación:</b>	<b>17001-33-33-004-2012-00027-02</b>
<b>Demandantes:</b>	<b>Alexander Villada Velásquez y otros</b>
<b>Demandados:</b>	<b>Dirección Territorial de Salud de Caldas</b> <b>Municipio de Risaralda</b> <b>Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD</b> <b>EPS</b> <b>Hospital San Rafael de Risaralda ESE</b>
<b>Llamada en</b>	
<b>Garantía:</b>	<b>La Previsora Compañía de Seguros S.A.</b>

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 057 del 15 de octubre de 2021**

Manizales, quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar los recursos de apelación interpuestos por el Hospital San Rafael de Risaralda y La Previsora Compañía de Seguros S.A. contra la sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Alexander Villada Velásquez y otros contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas (DTSC)<sup>2</sup>, el Municipio de Risaralda, la Asociación Mutual La Esperanza ASMET SALUD EPS<sup>3</sup> y el Hospital San Rafael de Risaralda ESE.

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, DTSC.

<sup>3</sup> En adelante, ASMET SALUD.

## LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 10 de julio de 2012 (fls. 4 a 40, C.1), la parte demandante solicitó lo siguiente:

### Pretensiones

1. Que se declare administrativa y solidariamente responsables a las entidades accionadas por los perjuicios materiales, morales y de daño a la vida de relación causados a la parte demandante como consecuencia de la falla médica en la que incurrieron y que generó la muerte de la señora Paula Andrea Largo Zapata.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades demandadas al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (s.m.l.m.v.)
Alexander Villada Velásquez	Compañero permanente	100	200
Matías Villada Largo	Hijo	100	200
José Bernardo Largo	Padre	100	-
Marta Alicia Zapata Valencia	Madre	100	-
Luisa Fernanda Largo Zapata	Hermana	100	-
Luz Adriana Largo Zapata	Hermana	100	-
Sandra Patricia Largo Zapata	Hermana	100	-
Fabio Nelson Largo Zapata	Hermano	100	-

3. Que se condene a la parte accionada al pago de intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia.
4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

## Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 7 a 10, C.1), que en resumen indica la Sala.

1. Los señores José Bernardo Largo y Marta Alicia Zapata Valencia contrajeron matrimonio el 24 de diciembre de 1983 en Risaralda. Producto de dicha unión, procrearon a Luz Adriana, Paula Andrea, Fabio Nelson, Sandra Patricia y Luisa Fernanda Largo Zapata. Conformaron una familia caracterizada por el cariño, apoyo, respeto y unidad.
2. La señora Paula Andrea Largo Zapata convivió con el señor Alexander Villada Velásquez por un lapso de cuatro años, y procrearon a Matías Villada Largo.
3. La señora Paula Andrea Largo Zapata se encontraba afiliada al régimen subsidiado en salud, como beneficiaria de su compañero permanente, quien hace parte del SISBEN otorgado por el Municipio de Risaralda. La prestación de servicios está a cargo de la EPS ASMET SALUD, la cual tiene contrato con el Hospital San Rafael de Risaralda.
4. La señora Paula Andrea Largo Zapata se encontraba en estado de gestación, por lo cual asistió el 10 de noviembre de 2009 al Hospital San Rafael de Risaralda para iniciar los controles prenatales de rigor.
5. El 12 de noviembre de 2009, la señora Paula Andrea Largo Zapata fue atendida por el servicio de consulta externa, en la que el médico Julio Adrián Moreno consignó en la historia clínica de la paciente que ésta había sufrido un aborto espontáneo hacía tres años y determinó que el embarazo era de alto riesgo.
6. El 19 de noviembre de 2009, la señora Paula Andrea Largo Zapata asistió a consulta externa nuevamente para revisión de paraclínicos, y le diagnosticaron una enfermedad infecciosa genital, para la cual se ordenó el tratamiento correspondiente.
7. En control prenatal del 11 de diciembre de 2009, el médico Julio Adrián Moreno consignó que debido a la vaginosis a repetición que padecía la señora Paula Andrea Largo Zapata, su embarazo era de alto riesgo obstétrico.

8. En todos los controles prenatales efectuados a la señora Paula Andrea Largo Zapata, se dejó constancia como diagnóstico la supervisión de embarazo de alto riesgo.
9. El 8 de abril de 2010, cuando la señora Paula Andrea Largo Zapata tenía 27 semanas de gestación, acudió al servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Risaralda, manifestando tener mucho dolor. Al valorarla, el médico Juan David Ceballos Rojas la diagnosticó con trabajo de parto precipitado y ordenó como plan de tratamiento la remisión a tercer nivel de atención para su valoración.
10. La señora Paula Andrea Largo Zapata fue recibida por la Clínica La Presentación en Manizales, para valoración y manejo por ginecobstetricia, pero en su historia clínica no figura el diagnóstico ni la recomendación del médico especialista que la atendió.
11. El 19 de abril de 2010, la señora Paula Andrea Largo Zapata nuevamente acudió a urgencias del Hospital San Rafael de Risaralda, manifestando sentir mucho dolor. El médico Juan David Ceballos Rojas la diagnosticó con vaginosis mixta.
12. El 14 de mayo de 2010, el médico Juan David Ceballos Rojas ordenó la remisión de la señora Paula Andrea Largo Zapata a un especialista en ginecobstetricia, con el diagnóstico de supervisión embarazo de alto riesgo, para valoración y manejo ante hallazgos compatibles con urolitiasis. No aparece en la historia clínica la remisión ni la correspondiente valoración por parte del médico especialista.
13. El 6, 7 y 8 de julio de 2010, la señora Paula Andrea Largo Zapata acudió a urgencias del Hospital San Rafael de Risaralda por presentar dolores de parto. Luego de ser examinada, la devolvieron para su casa indicándole que estaba en fase de postparto.
14. Pese a que se trataba de un embarazo de alto riesgo, cuando la paciente consultó, no fue remitida a una institución de tercer nivel de complejidad.
15. El 11 de julio de 2010, la señora Paula Andrea Largo Zapata nuevamente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a consulta externa, por tener muchos dolores de parto. Fue atendida por el médico Mauricio Patiño Mesa, quien la diagnosticó con falso trabajo de parto y ordenó su hospitalización. A la 1:50 p.m., la paciente fue



trasladada a la sala de partos, en la cual dio a luz a su hijo Matías Villada Largo.

16. Durante el proceso de alumbramiento activo, el médico tratante realizó un mal manejo, pues hizo una tracción indebida del cordón umbilical, ocasionando una inversión uterina, lo que le produjo una hemorragia postparto, una gravísima y fatal complicación que no podía ser atendida por el hospital sino por una institución de mayor complejidad, por lo que la paciente debía ser remitida inmediatamente a Manizales.
17. Debido al grave estado de salud de la señora Paula Andrea Largo Zapata, siendo las 2:40 p.m., los médicos del hospital ordenaron su remisión a un tercer nivel de complejidad.
18. Al no poder localizar a los conductores de la ambulancia, tuvieron que recurrir a la ambulancia del Hospital de Anserma, la cual llegó a las 3:40 p.m., retrasando gravemente el traslado de la paciente, hasta el punto que cuando por fin salió la ambulancia hacia Manizales, la señora Paula Andrea Largo Zapata se encontraba en estado crítico y al llegar al Hospital de Caldas a las 6:27 p.m., llegó muerta.

### **Fundamentos de derecho**

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 43, 48, 49 y 90; Código Civil: artículos 1.613 a 1.617 y 2.341; Ley 153 de 1887: artículos 4 y 8; Decreto 1355 de 1970: artículos 39, 138 y 144; y Resolución 412 de 2000 expedida por el Ministerio de Salud.

Aseguró que en el presente asunto, las entidades que tuvieron a cargo la prestación del servicio de salud a la señora Paula Andrea Largo Zapata, incurrieron en conductas omisivas, negligentes y erradas, que conllevaron a que la paciente falleciera por anemia aguda a causa de una grave complicación ginecobstétrica denominada inversión uterina.

Expuso que el Hospital San Rafael de Risaralda omitió remitir a la paciente de manera oportuna y preventiva a un hospital de tercer nivel para que allí se atendiera el parto, ya que se trataba de un embarazo de alto riesgo obstétrico, como quedó consignado repetidamente en la historia clínica, debido a que tenía antecedentes de aborto espontáneo, padecía vaginosis a repetición, y había presentado un trabajo de parto precipitado en el primer trimestre.

Manifestó que el hospital no siguió las guías y protocolos establecidos por el Ministerio de Salud para la atención de las pacientes que presentan embarazos de alto riesgo obstétrico, con el fin de prevenir que en el momento del parto se presenten complicaciones que pongan en peligro la vida de la madre o del bebé.

Indicó que la guía de control prenatal y factores de riesgo, la norma técnica para la atención del parto, la guía de atención del parto, la guía para la detección temprana de las complicaciones del embarazo y la guía de atención de las complicaciones hemorrágicas asociadas al embarazo, desarrolladas en el marco de la Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud, establecen parámetros mínimos que garantizan una atención de calidad, con racionalidad científica, para el desarrollo de las actividades, procedimientos e intervención durante la atención del parto y el puerperio inmediato.

Señaló que la señora Paula Andrea Largo Zapata asistió cumplidamente a todos los controles prenatales programados por la EPS en el Hospital San Rafael de Risaralda, y en ellos se identificaron los factores de riesgo que tenía la paciente, siendo clasificada con un embarazo de alto riesgo obstétrico, esto es, aquel en el que el riesgo de enfermedad o muerte antes o después del parto es mayor a lo habitual, tanto para la madre como para el bebé.

Reprochó que no exista en la historia clínica evidencia de las valoraciones que supuestamente debió hacer el médico especialista en ginecología y obstetricia, tal como se ordenó por el médico del hospital.

Consideró que ante la existencia de factores de riesgo que hacían previsible que se presentaran complicaciones durante el parto, era obligación de la EPS remitirla en forma programada y anticipada para la atención del parto a una institución que tuviera capacidad de manejo del riesgo, es decir, de tercer nivel de complejidad.

Adujo que hubo un mal manejo del alumbramiento activo, pues el médico tratante (Sebastián Giraldo Cardona) causó la inversión uterina que generó la hemorragia severa, que no podía ser atendida en primer nivel de atención por no contar con los recursos médicos necesarios.

Afirmó que según la historia clínica de la paciente, no se encuentran patologías de base que permitan deducir que existía un factor predisponente en la madre gestante a presentar inversión uterina, lo que significa que ésta

se debió a una inadecuada atención durante el período de alumbramiento, por la tracción inapropiada del cordón umbilical o al hacer maniobras sobre el útero con la placenta aún adherida y el útero relajado.

Alegó además que se presentó una demora (cuatro horas) en el traslado a Manizales debido a que no había conductor de ambulancia disponible, y luego de tener que acudir a la ambulancia del Hospital de San Vicente de Paúl de Anserma, la remisión sólo se materializó cuando la paciente se estaba desangrando producto de la hemorragia severa.

Estimó que cada minuto que transcurrió sin que la paciente pudiera ser remitida a Manizales, agravó su estado de salud.

Consideró que no existe ninguna razón que justifique que una entidad hospitalaria que cuenta con servicio de urgencias y ambulancia, no tenga un conductor disponible de manera inmediata las 24 horas del día para trasladar a un paciente en una urgencia vital.

Señaló que el Municipio de Risaralda, la EPS ASMET SALUD y la DTSC eran concedores de las limitaciones que tenía el Hospital San Rafael de Risaralda para atender emergencias obstétricas, y aún así, no remitieron oportunamente a la paciente a un hospital de tercer nivel de donde hubiesen atendido cualquier complicación que hubiera presentado, evitando su muerte.

Manifestó que la muerte de una madre tiene graves repercusiones emocionales, económicas y sociales en la familia, ya que se reduce la supervivencia del recién nacido, se disminuye el desempeño escolar de los niños sobrevivientes, éstos son sometidos a vivir en condición de orfandad y son privados del amor incondicional de una madre, de la guía, seguridad y comprensión que ella les provee. Adicionalmente, dicho fallecimiento altera las condiciones de existencia del compañero permanente que vio frustrado su proyecto de vida de consolidar un hogar junto a su mujer y primer hijo.

Sostuvo que el Hospital San Rafael de Risaralda, el Municipio de Risaralda, la EPS ASMET SALUD y la DTSC son las entidades que tienen entre sus objetivos fundamentales garantizar la prestación adecuada del servicio de salud, siguiendo las políticas de Estado en esa materia, y están administrativamente instituidas para tal fin, por lo que su actuación omisiva en este caso, permitió la muerte de la señora Paula Andrea Largo Zapata y, por lo tanto, son las llamadas a responder patrimonialmente por los perjuicios causados.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, las entidades accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera.

### **Municipio de Risaralda (fls. 318 a 327, C.1)**

Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los medios exceptivos que denominó: *"FALTA TÍTULO DE IMPUTACIÓN"*, en tanto el daño reclamado no le es imputable al municipio y en el evento de ser así, la supuesta falla se debió a la culpa de agentes externos; *"FALTA DE LEGITIMACIÓN Y TITULARIDAD SUSTANTIVA POR PASIVA"*, como quiera que de resultar probado el daño cuya reparación se demanda, la entidad territorial no es la llamada a responder, habida cuenta que el Hospital San Rafael de Risaralda de orden departamental, tiene personería jurídica propia y goza de plena autonomía administrativa, patrimonial, financiera y presupuestal, lo que lo obliga a responder por los hechos u omisiones en que pudiera llegar a incurrir; *"CULPA DE UN TERCERO"*, teniendo en cuenta que, de llegar a acreditarse los hechos de la demanda, el daño obedeció a la acción y/u omisión de terceras personas ajenas al municipio; *"CADUCIDAD DE LA ACCION (sic)"*, en la medida en que transcurrieron más de los dos años con los que contaba la parte actora para promover la demanda; y *"(... ) GENÉRICA"*, respecto de cualquier otra excepción que se encuentre probada al momento de dictar sentencia.

### **Hospital San Rafael de Risaralda (fls. 331 a 363, C.1)**

Manifestó oposición a las súplicas de la demanda, aduciendo que no se produjo ninguna culpa imputable a la entidad, pues no puede partirse del supuesto que la acción médica estaba encaminada a causar daño.

Adujo que el daño generado fue el resultado de complicaciones propias de la naturaleza de la persona que las padeció.

Afirmó entonces que no se dan los presupuestos para declarar la responsabilidad del hospital en este tema.

Cuestionó el monto de los perjuicios reclamados, por haber sido solicitados en valor exagerado o superior a lo definido por la jurisprudencia.

Expuso que el hospital efectuó los controles prenatales requeridos de manera periódica y a través de médico, lo cual evidencia atención oportuna

y sin barreras de acceso, así como cumplimiento de las normas relativas a la gestación con alto riesgo obstétrico.

Indicó que la entidad no escatimó en recursos profesionales y de paraclínicos para garantizar que la madre superara la patología que llegó a presentar en su momento.

Señaló que la parte actora omite que la paciente asistió a consulta externa el 24 de junio de 2010, antes de la fecha probable de parte, y manifestó no tener síntomas ginecológicos o vaginales.

Manifestó que las causas por las cuales la paciente fue calificada como de alto riesgo obstétrico, habían sido superadas, pues reaccionó favorablemente al tratamiento para las infecciones vaginales que presentaba, y además ya habían transcurrido los primeros meses del embarazo, que hacían suponer que no se presentaría un riesgo por aborto.

Al no existir circunstancias de riesgo antes del parto, no había necesidad de remitirla a un nivel superior y, por lo tanto, la atención del parto estaba indicada en el hospital, como efectivamente acaeció.

Explicó que conforme a la Resolución 0412 de 2000, y más concretamente a la guía nº 8 de atención del parto, se recomienda el manejo activo del alumbramiento en lugar del manejo expectante. En desarrollo de éste, acotó que se establece tracción controlada del cordón umbilical para obtener la salida de la placenta.

En ese orden de ideas, consideró que la conducta realizada por el profesional que atendió el parto en este caso no se apartó de lo dispuesto en la citada guía.

Indicó que la inversión uterina, siendo una complicación grave y de poca frecuencia, tiene sólo una mortalidad del 10% debido a tratamientos tardíos o a complicaciones infecciosas concomitantes. Acotó que la inversión uterina no es posible científica o médicamente de sospechar o advertir con antelación, pues no existen signos ni síntomas premonitorios que hagan prever su aparición; se trata de un hecho súbito.

Señaló que la paciente fue remitida habiendo transcurrido sólo una hora después de la aparición de la complicación.

Precisó que la ambulancia del hospital fue ocupada justamente ese día para realizar otro procedimiento de remisión, lo que generó la necesidad

inmediata y simultánea de tratar de obtener otra ambulancia, ya con el cuero de bomberos local, o con el hospital más cercano, que en este caso era el de San Vicente de Paúl de Anserma.

Señaló que para la época, la vía a Manizales se encontraba en pésimas condiciones de transitabilidad, lo que exigía que el recorrido se lograra entre dos horas y media y hasta tres horas.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“SER OTRA LA ACCIÓN JUDICIAL A TRAMITAR PARA LA RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS E INEPTA DEMANDA”***, en el entendimiento que la relación entre las entidades responsables del aseguramiento y los afiliados está marcada en un esquema de contratación por lo que la acción debe ser la contractual y no de reparación directa; ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, en tanto corresponde a las EPS, departamentos o municipios, la obligación de aseguramiento, es decir, la asunción de los riesgos de salud de los afiliados o usuarios; ***“INEXISTENCIA DE FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MEDICO (sic), ACTUACIÓN AJUSTADA A LA LEX ARTIS Y A LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN SEGUN (sic) LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD AUTORIZADOS PARA LA ENTIDAD”***, como quiera que no está acreditada una atención médica inadecuada sino por lo contrario, una atención expedida, esmerada, juiciosa, continua y eficiente; ***“LA RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA ES OBLIGACION (sic) DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS”***, en la medida en que la actividad médica está comprendida como una obligación de medio, toda vez que no puede garantizarse en ningún momento, ni siquiera en los casos aparentemente insignificantes, un determinado resultado favorable para un paciente; ***“AUSENCIA DE NEXO CAUSAL”***, toda vez que la muerte de la paciente no es atribuible al hospital, ya que la conducta médica y los recursos empleados siempre fueron los indicados en las normas y guías de atención; ***“HECHO SÚBITO E INESPERADO, IMPREVISTO E IMPREVISIBLE, ADEMÁS DE IRRESISTIBLE QUE NADA TIENE QUE VER CON LA ATENCIÓN PREVIA”***, ya que la aparición de la inversión uterina no se produjo como consecuencia de un mal manejo médico sino como una complicación que no puede preverse ni prevenirse; ***“INEXISTENCIA DE PERJUICIOS Y POR ENDE NO A LUGAR DE LAS CONDENAS ECONOMICAS (sic) RECLAMADAS POR LOS ACCIONANTES”***, por cuanto la parte demandante pretende unas condenas económicas que sobrepasan los límites jurisprudenciales; y ***“(…) GENÉRICA”***, respecto de cualquier otra excepción que se demuestre en el proceso.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no puede atribuírsele responsabilidad alguna en el caso, ya que no es una entidad prestadora de servicios de salud.

Manifestó que el evento adverso se dio por la falta de cuidado del Hospital San Rafael de Risaralda, por no tener personal idóneo que atendiera a la paciente y por no remitirla a un tercer nivel ya que su embarazo era de alto riesgo obstétrico.

Indicó que no se observa en el libelo ni aparece demostrado que el presunto daño tuviera como causa un hecho, una omisión, culpa, negligencia o una operación administrativa por parte de la DTSC; máxime cuando esta entidad no es una institución prestadora de servicios de salud.

Precisó que las funciones de la DTSC están contempladas en la Ley 10 de 1990, y las mismas son técnicas, administrativas y financieras, dirigidas a la aplicación de los planes y programas nacionales, así como a la supervisión de la prestación de los servicios de salud en el territorio departamental, sin incluir ninguna de tipo asistencial.

Recalcó que la entidad no tuvo injerencia directa ni indirecta en los hechos que dieron origen a la demanda.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, en tanto la DTSC no tiene asignadas funciones de tipo asistencial y, por lo tanto, ninguna responsabilidad puede atribuírsele en los hechos de la demanda; ***“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD Y DE FALLA DEL SERVICIO ATRIBUIBLE A LA DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS”***, como quiera que la entidad no tenía la obligación de prestar el servicio; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN NORMATIVA”***, en la medida en que no hay ley ni reglamento alguno que asigne a las entidades departamentales el deber de prestar servicios de salud; ***“AUSENCIA DE PRUEBAS RESPECTO DEL DAÑO RECLAMADO INDEBIDA TASACIÓN DE LOS MONTOS DE LA INDEMNIZACIÓN”***, toda vez que no hay prueba del daño moral ni del daño a la vida de relación, lo que conlleva a que se niegue la petición y se condene en costas; ***“FALTA DE PRUEBAS DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD”***, ya que la DTSC no es responsable de las acciones u omisiones que se presenten en los procesos de atención médica, como el que llevó a la muerte de la paciente en este caso; y ***“LA GENÉRICA”***, respecto de cualquier otra excepción que resulte probada en el proceso.

**EPS ASMET SALUD (fls. 455 a 472, C.1B)**

Refirió que la EPS cumplió su obligación de contar con una red de IPS que garantizara la atención en salud de la afiliada. Acotó que no hubo ningún obstáculo administrativo al momento que la paciente requirió un servicio en un nivel de complejidad superior.

Manifestó que no hay un hecho concreto que relacione a la entidad con los hechos que presuntamente generaron el daño.

Afirmó que las circunstancias que generaron la calificación del embarazo como de alto riesgo (aborto espontáneo previo y vaginosis a repetición) no tienen nada que ver con el evento ocurrido en el alumbramiento.

Sostuvo que el hecho que un embarazo sea catalogado como de alto riesgo no significa *per se* que el trabajo de parto deba ser atendido en un tercer nivel de complejidad, máxime cuando en este caso se habían superado las condiciones que dieron lugar a dicha calificación.

Explicó que la tracción del cordón umbilical es una de las maniobras propias del alumbramiento en etapa activa, a la cual pueden existir complicaciones que no pueden considerarse como una falla médica.

Expuso que de probarse que hubo tardanza en el traslado de la paciente, dicha omisión no puede ser imputable a la EPS, pues no se debió a obstáculos de carácter administrativo que impidieran materializar la remisión.

Formuló los medios exceptivos que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 2341 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON EL COMPORTAMIENTO OBSERVADO POR MI REPRESENTADA”***, en tanto no están acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad (daño, falla y nexo causal); ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEBIDO A QUE MI REPRESENTADA NO PARTICIPÓ EN LA PRESUNTA FALLA”***, tal como se extrae de los hechos de la demanda, en los cuales se narran acciones u omisiones que fueron realizadas u omitidas únicamente por funcionarios del hospital demandado y que éste debe asumir en su integridad, de conformidad con los contratos de prestación de servicios suscritos con la EPS; ***“INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA PRESUNTA FALLA MÉDICA Y EL ACTUAR DE MI REPRESENTADA ASMET SALUD ESS EPS-S”***, teniendo en cuenta que la parte actora no



atribuye a la EPS ningún hecho dañino, lo que impide estructurar alguna relación de causalidad; “(...) **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE MI REPRESENTADA CON LA ESE SAN RAFAEL**”, en la medida en que en el contrato de prestación de servicios de salud suscrito con la ESE, se acordó la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad solidaria; “(...) **INNOMINADA**”, en relación con las excepciones que puedan llegar a configurarse en el proceso y no hayan sido alegadas por la EPS; y “(...) **PRESCRIPCIÓN**”, de todos los derechos que se vean afectados por este fenómeno.

### **LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA**

El Hospital San Rafael de Risaralda llamó en garantía a La Previsora Compañía de Seguros S.A. (fls. 396 a 400, C.1), con fundamento en las pólizas 1002262 y 1001901, con vigencia entre el 15 de marzo de 2010 y el 1º de enero de 2011.

Por su parte, la EPS ASMET SALUD elevó solicitud de llamamiento en garantía respecto del Hospital San Rafael de Risaralda y La Previsora Compañía de Seguros S.A. (fls. 516 a 520, C.1B), con ocasión de los contratos de prestación de servicios de salud suscritos con la ESE y de la póliza 1001901, vigente para la época de los hechos que dieron origen a la demanda.

Con auto del 10 de septiembre de 2013 (fls. 552 a 555, C.1B), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía formulado por el Hospital San Rafael de Risaralda respecto de La Previsora Compañía de Seguros S.A. y negó el propuesto por la EPS ASMET SALUD frente al Hospital San Rafael de Risaralda.

Por auto del 26 de marzo de 2014 (fls. 612 y 613, C.1B), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía formulado por la EPS ASMET SALUD respecto de La Previsora Compañía de Seguros S.A.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA**

Por escritos que obran de folios 582 a 599 y 625 a 634 del cuaderno 1B, La Previsora Compañía de Seguros S.A. se pronunció frente a la demanda instaurada así como en relación con los llamamientos formulados tanto por el Hospital San Rafael de Risaralda como por la EPS ASMET SALUD, de la siguiente manera.

Aseguró no constarle ninguno de los hechos de la demanda, por lo que manifestó atenerse a lo que resultare probado en el proceso. Sin embargo, adujo que de la historia clínica de la paciente se desprende que recibió una adecuada atención en salud por parte del Hospital San Rafael de Risaralda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, pues consideró que existen claros eximentes de responsabilidad que exoneran de obligación indemnizatoria al Hospital San Rafael de Risaralda, por cuanto nunca existió una falla en la prestación del servicio de salud, error o negligencia médica.

Estimó que al no tener ninguna responsabilidad el Hospital San Rafael de Risaralda en la muerte de la paciente, mal puede predicarse responsabilidad pecuniaria por parte de la aseguradora.

Propuso los siguientes medios exceptivos: “(...) **INEXISTENCIA DE “FALLA DEL SERVICIO” EN LA ATENCION (sic) PRESTADA A LA SEÑORA PAULA ANDREA LARGO ZAPATA**”, en vista de que el Hospital San Rafael de Risaralda llevó a cabo el manejo adecuado para la terminación del embarazo, efectuó los controles prenatales, atendió el parto y la complicación, diagnosticó adecuadamente a la paciente sobre sus infecciones, ordenó el tratamiento respectivo, ordenó su inmediata remisión a un centro hospitalario con mayor grado de complejidad para cuando se presentó la complicación de la inversión uterina, colocando toda la diligencia y cuidado en la escogencia del personal que intervino; “(...) **DILIGENCIA Y CUIDADO DEL HOSPITAL SAN RAFAEL DE RISARALDA EN LA PRESTACION (sic) DEL SERVICIO A LA SEÑORA PAULA ANDREA LARGO ZAPATA**”, en tanto el obrar de la ESE previo al parto y en el parto mismo, se ajustó a las normas y protocolos de la ciencia médica para la atención en salud; “(...) **INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL**”, pues de acuerdo con la historia clínica de la paciente, la muerte de ésta no se debió a un mal manejo del alumbramiento; “(...) **AUSENCIA O INDEBIDA ACUMULACION (sic) DE PRETENSIONES**”, por cuanto las pretensiones de la demanda no gozan de la precisión, claridad y coherencia exigidas; “(...) **CARGA DE LA PRUEBA**”, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; “(...) **SUBSIDIARIA: INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR PREJUICIOS**”, por considerar que los elementos materiales probatorios allegados con la demanda no son suficientes para acceder a las pretensiones; “(...) **SUBSIDIARIA: IRREAL TASACION (sic) DE PERJUICIOS**”, pues éstos son exagerados y salidos de toda realidad, en tanto no cuentan con pruebas válidas que los sustenten sino simples especulaciones; y “(...) **SUBSIDIARIA: LA GENERICA (sic)**”, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

En punto al llamamiento en garantía hecho por el Hospital San Rafael de Risaralda, explicó que no es procedente la vinculación de la aseguradora con ocasión de la póliza 1002262, pues ésta no tiene cobertura alguna por responsabilidad médica. Señaló que la póliza que eventualmente se afectaría sería la 1001901, debiendo estarse a lo dispuesto por ella en sus cláusulas.

Precisó que la póliza 1001901 opera bajo la modalidad de *claims made*, descubrimiento o reclamación, esto es, que sólo procede frente a eventos reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

Frente a ese llamamiento en garantía, la aseguradora propuso las siguientes excepciones: “(...) **INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1002262 PARA EVENTOS DERIVADOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**”, dado que dicha póliza ampara la responsabilidad civil extracontractual derivada, entre otros actos, de los cometidos por vigilantes, personal de seguridad y escoltas, incluyendo el uso de armas de fuego; “(...) **EXCLUSION (sic) CONTRACTUAL CONTENIDA EN EL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1002262 PARA EVENTOS DERIVADOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL**”, conforme figura en el acápite de exclusiones de la póliza, y atendiendo el hecho que el hospital se dedica a la medicina y, por lo tanto, al ser una actividad profesional, no tendría cobertura con dicha póliza; “(...) **INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LOS HECHOS DE LA DEMANDA**”, pues la póliza 1001901 no cubre reclamaciones por daños materiales que sean consecuencia directa o indirecta del dolo y/o la culpa grave; “(...) **AUSENCIA DE AMPARO BAJO LA POLIZA (sic) DE RESPONSABILIDAD CIVIL, ANTE LA NO NOTIFICACION (sic) OPORTUNA DEL SINIESTRO**”, habida cuenta que la póliza fue pactada bajo la modalidad de *claims made*; “(...) **SUBSIDIARIA: LIMITE (sic) DE LA SUMA ASEGURADA Y REEMBOLSO**”, ya que en el eventual caso de una condena, la llamada en garantía responde por el valor de la suma asegurada por evento, teniendo en cuenta si con anterioridad se hicieron otros pagos por indemnizaciones que afectaban la misma póliza; “(...) **SUBSIDIARIA: DEDUCIBLE PACTADO**”, que en este caso corresponde al señalado en las condiciones particulares de la póliza; y “(...) **SUBSIDIARIA. LA GENERICA (sic)**”, en relación con cualquier otra excepción que resultare acreditada en el proceso conforme lo prevé el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto del llamamiento en garantía hecho por la EPS ASMET SALUD, la aseguradora manifestó que no existe facultad para que aquella llame en garantía con fundamento en la póliza 1001901, por cuanto no es tomadora, asegurada ni beneficiaria, esto es, no es parte del contrato de seguro celebrado con el hospital.

Formuló entonces los siguientes medios exceptivos: “(...) **PRINCIPAL: FALTA DE LEGITIMACION** (sic) **EN LA CAUSA POR ACTIVA**”, dado que, como se indicó anteriormente, la EPS ASMET SALUD no es parte del contrato de seguro y, por lo tanto, no puede beneficiarse de la póliza 1001901; “(...) **SUBSIDIARIA: INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LOS HECHOS DE LA DEMANDA**”, pues la póliza 1001901 no cubre reclamaciones por daños materiales que sean consecuencia directa o indirecta del dolo y/o la culpa grave; “(...) **SUBSIDIARIA: AUSENCIA DE AMPARO BAJO LA POLIZA** (sic) **DE RESPONSABILIDAD CIVIL, ANTE LA NO NOTIFICACION** (sic) **OPORTUNA DEL SINIESTRO**”, habida cuenta que la póliza fue pactada bajo la modalidad de *claims made*; “(...) **SUBSIDIARIA: LIMITE** (sic) **DE LA SUMA ASEGURADA Y REEMBOLSO**”, ya que en el eventual caso de una condena, la llamada en garantía responde por el valor de la suma asegurada por evento, teniendo en cuenta si con anterioridad se hicieron otros pagos por indemnizaciones que afectaban la misma póliza; “(...) **SUBSIDIARIA: DEDUCIBLE PACTADO**”, que en este caso corresponde al señalado en las condiciones particulares de la póliza; y “(...) **SUBSIDIARIA. LA GENERICA** (sic)”, en relación con cualquier otra excepción que resultare acreditada en el proceso conforme lo prevé el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

### LA SENTENCIA APELADA

El 18 de febrero de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 868 a 896, C.1B), a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente precisó que el dictamen pericial rendido en el proceso se excluiría del material probatorio recaudado, como quiera que la perito no asistió a la audiencia de pruebas para la contradicción del informe allegado.

A continuación precisó que en materia de responsabilidad por la actividad médica hospitalaria deben estar acreditados en el expediente el daño, la falla en el acto médico y el nexo causal, sin que resulte imperativo subsumir el asunto en los tradicionales regímenes de imputación.

Se refirió a las obligaciones de los prestadores del servicio médico y a los derechos de los usuarios, dentro de los cuales el principal es la atención adecuada y diligencia.

Señaló que en el presente asunto se acreditó debidamente la existencia del daño, concretado en el fallecimiento de la señora Paula Andrea Largo Zapata, debido a una inversión uterina que generó una hemorragia severa.

En punto a la existencia de una falla en la prestación del servicio médico, indicó la Juez *a quo* que la adecuada atención en los servicios de ginecología y obstetricia por parte de las instituciones que componen el sistema nacional de salud es relevante en la medida en que la prestación eficiente de los servicios médicos relacionados con la salud sexual y reproductiva está directamente relacionada con la vida de las mujeres, al punto que resultan alarmantes las cifras de morbilidad y mortalidad materna a nivel global y nacional por patologías que pudieron evitarse con la prestación de la atención debida.

Consideró que el Municipio de Risaralda no es el llamado a representar al Hospital San Rafael de Risaralda, como quiera que éste es una ESE del orden departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que puede comparecer por sí misma al proceso y responder con cargo a su propio presupuesto por las eventuales condenas judiciales a que dé lugar su conducta.

En relación con la DTSC, la Juez de primera instancia estimó que la misma debía excluirse igualmente del litigio, en tanto la citada entidad no actuó como prestadora de servicios de salud, no hay prueba de que hubiese incumplido sus deberes de supervisión, control y vigilancia a la prestación del servicio de salud de la población pobre no cubierta, o que incurriera en errores atribuibles a la indebida adopción de políticas públicas en materia de salud. Acotó que en la demanda se imputa una falla en el servicio médico asistencial, que escapa a la órbita obligacional de la DTSC.

Respecto de la EPS ASMET SALUD, consideró la Juez de primera instancia que aunque la señora Paula Andrea Largo Zapata estaba afiliada a la misma entidad, lo cierto es que no obra en el proceso prueba alguna encaminada a establecer responsabilidad en los hechos que dieron origen a la demanda, como quiera que se observa que garantizó la prestación requerida por la paciente a través del Hospital San Rafael de Risaralda, y la atención en mediana y alta complejidad que se ordenó, sin existir problemas de remisión o de disponibilidad de recursos.

Frente al Hospital San Rafael de Risaralda, la Juez *a quo* manifestó que la paciente no tenía que ser remitida a tercer nivel de complejidad para la atención de su parto, ya que las circunstancias que dieron lugar a la calificación de su embarazo como de alto riesgo obstétrico (aborto previo y vaginosis a repetición) habían sido superadas, haciendo procedente que el parto se atendiera en la ESE.

Acudiendo a un artículo de la Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la Juez de primera instancia sostuvo que la complicación presentada por la paciente, es decir, la inversión uterina al momento del alumbramiento, es una condición extremadamente rara, de difícil diagnóstico previo y además es súbita e imprevisible.

Manifestó que no se probó en el expediente que la tracción del cordón umbilical hubiese sido la causa de la inversión uterina, y por lo contrario, aquella constituye una práctica recomendada en la guía de atención del parto contenida en la Resolución 0412 de 2000.

Indicó que ningún otro factor de riesgo de los ya conocidos se presentó y de los cuales pudiera preverse la aparición de la inversión uterina, máxime si según las ecografías realizadas a la paciente no se observó que la placenta estuviera inusualmente adherida al útero o que la gestante presentara un cordón umbilical corto. Precisó que los factores que implicaron la calificación de embarazo de alto riesgo no tenían relación con el acaecimiento de la inversión uterina.

Adujo que en la historia clínica de la paciente se corrobora que los médicos que atendieron el parto y el alumbramiento se apegaron a la *lex artis*, pues no sólo actuaron conforme a la guía de atención antes referida sino que además hicieron un diagnóstico oportuno y ante la imposibilidad de devolver el útero a su lugar, iniciaron la remisión.

De otra parte, la Juez encontró acreditada una falla en la prestación del servicio, derivada no de la negligencia médica sino de la negligencia institucional, manifestada en las dilaciones a todas luces injustificadas a las que fue sometida la paciente en la consecución de los medios necesarios para su traslado a una entidad de mayor nivel de atención.

En efecto, expuso que la ESE no logró comunicarse con el conductor de la segunda ambulancia, por lo que tuvo que acudir a la ambulancia del Hospital San Vicente de Paúl de Anserma, e incluso solicitó improvisadamente los servicios de un bombero voluntario del municipio

para realizar el transporte, lo cual no pudo hacerse ante el desconocimiento del mecanismo de aprehensión.

Afirmó que tanto la paciente como su familia se vieron avocados a soportar esta falencia del hospital, mientras las condiciones vitales de la señora Paula Andrea Largo Zapata se deterioraban.

Adujo que la deficiente asistencia en el traslado de la paciente disminuyó las posibilidades de controlar la complicación y, en tal sentido, se incrementó el riesgo de que se materializaran las consecuencias ya conocidas. En ese sentido, consideró que hubo una pérdida de oportunidad de mejor atención, que debe ser indemnizada.

Expuso que no es de recibo el argumento del hospital consistente en que no hubo demora porque se tardaron una hora para la estabilización y diligenciamiento de la remisión de la paciente. Lo anterior, por cuanto es bien sabido que en una situación como esta, cada minuto es indispensable e incluso existen urgencias vitales que no ofrecen compás de espera y, por lo tanto, pueden hacerse sin necesidad de remisión.

Con fundamento en lo anterior, la Juez *a quo* reconoció indemnización por perjuicios morales a favor de los demandantes, en los montos establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, atendiendo el nivel de cercanía y parentesco.

En punto al perjuicio reclamado como alteración en las condiciones de existencia, la Juez explicó que el mismo encuadra en la actualidad con el daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, con base en el cual sólo proceden medidas de reparación generalmente no pecuniarias y para la víctima directa.

Sin embargo, afirmó que al tratarse de una problemática de salud sistemática en el país por la deficiente atención materna, que en varias ocasiones constituye discriminación de género por aparejar un trato no igualitario prohibido por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, era procedente disponer como medida de reparación integral, que el Hospital San Rafael de Risaralda ofrezca excusas a los demandantes en una celebración privada que debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la providencia, siempre que los actores así lo consientan.

Adicionalmente, estimó que es necesario exhortar a la DTSC para que implemente medidas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de

garantizar la atención médica oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos, para que sea replicada en los hospitales públicos del departamento.

En punto al llamamiento en garantía con base en la póliza 1001901, la Juez de primera instancia señaló que aunque se configuró responsabilidad atribuible al hospital asegurado por la indebida prestación del servicio, lo cierto es que a dicho despacho no le corresponde calificar la conducta del llamante y, por lo tanto, no se hace necesario determinar si el actuar de aquél se encuentra enmarcado dentro del dolo o la culpa grave. De otra parte, sostuvo que la excepción de ausencia de amparo ante la no notificación oportuna del siniestro se encontraba acreditada, toda vez que la póliza establece dicha exclusión y la entidad llamante no acreditó que hubiese realizado notificación del siniestro dentro del período de vigencia de la póliza o que hubiese extendido el período para reclamos y que dentro del mismo se hubiera elevada la reclamación.

Respecto de la póliza 1002262, el Juzgado señaló que la misma no cubre la responsabilidad derivada del acto médico pero sí la responsabilidad civil extracontractual por las demás actividades desplegadas por el asegurado dentro del cumplimiento de sus obligaciones. Bajo ese entendimiento, sostuvo que como la responsabilidad del Hospital San Rafael de Risaralda no proviene de una falla médica sino de una falla institucional en el servicio, específicamente el transporte en ambulancia de pacientes que es una actividad propia de la institución, encuadraría en la cobertura de la póliza.

Manifestó que conforme al artículo 1.081 del Código de Comercio, no existe prescripción en el contrato de seguro, ya que no transcurrieron más de dos años entre el conocimiento que da base a la acción (esto es, el de la notificación de la demanda al asegurado) y la notificación a la aseguradora (del llamamiento en garantía).

Por lo expuesto, consideró el Juzgado que la aseguradora debía asumir el pago de la condena impuesta al Hospital San Rafael de Risaralda, sujetándose al valor disponible en la póliza a la fecha de la excepción.

Condenó en costas al Hospital San Rafael de Risaralda por el criterio objetivo valorativo, teniendo en cuenta que aquellas se causaron respecto de las agencias en derecho.

Finalmente ordenó el envío de la providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Comisión Nacional de Género de la Rama



Judicial, para que la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

## RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la ESE accionada y la llamada en garantía interpusieron recursos de apelación contra el fallo de primera instancia, de la siguiente manera.

### **Hospital San Rafael de Risaralda (fls. 902 a 913, C.1B)**

Adujo que no comparte la decisión de primera instancia por cuanto la causa de la muerte de la paciente no reside en el proceso de remisión como tal o en una supuesta demora en el traslado físico.

Expuso que la complicación de la inversión uterina no generaba una declaratoria de urgencia vital y de remisión y traslado inmediatos.

Afirmó que la remisión es un proceso regulado, y que no puede iniciarse un traslado sin conocer la ciudad de llegada o la institución que va a recibir al paciente.

Consideró que en el evento de encontrar acreditada alguna responsabilidad, la falla no puede radicar exclusivamente en el prestador del servicio, sino que también se predica de la EPS, atendiendo la manera en la cual está establecido el sistema de salud.

Explicó cómo se efectúa el trámite administrativo asistencial de remisión, con fundamento en los artículos 2, 92, 93 y 110 de la Resolución 5261 de 1994, con base en lo cual adujo que no es cierto que el traslado de la paciente tuviera que realizarse inmediatamente.

Manifestó que una vez se presentó la complicación, el médico que atendía el parto procedió a realizar las maniobras médicas para corregir el evento súbito, consistentes en interrumpir el suministro de oxitocina y tratar de reducir la inversión uterina.

En ese sentido, cuestionó que la Juez pretendiera que al momento de hallarse la complicación (2:40 p.m.), la paciente se remitiera inmediatamente, desconociendo el tiempo que se tardó en tratar de conjurar la situación, más aquél requerido para concretar la remisión, que incluyó no sólo al conductor

de la ambulancia sino a las entidades que contaban con los servicios necesarios.

Manifestó que si bien se presentaron dificultades para la consecución de la ambulancia, lo cierto es que mientras se realizaban las gestiones correspondientes, el médico procuraba resolver la inversión uterina, adelantar los contactos para obtener una entidad receptora y efectuar los diligenciamientos administrativos previos a la remisión.

Expuso que el traslado no tardó más de una hora, pues la salida fue a las 3:40 p.m. y la llegada al Hospital de Caldas fue a las 4:40 p.m., esto es, incluso en menos tiempo del normalmente estimado para ese trayecto y teniendo en cuenta las circunstancias de la vía.

Adujo que la Juez también omitió que la ambulancia principal del hospital no se encontraba disponible por estar de viaje en una remisión anterior.

Sostuvo que tampoco es procedente excluir la póliza 1001901, pues el hospital ha venido haciendo renovaciones de la misma, con lo cual la reclamación estaría dentro del marco referido en la cláusula novena de las renovaciones que estaban vigentes para el momento de la demanda.

#### **La Previsora S.A. Compañía de Seguros (fls. 898 a 901, C.1B)**

Cuestionó que la Juez condenara por pérdida de oportunidad, pese a que en la demanda no se realizó petición concreta sobre ese particular y se trataría de una pretensión autónoma que ni siquiera fue esbozada en el fundamento fáctico de la demanda.

Manifestó que para fallar por pérdida de oportunidad se hace necesario contar con una prueba científica que demuestre concretamente que de haberse llevado a cabo una remisión más temprana, se hubiera salvado la vida o recuperado la salud. Indicó que no puede ser a través de una simple hipótesis que se llegue a una condena de esta naturaleza.

Se opuso además a que la aseguradora deba realizar pagos con base en la póliza 1002262, pues reiteró que la misma es sólo para predios, labores y operaciones, y que no tiene cobertura alguna por responsabilidad médica.

Indicó que no puede desligarse la remisión de la atención médica, pues aquella guarda relación con la prestación de servicios médicos hospitalarios en el evento de requerir un manejo por otra institución de mayor complejidad.

Expuso que la ambulancia al igual que el conductor hacen parte del conjunto de elementos requeridos para una adecuada prestación del servicio médico, lo que permite deducir que es una falla médica y no una falla institucional.

Adujo que la sentencia no tuvo en cuenta que en la póliza está pactado un deducible del 10%, no inferior a un salario mínimo; y que además la póliza opera por reembolso, debiendo pagar el asegurado y luego la asegurada reembolsa lo pagado.

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

### **Parte demandante (fls. 41 a 44, C.4)**

Manifestó que la sentencia acertó al declarar responsable al Hospital San Rafael de Risaralda por la falla del servicio de carácter asistencial derivada de la negligencia de la que fue víctima la señora Paula Andrea Largo Zapata, concretada en la demora injustificada a la que fue sometida en la consecución de los medios necesarios para su traslado a una entidad de mayor nivel de atención.

Sostuvo que la prueba documental y testimonial recaudada dan cuenta de los graves inconvenientes administrativos y logísticos que se presentaron al momento del traslado de la paciente a un hospital de mayor complejidad.

### **Municipio de Risaralda (fls. 22 a 24, C.4)**

Intervino para solicitar que se confirme la sentencia de primera instancia en lo que respecta al municipio, pues consideró que éste no debió haber sido demandado en este asunto, ya que el Hospital San Rafael de Risaralda cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, financiera y presupuestal; y de llegar a acreditarse alguna falla, ésta no es atribuible al municipio.

### **Hospital San Rafael de Risaralda (fls. 25 a 30, C.4)**

Reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

### **DTSC (fls. 31 a 33, C.4)**

Solicitó confirmar la providencia recurrida, por considerar que la DTSC no es la aseguradora de la paciente y no existe prueba alguna de que dicha entidad hubiese incurrido en responsabilidad en este caso.

**ASMET SALUD EPS (fls. 34 a 37, C.4)**

Intervino para solicitar sea confirmada la sentencia de primera instancia frente a la inexistencia de responsabilidad de la EPS ASMET SALUD, teniendo en cuenta que cumplió las obligaciones que le correspondía en relación con la paciente.

**La Previsora Compañía de Seguros S.A. (fls. 38 a 40, C.4)**

Se ratificó en lo expuesto en su recurso de apelación.

**CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

**TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 30 de abril de 2019, y allegado el 3 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 16, C.4).

**Admisión y alegatos.** Por auto del 3 de julio de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 16, C.4); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 19, ibídem), derecho del cual hicieron uso todas las partes y la llamada en garantía (fls. 22 a 24, 25 a 30, 31 a 33, 34 a 37 y 38 a 40, C.4). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 5 de septiembre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 49, C.4), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por el Hospital San Rafael de Risaralda y La Previsora Compañía de Seguros S.A. contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquellos fueron formulados.

**Problema jurídico**

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver las siguientes preguntas:

- *¿La muerte de la señora Paula Andrea Largo Zapata es jurídicamente imputable al Hospital San Rafael de Risaralda?*
- *En caso negativo, ¿la ESE demandada le restó a la señora Paula Andrea Largo Zapata la oportunidad de acceder al tratamiento que su patología requería y que le hubiese permitido mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir?*
- *En caso de que se configure responsabilidad por pérdida de oportunidad, ¿la tasación de los perjuicios hecha en primera instancia se encuentra ajustada a derecho?*
- *De ser así lo anterior, ¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros está obligada a asumir el valor de la condena impuesta en primera instancia al Hospital San Rafael de Risaralda?*

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico; **iii)** hechos probados; **iv)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto; **v)** responsabilidad por pérdida de la oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente; **vi)** indemnización de perjuicios; y **vii)** análisis de la obligación de la llamada en garantía en el caso concreto.

### **1. Elementos generales de la responsabilidad**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al actual artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el

Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

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, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* 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 Código General del Proceso (CGP)<sup>4</sup>, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

## **2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la**

---

<sup>4</sup> En adelante, CGP.

### **prestación del servicio médico**

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”* (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales<sup>5</sup>.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas particularmente contra el Hospital San Rafael de Risaralda aluden en general a la falla en la prestación del servicio de salud que requería la señora Paula Andrea Largo Zapata y que a la postre condujo a su fallecimiento.

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>6</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>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

<sup>6</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>7</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).

Ahora bien, respecto de 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>8</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 incómoda.*

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

*-Debe ser integral:*

*“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente<sup>9</sup> o para mitigar*

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.

<sup>9</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



*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>10</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>11</sup>.

Así pues, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio, conforme al cual deben acreditarse por la parte actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a la parte accionada.

### **3. Hechos acreditados**

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

#### a) Afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud

Según consta en la historia clínica de la señora Paula Andrea Largo Zapata, ésta se encontraba afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la EPS ASMET SALUD, siendo la IPS correspondiente la ESE Hospital San Rafael de Risaralda.

#### b) Segundo embarazo, controles prenatales y demás consultas hechas por la paciente

---

<sup>10</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>11</sup> Cita de cita: Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

De las historias clínicas que obran en el expediente relativas a la atención prestada a la señora Paula Andrea Largo Zapata por el Hospital San Rafael de Risaralda (fls. 303 a 409, C.2A), por la Clínica La Presentación de Manizales (fls. 2 a 21, C.3) y por el Hospital de Caldas (fl. 23, C.3), esta Sala extrae las siguientes consultas hechas por la paciente, así como el trámite de las mismas, por considerarlas relevantes para el asunto:

- La señora Paula Andrea Largo Zapata se encontraba embarazada por segunda vez, luego de haber tenido un aborto espontáneo hacía 3 años. En efecto, el 12 de noviembre de 2009, la paciente acudió a consulta al Hospital San Rafael de Risaralda para revisión de examen de gravidez, y allí se confirmó embarazo de 6 semanas. En aquella oportunidad, el médico tratante la catalogó en alto riesgo obstétrico por el aborto previo que había tenido 3 años atrás (fl. 344, C.2A).

En el examen físico realizado, el médico no advirtió la presencia de flujo vaginal, y consignó que según lo informado por la paciente, ésta había estado en consulta con ginecólogo hacía un mes por vaginosis resistente a tratamiento, obteniendo buenos resultados (fl. 344, C.2A).

Envío exámenes paraclínicos y ecografía (fl. 345, C.2A).

- El 19 de noviembre de 2009, la paciente consultó en el Hospital San Rafael de Risaralda para control de resultados. Indicó que desde el día anterior presentaba flujo amarillento escaso y que tenía pendiente la valoración por ginecobstetricia (fl. 347, C.2A). Se ordenó tratamiento para vaginosis y control en un mes (fl. 348, ibídem).
- El 2 de diciembre de 2009, la paciente asistió a consulta en el Hospital San Rafael de Risaralda para control de resultados y negó síntomas (fl. 349, C.2A). Se le envió antibiótico (fl. 350, ibídem).
- El 11 de diciembre de 2009, la paciente asistió a control prenatal al Hospital San Rafael de Risaralda (fl. 351, C.2A). Mencionó que venía en tratamiento por vaginosis a repetición, con mejoría (fl. 351, C.2A).
- El 13 de enero de 2010, la paciente acudió a control prenatal en el Hospital San Rafael de Risaralda (fl. 353, C.2A). Refirió tener flujo amarillento abundante e indicó que había estado en cita con ginecólogo el 30 de diciembre de 2009, el cual sugirió realizar un frotis vaginal. Aportó ecografía tomada en Anserma de manera particular (fl. 353, C.2A). Se ordenó frotis vaginal y medicamento para la vaginosis (fl. 354, C.2A).

- El 12 de febrero de 2010, la paciente acudió a control prenatal al Hospital San Rafael de Risaralda, en el que manifestó no tener flujos vaginales (fl. 356, C.2A).
- El 12 de marzo de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal, en el que negó síntomas urinarios, negó flujo y afirmó sentirse bien (fl. 357, C.2A).
- El 16 de marzo de 2010, la paciente consultó en el Hospital San Rafael de Risaralda por presentar “*dolor bajito*” (fl. 309, C.2A). Se consignó que tenía embarazo de 23.4 semanas y que al examinarla se encontraba flujo blanquecino fétido, por lo que se diagnosticó con vaginosis bacteriana y se le envió tratamiento con recomendaciones de signos de alarma y reconsulta.
- El 8 de abril de 2010, la paciente acudió a urgencias del Hospital San Rafael de Risaralda por cuadro de 4 días de evolución de salida de flujo blanco abundante y dolor tipo cólico en fosas ilíacas, con dolor tipo contracción uterina 12 horas antes (fl. 310, C.2A). Se consignó que tenía 27 semanas de gestación. Se diagnosticó con trabajo de parto precipitado y se remitió a tercer nivel de atención para valoración, siendo aceptada por la Clínica La Presentación (fl. 311, C.2A).
- La paciente fue trasladada a la Clínica La Presentación de Manizales el mismo 8 de abril de 2010 (fls. 2 a 21, C.3), y estuvo hospitalizada por un día, por presentar un falso trabajo de parto antes de la semana 38 (fl. 3, *ibídem*).

Se manifestó que la paciente había sido remitida con diagnóstico de amenaza de parto pretérmino y posible ruptura de membranas (fl. 3, C.3).

Luego de la valoración se concluyó que no tenía cambios cervicales ni ruptura de membranas y que no había presentado contracciones uterinas (fl. 3, C.3).

Se dio de alta, ordenando continuar micronutrientes y controles ambulatorios en la EPS, y se dieron instrucciones sobre signos de alarma (fl. 6, C.3).

En la hoja de remisión se dejó consignado que la paciente había sido valorada por ginecobstetricia por vaginosis a repetición, y que se le

habían formulado óvulos (fl. 17, C.3).

- El 14 de abril de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal, en el que refirió estar asintomática (fl. 359, C.2A). El médico que la atendió ordenó paraclínicos del segundo trimestre, control con resultados y envió además medicamentos (fl. 360, C.2A).
- El 19 de abril de 2010, la paciente consultó en el Hospital San Rafael de Risaralda por presentar dolores. En el examen físico se estableció que tenía flujo vaginal blanquecino fétido, y se diagnosticó con vaginosis mixta, para la cual se envió tratamiento (fl. 312, C.2A). Se indicó que la paciente contaba con 28.6 semanas de gestación.
- El 14 de mayo de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal con gestación de 32 semanas, y manifestó que acudía regularmente a controles de alto riesgo obstétrico por vaginosis a repetición sin mejoría (fl. 361, C.2A). Sostuvo que presentaba dolor suprapúbico y conforme al uroanálisis realizado, el médico la diagnosticó con cálculo de las vías urinarias inferiores y la remitió a ginecología ante hallazgos compatibles con urolitiasis (fl. 362, ibídem).

El médico expidió la remisión a ginecobstetricia para valoración y manejo por embarazo de alto riesgo con posible diagnóstico de urolitiasis (fl. 320, C.2A).

- El 24 de mayo de 2010, la paciente fue valorada por la especialidad de ginecobstetricia en el Hospital de Caldas, por presentar dolores abdominales difusos y flujo vaginal (fl. 23, C.3).

Luego de revisar los exámenes de laboratorio aportados por la paciente, así como ecografía del 10 de marzo de 2010, el médico ordenó continuar igual plan terapéutico y anotó que por el momento era difícil de diagnosticar la sospecha de urolitiasis.

Finalmente le formuló medicamentos.

- El 10 de junio de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal con gestación de 35 semanas. Se indicó que aquella había sido valorada por ginecólogo, quien consideró difícil el diagnóstico de urolitiasis, le envió medicamentos y estimó que el embarazo era normal. Se consignó que no había síntomas urinarios ni

de vaginosis (fl. 363, C.2A).

- El 24 de junio de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal con gestación de 37 semanas, en el que refirió estar asintomática, sin síntomas ginecológicos o vaginales (fl. 365, C.2A). El médico ordenó paraclínicos de tercer trimestre y dio signos de alarma y control con resultados (fl. 366, C.2A).
- El 6 de julio de 2010 a las 3:50 p.m., la paciente consultó en el Hospital San Rafael de Risaralda por presentar dolores (fl. 312, C.2A). Se indicó que tenía embarazo de 39 semanas y se le diagnosticó parto (fl. 313, C.2A). Como plan de manejo se le solicitó que regresara a las 8:00 p.m. o antes si presentaba movimientos fetales negativos, ruptura de membranas o flujo vaginal enorme (fl. 313, ibídem). La paciente regresó a las 8:30 p.m., y fue citada a las 8:00 a.m., repitiéndole signos de alarma (fl. 313, C.2A).
- El 7 de julio de 2010 a las 9:15 a.m., la paciente asistió al Hospital San Rafael de Risaralda para valoración (fl. 313, C.2A). Se diagnosticó con parto y se le indicó que debía acudir a urgencias si aumentaba actividad uterina y salida de tapón mucoso (fl. 314, C.2A).
- El 8 de julio de 2010, la paciente acudió al Hospital San Rafael de Risaralda a control prenatal con resultados normales de paraclínicos. Refirió presentar salida de líquido café y mucoso por vagina, se le dieron signos de alarma de inicio de trabajo de parto verdadero (fl. 367, C.2A).
- El 11 de julio de 2010 a las 2:15 a.m., la paciente acudió nuevamente al Hospital San Rafael de Risaralda por tener más dolores (fl. 314, C.2A). Sin embargo, la diagnosticaron en parto luego de la valoración, y le dieron nuevamente instrucciones (fl. 314, C.2A).
- El 11 de julio de 2010 a las 4:30 a.m., la paciente regresó al Hospital San Rafael de Risaralda y luego de la valoración se le pidió que asistiera entre 7 y 8 a.m. (fl. 314, C.2A).
- El 11 de julio de 2010 a las 7:43 a.m., la paciente acudió nuevamente al Hospital San Rafael de Risaralda por presentar muchos dolores de parto (fl. 315, C.2A). Se indicó que en total había asistido a 11 controles prenatales (fl. 315, C.2A). Fue diagnosticada con falso trabajo de parto, se hospitalizó y se solicitó monitoreo fetal y vigilar frecuencia cardiaca fetal y actividad uterina (fl. 316, C.2A).

En testimonio rendido por el médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>12</sup>, indicó que en esa fecha se encontraba de turno en el servicio de urgencias del Hospital San Rafael de Risaralda y la paciente llegó con un trabajo de parto activo, esto es, con dilatación del cuello cervical de 5 cm.

Explicó que cuando revisó a la paciente y advirtió que se encontraba en buen estado, decidió ingresarla al hospital y monitorearla.

Indicó que también hizo un análisis del riesgo gestacional de la paciente, para saber si se quedaba con la misma o la debía remitir.

Señaló que conforme a la historia de la paciente, ésta se había catalogado como de alto riesgo obstétrico por dos circunstancias: el antecedente del aborto previo 3 años antes, y las infecciones vaginales a repetición que tuvo al inicio de la gestación.

Manifestó que al valorar la paciente consideró que en ese momento aquella no aplicaba como alto riesgo para remitirla, por lo siguiente: **i)** la posibilidad de un nuevo aborto se hubiera dado antes de la semana 21, y la paciente ya estaba en 40 semanas; **ii)** la última consulta por infecciones vaginales fue empezando el segundo trimestre y luego de eso no había reporte de infecciones vaginales; y **iii)** la amenaza de un parto pretérmino que tuvo la paciente cuando estaba en la semana 27 de gestación, tampoco aplicaba para el riesgo gestacional, porque ya la paciente había llegado con el embarazo a término.

Sostuvo que en su criterio, la paciente aplicaba ya a bajo riesgo, porque había superado las condiciones que generaron su calificación como de alto riesgo obstétrico.

Acotó no entender por qué en los controles prenatales no se revaloró la catalogación de alto riesgo, si ya no presentaba ninguna de las condiciones que permitieron esa calificación.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>13</sup> sostuvo en su testimonio que atendió a la paciente en uno de los controles prenatales de la misma, cuando tenía 23.1 semanas de gestación, momento en el cual encontró que aquella ya no tenía dolor, no tenía flujo y estaba asintomática.

---

<sup>12</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>13</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

Acotó que en el último control prenatal, que fue a las 39.6 semanas de gestación, ya no había vaginosis bacteriana.

Expuso que la paciente fue catalogada como de alto riesgo por riesgo de aborto, pero al superar las 20 semanas de gestación, ese riesgo desaparece. Indicó que también estuvo catalogada como de alto riesgo por la vaginosis a repetición, la cual era riesgosa en un parto prematuro, pero como ya había llegado a las 37 semanas, el riesgo había desaparecido igualmente, máxime si la paciente no había vuelto a manifestar la presencia de infecciones.

c) Atención del parto y el alumbramiento

Consta igualmente en la historia clínica de la paciente (fls. 303 a 409, C.2A), que la atención del parto y el correspondiente alumbramiento de la placenta se hizo en el Hospital San Rafael de Risaralda, tal como quedó relatado en la nota médica (fl. 369, C.2A) y a la cual se hace referencia a continuación.

- El 11 de julio de 2010 a la 1:50 p.m., la paciente fue trasladada a sala de partos.

En su declaración, el médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>14</sup> afirmó que fue quien recibió a la paciente en trabajo de parto y lo atendió, luego del seguimiento rutinario realizado y de constatar que estaba en dilatación completa.

Precisó que no vio ninguna alteración en las constantes vitales de la paciente ni en el examen físico hecho, que le indicara que había algún factor de riesgo que ameritara la remisión en ese momento.

- El bebé nació a las 2:17 p.m. con circular simple al cuello, que se redujo sin contratiempos.

El citado médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>15</sup> indicó que el bebé venía con una circular al cuello del cordón umbilical, pero no ofrecía ninguna dificultad.

- Luego se procedió a realizar el alumbramiento activo, para lo cual se hizo signo del pescador y posteriormente maniobras de tracción

---

<sup>14</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>15</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

controlada leve del cordón, contra tracción y compresión uterina. Para ello, se administró oxitocina.

En el testimonio rendido por el médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>16</sup>, refirió que luego del parto, procedió con el alumbramiento, que es la salida de la placenta. Explicó que según la norma técnica por la que se rigen los médicos en esta materia, se debe hacer un manejo activo del alumbramiento, consistente en dos conductas: **i)** colocar un medicamento llamado oxitocina, que es una hormona encargada de aumentar el tono del útero, de contraerlo para que no sangre, y permita que la placenta se desprenda; y **ii)** pinzar el cordón umbilical, esperar a que haya una contracción, y cuando ésta inicie, hacer una tracción suave y controlada del cordón con una mano, mientras que con la otra se coge el fondo del útero y se sostiene para que no se venga con él; una vez pasa la contracción, se suelta y espera a que haya otra para volver a hacer la maniobra.

Señaló que hay un signo que se llama *“el pescador”*, que consiste en traccionar suavemente el cordón y arriba con *“el talón de la mano”*, al sentir que hala un poquito, se supone que la placenta todavía está adherida y se continúa con las maniobras.

Acotó que en la atención del parto de la paciente, realizó el procedimiento anteriormente descrito y que consta en la Resolución 412 de 2000, que contiene una guía sobre los procedimientos médicos que deben hacerse, particularmente la guía 8 en la cual se menciona que el alumbramiento debe ser activo y la manera de efectuarse.

El médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>17</sup> explicó en su testimonio que el alumbramiento no es el nacimiento del bebé sino la expulsión de la placenta, que puede tardar desde 30 hasta 60 minutos. Indicó que generalmente, en la práctica, en 10, 15 o 20 minutos la placenta puede salir, pero está determinado que puede demorarse mucho más. Señaló que en la fase de alumbramiento hay una maniobra generalizada en la formación médica que es la tracción y contra tracción del cordón umbilical, que consiste en hacer una presión sostenida no exagerada, a la par de un masaje, para expulsar la placenta. Sostuvo que usualmente esperan que con eso ya es suficiente y la paciente no tenga que hacer ningún pujo.

---

<sup>16</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>17</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.



En su testimonio, la enfermera Lilian Cristina Quintero Restrepo<sup>18</sup> explicó que se requiere más o menos 30 minutos para el alumbramiento, y lo que hace el médico es hacer un poco de tracción para que la placenta afloje y salga, lo cual se realiza en todos los partos.

- A las 2:40 p.m., se observó una masa haciendo protrusión en introito hacia periné con sangrado moderado.

La enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>19</sup> sostuvo en su testimonio que después de que nació el bebé, pasaron 20 o 25 minutos y empezó la fase de alumbramiento, en la cual el médico observó una masa adherida a la placenta que no distinguía muy bien qué era, y empezó un sangrado moderado.

- Se consignó que se palpó la masa dura adherida a la placenta y se concluyó inversión uterina, por lo que se suspendió inmediatamente la oxitocina. A continuación se presentó un sangrado severo que no permitía distinguir una estructura de otra, y se sospechó que la placenta estaba anormalmente adherida.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>20</sup> manifestó en su testimonio que transcurridos 25 minutos luego del parto, estaba esperando que hubiera otra contracción, cuando vio que salió por la vagina una masa morada muy sangrante. Relató que pensó que era la placenta, pero al cogerla y secarla, notó que era muy dura, y la placenta es muy blandita. Indicó que vio mucho sangrado, y concluyó que se trataba de una inversión uterina. En ese momento, aseguró que le pidió el favor a la auxiliar de enfermería que suspendiera la oxitocina para que no se formara un anillo que hiciera más difícil revertir la inversión uterina; y que llamara no sólo al médico Javier Mauricio Patiño Mesa para que lo apoyara, sino también al conductor de la ambulancia; al tiempo que ordenó poner oxígeno y canalizar otra vena.

El citado galeno expuso en su declaración que la inversión uterina es una complicación muy rara y grave del tercer período del parto (el alumbramiento). Indicó que se afirma que sucede un caso entre 20 mil e incluso entre 50 mil. Explicó que una inversión uterina no sólo se da por parto vaginal sino que también se puede dar en una cesárea en uno

---

<sup>18</sup> Minuto 1:20:21 a 1:47:05 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>19</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>20</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

de 2 mil casos.

Señaló que la inversión uterina se clasifica en 3: aguda, que ocurre en las primeras 24 horas del parto; subaguda, luego de las 24 horas y al mes; y crónica, que es del mes en adelante.

Manifestó que la causa de la inversión uterina no se conoce hasta el momento, pero hay factores que la pueden predisponer, como por ejemplo, se ha relacionado un factor congénito, hereditario, donde puede haber debilidad de los ligamentos que sostienen el útero; también se ha asociado con un acretismo placentario, que es una mala inserción de la placenta en el útero, cuando esas fibras de la placenta empiezan a pasar al útero y a enterrarse en él; de igual forma se relaciona con un cordón umbilical corto; con un bebé macrosómico; con el hecho que se trate del primer parto; y por debilidad de la pared abdominal o un aumento de la presión abdominal de la paciente en su momento que puede hacer que salga.

Afirmó que hay cuatro grados de inversión uterina: el grado 1 cuando el útero intenta salir pero no alcanza a llegar al orificio del cuello del útero; el grado 2 alcanza a llegar al orificio; el grado 3 es en el que alcanza a llegar a la entrada de la vagina pero no sale; y el grado 4 es en el que sale completamente de la vagina, como sucedió en este caso.

Adujo que aunque se ha asociado la inversión uterina a una mala tracción del cordón umbilical, existe mucha controversia al respecto, pues el manejo activo del alumbramiento es mundial e incluye una tracción del cordón umbilical, por lo que hay varios autores que sostienen que si es una práctica tan común halar el cordón controladamente, no tendría sentido que la inversión uterina fuera una complicación tan eventual y no fuera mucho más frecuente.

Aseguró que los antecedentes que tenía la paciente y que permitieron catalogarla como de alto riesgo no son factores que incidan en la aparición de una inversión uterina; y de hecho, reiteró que no hay factores de riesgo asociados en este caso.

Precisó que el antecedente de aborto es un factor de riesgo para otro aborto, no para una inversión uterina; y que la vaginosis bacteriana es un factor de riesgo para desencadenar un parto pretérmino mas no una inversión uterina.

Por su parte, el médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>21</sup>, explicó que la inversión uterina es bien rara, que se dice que sucede 1 caso entre 30.000 y 40.000, por lo que considera que es imposible pronosticar que va a suceder.

Sostuvo que algunas personas consideran que una tracción exagerada puede inducir la inversión, pero también hay muchos casos de inversiones uterinas donde ni siquiera se está haciendo tracción del cordón. Puntualizó que no hay estudios que indiquen causas puntuales que puedan ocasionar una inversión uterina y acotó que ésta sucede por azar, fortuitamente, en cualquier trabajo de parto y en cualquier institución.

Opinó que las condiciones que dieron lugar a que la paciente se catalogara como de alto riesgo no la predispusieron a que sucediera la inversión uterina, porque el aborto previo se dio 3 años antes, no volvió a registrar infecciones vaginales y éstas no tienen ninguna relación causa – efecto, y la amenaza de parto pretérmino tampoco tiene una relación causal con la inversión uterina.

En declaración rendida por la enfermera Lilian Cristina Quintero Restrepo<sup>22</sup>, manifestó que en la fase de alumbramiento vieron que salió aparte de la placenta, una masa, venía algo adherido a la placenta y empezó a sangrar. Explicó que era un sangrado que no se lograba parar. Indicó que el médico hizo lo que tenía que hacer que era secar y mirar qué era lo que había ahí y se dio cuenta que había inversión uterina, por lo cual le solicitó a la testigo que llamara al Dr. Javier Mauricio Patiño Mesa y a la jefe de enfermería para que fueran a apoyarlos. La testigo los llamó y mientras tanto el médico seguía pendiente de todo lo que tenía que ver con la mamá.

- Se procedió inmediatamente a reducción manual de útero, pero pese a varios intentos, ésta no se logró.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>23</sup> expresó que intentó 5 veces meter el útero, pero no fue posible.

Explicó que hay cuatro grados de inversión uterina, y la que presentó la paciente es la denominada completa, porque la cúpula vaginal pasa de

---

<sup>21</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>22</sup> Minuto 1:20:21 a 1:47:05 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>23</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

la vagina, es una masa muy grande y no fue capaz de reducirla.

Sostuvo que mientras su compañero iba, intentó hacer compresión al sangrado, ya que era demasiado abundante.

En testimonio rendido por el médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>24</sup>, sostuvo que cuando se presenta inversión uterina, lo que sugiere la literatura médica es tratar inmediatamente de hacer una reversión del útero, que en este caso no fue posible.

La enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>25</sup> narró en su declaración que el doctor estaba tratando de volver a ingresar el útero pero fue imposible porque era grande, razón por la cual procedieron a cubrir a la paciente con apósitos y con compresas estériles.

En su testimonio, la enfermera Lilian Cristina Quintero Restrepo<sup>26</sup> refirió que cuando la placenta salió y se vio la masa, el médico no siguió traccionando, sino que inició goteo de líquidos para reponer volumen de sangre y pedir apoyo inmediatamente para poder hacer el traslado que era urgente.

- Quedó consignado que debido al tamaño del útero y de la placenta, se imposibilitó el empaquetamiento, por lo que se realizó compresión manual.
- Se ordenó canalizar otro acceso venoso y a suministrar líquidos bajo supervisión del médico Javier Mauricio Patiño Mesa, el cual intentó también reducción del útero sin ser posible.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>27</sup> manifestó en su testimonio que su colega llegó a los 5 minutos e intentó 3 o 4 veces revertir el útero y tampoco fue capaz de lograrlo.

En la declaración del médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>28</sup>, afirmó que a las 2 de la tarde lo llamaron del Hospital San Rafael de Risaralda, informándole que había una complicación con la paciente, y que

---

<sup>24</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>25</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>26</sup> Minuto 1:20:21 a 1:47:05 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>27</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>28</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

cuando llegó a la institución, encontró que se trataba de una inversión uterina que su compañero estaba tratando de corregir.

Explicó que el útero se había invertido, esto es, que se había salido de la cavidad vaginal, y que al igual que su colega, trató de corregir la inversión uterina sin éxito.

En testimonio rendido por la enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>29</sup>, afirmó que también la llamaron del Hospital San Rafael de Risaralda, solicitándole apoyo para la remisión de una paciente. Indicó que cuando llegó al hospital encontró al Dr. Javier Mauricio Patiño Mesa y a la auxiliar de enfermería atendiendo la paciente, la cual estaba en regulares condiciones.

Afirmó la testigo que le brindó soporte con líquidos a la paciente, que ayudó con las labores de enfermería, a cubrirla con mantas, a calentar los líquidos para administrarle, a canalizar venas, y a esperar el traslado que ya había sido comentado desde antes por el médico que la estaba tratando.

Manifestó que el médico le comentó que durante el alumbramiento se había presentado la complicación de inversión uterina y que la requería para la remisión.

Expuso que no podían transfundir la paciente porque en un primer nivel no hay banco de sangre, entonces sólo podían infundirle líquidos, ponerle oxígeno y cubrirla con mantas.

La enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>30</sup> relató en su declaración que canalizó otro acceso venoso, puso los medicamentos que el médico ordenó, y estuvo pendiente de la paciente.

- Se ordenó suministrar oxígeno, y se llamó inmediatamente al segundo conductor de la ambulancia, sin ser posible la comunicación con éste.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>31</sup> sostuvo en su testimonio que cuando vio que la inversión era completa, pidió que llamaran al conductor de la ambulancia.

---

<sup>29</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>30</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>31</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

La enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>32</sup> manifestó en su declaración que como el conductor de la ambulancia que estaba en turno había salido en remisión, llamó al conductor que estaba disponible, pero no se pudo ubicar.

- Se anotó que la paciente continuaba con sangrado severo y se ordenó a la auxiliar de enfermería continuar llamando a conductor de ambulancia.

La enfermera Lilian Cristina Quintero Restrepo<sup>33</sup> sostuvo que llamó al conductor de la ambulancia, pero no contestó el teléfono.

- Se consignó que se llamó al Hospital de Caldas, se informó a admisiones el envío de la paciente y se comentó el estado de ésta con ginecobstetra, para que tuvieran disponibilidad de ginecólogo y personal para ingreso de la misma. Se dio la orden de aplicar Methergin y oxitocina.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>34</sup> aseguró que su colega quedó a cargo de la paciente para pasarle los líquidos y hacer la compresión, mientras él llamaba al conductor nuevamente y al Hospital de Caldas, lo cual no fue fácil, para comentar la situación e informar que debía remitir la paciente inmediatamente, por lo que debían tener listo un quirófano y una UCI para hacerle una transfusión. Preciso que informó que enviaba la paciente como urgencia vital y que le dijeron que podía hacerlo.

Preciso que al ver que el sangrado era abundante, le pidió a la auxiliar de enfermería que volviera a poner oxitocina, y que adicionalmente aplicara Methergil, para ayudar a cerrar vasos y tratar de controlar el sangrado.

El médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>35</sup> sostuvo que su compañero estuvo llamando al hospital que iba a recibir a la paciente, mientras que él se quedó con ésta y estuvo apoyando la conducta iniciada por su colega, tratando de detener la hemorragia y de revertir la inversión

---

<sup>32</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>33</sup> Minuto 1:20:21 a 1:47:05 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>34</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>35</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

uterina, pero en la medida en que fue ineficaz, había que salir con la paciente de inmediato.

Refirió en su declaración que cuando no se logra hacer la reversión de la inversión uterina manualmente, se debe hacer bajo anestesia general, por lo que se exige que tal procedimiento se realice en una clínica de alta complejidad en la que se disponga de anestesiólogo, ginecólogo y además de una UCI, porque son pacientes que luego de una complicación así se deterioran bastante.

Afirmó que con una inversión uterina, que significa un sangrado vaginal activo, si no se reduce el útero, hay que trasladar a la paciente a un nivel que tenga los recursos ideales, tales como sangre y/o hemoderivados, pues por más líquido que le influyan a una paciente, si no hay un buen rango de hemoglobina, que es lo que transporta el oxígeno a los tejidos, va a terminar en una catástrofe.

Señaló que a su modo de ver, la paciente necesitaba sangre, pero precisó que es un recurso con el cual no cuenta un primer nivel de atención, entonces lo que se le podía poner eran líquidos endovenosos y cubrirla para evitar la hipotermia, mientras llegaba a la institución de tercer nivel.

Las enfermeras Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>36</sup>, Ángela Marcela Cano Reyes<sup>37</sup> y Lilian Cristina Quintero Restrepo<sup>38</sup>, corroboraron que el médico que atendió el parto inició llamado al Hospital de Caldas, y precisaron que es una actividad que realizan los mismos doctores, así las auxiliares colaboren en la marcación.

- En la hoja de remisión diligenciada se observa que la paciente fue remitida a ginecología por presentar inversión uterina (fl. 324, C.2A). Se indicó que el parto había sido atendido a las 2:00 p.m., y que en manejo de alumbramiento se observó placenta anormalmente adherida a útero, con posterior inversión uterina, con sangrado moderado (ibídem). Se señaló que la paciente había tenido un aborto hacía 5 (sic) años (fl. 324, C.2A).
- Quedó anotado que la auxiliar de enfermería se logró comunicar con el

---

<sup>36</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>37</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>38</sup> Minuto 1:20:21 a 1:47:05 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

Hospital San Vicente de Paúl de Anserma para solicitar prestada la ambulancia de dicha institución con carácter urgente, a lo cual respondieron afirmativamente.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>39</sup> aseguró que mientras su colega estaba con la paciente apoyándolo con la reanimación de ésta, diligenció la historia clínica para la remisión, intentó llamar al conductor de la ambulancia, y le pidió el favor a la auxiliar de enfermería que se comunicara con Anserma para solicitar prestada la ambulancia como una urgencia vital. Preciso que la comunicación con Anserma tampoco fue fácil pero respondieron y accedieron.

La enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>40</sup> manifestó en su testimonio que al no poder ubicar al conductor de la ambulancia que estaba en disponibilidad, llamó al hospital de Anserma para que prestaran la ambulancia.

Por su parte, la enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>41</sup> sostuvo en su declaración que le comentaron que habían llamado al hospital de Anserma, porque el conductor de la ambulancia del hospital de Risaralda había salido hora antes o media hora antes con un paciente que iba con diagnóstico de infarto.

- En vista de que no llegaba la ambulancia de Anserma, se ordenó a la auxiliar de enfermería llamar a personal que supiera manejar la segunda ambulancia del Hospital San Rafael de Risaralda y se contactó a bombero voluntario que aceptó hacerlo.

En su declaración, el médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>42</sup> expuso que como la ambulancia de Anserma no llegaba, la auxiliar de enfermería le comentó que había un bombero voluntario que podía manejar la ambulancia, por lo que el galeno le pidió que lo llamara inmediatamente.

En su declaración, la enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>43</sup> corroboró

---

<sup>39</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>40</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>41</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>42</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>43</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.



que al ver que la ambulancia de Anserma no llegaba, se solicitó a un bombero que los trasladara a Manizales en la ambulancia propia del hospital de Risaralda.

De igual manera, la enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>44</sup> sostuvo que en vista de que se demoraba en llegar la ambulancia de Anserma, se llamó a un bombero auxiliar para que manejara la otra ambulancia del hospital.

- El bombero estacionó la ambulancia, pero no pudo ingresar la camilla al vehículo, por desconocimiento del funcionamiento de la misma.

El médico Sebastián Giraldo Cardona<sup>45</sup> relató que el bombero sacó la ambulancia, montaron la paciente en la camilla y que cuando iban a introducir la camilla, ésta no entraba en la ambulancia, por desconocimiento del funcionamiento de una ambulancia. En ese sentido, explicó que lo que hicieron fue llevar a la paciente a reanimación, y a los 5 o 10 minutos llegó la ambulancia de Anserma, y de ahí subieron la paciente y salieron con ella.

En declaración del médico Javier Mauricio Patiño Mesa<sup>46</sup>, sostuvo que alguien del municipio se ofreció para manejar la ambulancia (bombero), que había riesgo porque no era la persona calificada para manejarla, pero que en el momento, por el desespero, se aceptó. Narró que se trató de subir la paciente a la ambulancia, pero no fueron capaces porque no estaban capacitados para ello, por lo que la tuvieron que trasladar a la sala de reanimación y luego llegó la ambulancia de Anserma.

Igual manifestación hizo la enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>47</sup>, quien aseguró que cuando el bombero fue, trataron de ingresar a la paciente a la ambulancia pero fue imposible, por lo cual se devolvieron con ella para la sala de reanimación a estabilizarla, y a los 5 minutos llegó la ambulancia de Anserma y se dio inicio al traslado.

---

<sup>44</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>45</sup> Minuto 00:01 a 1:05:38 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>46</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

<sup>47</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

De igual manera, la enfermera Luz Yanet Guerrero Galeano<sup>48</sup> manifestó que el bombero auxiliar que llamaron para que manejara la otra ambulancia del hospital, no pudo subir la paciente a dicho vehículo, como quiera que no sabía el manejo de la camilla. Refirió que posteriormente llegó la ambulancia de Anserma y la paciente fue enviada en esa.

- Se consignó que a las 3:40 p.m. aproximadamente, la ambulancia de Anserma llegó y que salieron con la paciente inmediatamente, en malas condiciones generales, somnolienta, con sangrado activo severo y se continuó con manejo de abundantes líquidos endovenosos.
- La paciente salió en compañía del médico Javier Mauricio Patiño Mesa, la jefe de enfermería Ángela Marcela Cano Reyes y la pareja de la paciente.

d) Traslado y fallecimiento de la paciente

En la nota de transporte de remisión (fl. 371, C.2A) se dejó consignado lo siguiente:

*PACIENTE DE 24 AÑOS, PRIMIPARA (sic) QUIEN EN SU POSPARTO INMEDIATO PRESENTA INVERSION (sic) UTERINA Y POSIBLE ACRETISMO PLACENTARIO CON SANGRADO ABUNDANTE, POR LO CUAL SOLICITARON REMISION (sic) A TERCER NIVEL, PARA ELLO SOLICITARON NUESTRO SERVICIO (ANGELA (sic) MARCELA CANO - JEFE DE ENFERMERIA (sic) Y JAVIER MAURICIO PATIÑO MESA – MEDICO (sic) RURAL).*

*SE ESPERA QUE LLEGUE EL SERVICIO DE AMBULANCIA DE LA INSTITUCION (sic) QUE SE REQUERIO (sic) PREVIAMENTE POR PERSONAL DE TURNO, SIN EMBARGO POR DIFICULTADES EN SU CONSECUSIÓN SE SOLICITA AMBULANCIA DE HOSPITAL DE ANSERMA, MIENTRAS TANTO SE APOYA LA URGENCIA CON REANIMACION (sic) LIQUIDOS (sic) ENDOVENOSOS ABUNDANTES, SE PROTEGE LA PACIENTE CON MANTAS COMO SE ESTABA REALIZANDO*

*DURANTE ESTE PERIODO LA PACIENTE PRESENTA UNA HIPOTENSION (sic) MARCADA CON CIFAS QUE OSCILABAN ALREDEDOR DE 90/60 Y 70/40, MUY TAQUICARDICA (sic) Y SOMNOLIENTA*

*INICIALMENTE SE INTENTA INGRESAR LA PACIENTE EN SEGUNDA AMBULANCIA DEL HOSPITAL MANEJADA POR BOMBERO VOLUNTARIO PUES EL CONDUCTOR DISPONIBLE NO*

---

<sup>48</sup> Minuto 1:05:39 a 1:20:19 del segundo audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

SE PUDO LOCALIZAR Y EL DE TURNO ESTABA EN REMISION (sic); PERO SE PRESENTA DIFICULTAD PARA EL INGRESO DE LA CAMILLA AL VEHÍCULO. POCOS MINUTOS DESPUES (sic) LLEGA AMBULANCIA DEL HOSPITAL DE ANSERMA, SE INGRESA LA PACIENTE EN ESTADO CRITICO (sic), ESTUPOROSA, HIPOTENSA, CON PULSO CAROTÍDEO PRESENTE, SATURANDO 98% CON FIO2 AL 21% CON PALIDEZ GENERALIZADA LA SALIDA DE LA INSTITUCION (sic) APROXIMADAMENTE A LAS 15:40 HORAS CON ACOMPAÑANTE (ESPOSO). DURANTE EL TRANSPORTE CONTINUAMOS TERAPIA DE REANIMACIÓN CON LEV SOLUCIÓN SALINA AL 0.9%, BOLOS CONTINUOS Y SUPERVISION (sic) CONTINUA DE SIGNOS VITALES (...) DURANTE TODO EL TRAYECTO LA PACIENTE REGISTRA TA MUY BAJAS, 70/60 60/40, TAQUICARDIA Y PERÍODOS DE DESATURACIÓN, DURANTE LOS CUALES SE REALIZA ASISTENCIA CON AMBU MAS (sic) FUENTE DE OXIGENO (sic) EXTERNA. APROXIMADAMENTE MEDIA HORA ANTES DE LLEGAR AL HOSPITAL DE CALDAS INICIO (sic) CON PULSO PILIFORME Y MAYOR ESFUERZO RESPIRATORIO (...). LAS CONSTANTES VITALES DE LA PACIENTE REGISTRADAS EN EL MONITOR CAEN A CERO, Y NO SE NOTA NINGUN (sic) ESFUERZO RESPIRATORIO POR LO CUAL SE INICIA (sic) MANIOBRAS DE REANIMACION (sic) (...). AL LLEGAR APROXIMADAMENTE HACIA A (sic) LAS 16+40 AL HOSPITAL DE CALDAS, SE PASA DIRECTAMENTE A SALA DE REANIMACIÓN DONDE SE PONE PALETAS DEL DESFIBRILADOR OBTENIENDOSE (sic) TRAZADO DE ASITOLIA (sic) A LA INSPECCIÓN SE EVIDENCIA MIDRIASIS, AUSENCIA DE REFLEJOS CORNEALES, NO INICIAN REANIMACIÓN CEREBROCARDIOPULMONAR. EL CADAVER QUEDO (sic) A DISPOSICIÓN DEL HOSPITAL DE CALDAS.

Según consta en la historia clínica de la atención recibida por la señora Paula Andrea Largo Zapata en el SES Hospital de Caldas (fl. 123, C.2), la paciente fue llevada por personal del hospital de Risaralda, y al examinarla encontraron que estaba en paro cardiorrespiratorio, que no respondía, por lo cual no se continuaron las maniobras de reanimación. Se indicó que debido al tiempo transcurrido del paro y a los hallazgos anotados, se pasaba la paciente a la morgue para necropsia médico legal.

El médico Javier Mauricio Patiño Mesa relató en su declaración<sup>49</sup> que en el transcurso del recorrido, una media hora antes de llegar a Manizales, la paciente colapsó. De hecho, precisó que cuando salieron del hospital ya estaba muy deteriorada. Indicó que lo que hicieron fue continuar con las

---

<sup>49</sup> Minuto 15:33 a 1:18:12 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

maniobras que estaban haciendo y una rutina de reanimación. Expuso que cuando llegaron a la clínica, la paciente ya había fallecido, que la ingresaron directamente a la sala de paro, pero no tenía ritmo cardíaco.

Por su parte, la enfermera Ángela Marcela Cano Reyes<sup>50</sup>, manifestó que cuando iban en la ambulancia con destino a Manizales, le administraron líquidos a la paciente y que cuando ésta empezó a presentar signos vitales irregulares, se iniciaron las maniobras de reanimación y le administraron medicamentos. Indicó que cuando estaban llegando a esta ciudad, la paciente falleció.

e) Hallazgos de la necropsia médico legal practicada a la paciente

De conformidad con el informe pericial de necropsia que obra en el expediente (fls. 120 a 125, C.1), la señora Paula Andrea Largo Zapata sufrió una inversión uterina que le produjo un grave sangrado, lo que la llevó a presentar anemia aguda y posteriormente le produjo la muerte (fl. 121, ibídem).

El citado informe confirmó la inversión uterina presentada por la paciente, al señalar que se advertía exposición a nivel vaginal del útero y la placenta (fl. 121, C.1), y al describir en el examen físico que se observaba el útero y la placenta adherida en la parte externa de la vagina (fl. 122, ibídem), y que encontraba útero invertido, de aspecto congestivo, con la placenta aún adherida en la pared lateral y fondo del útero, que al retirarla presentaba sus cotiledones completos (fl. 124, C.1).

#### **4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto**

Los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad bajo el título de imputación por falla en el servicio se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la Administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

##### **4.1 El daño**

---

<sup>50</sup> Minuto 1:19:22 a 1:44:40 del primer audio contenido en el CD 1 obrante a folio 760 del cuaderno 1B.

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable<sup>51</sup>.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”* <sup>52</sup>.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

<sup>52</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en el lamentable fallecimiento de la señora Paula Andrea Largo Zapata, ocurrido el 11 de julio de 2010 a las 4:40 p.m. aproximadamente, cuando era trasladada del Hospital San Rafael de Risaralda al Hospital de Caldas. De ello da cuenta lo siguiente:

- Copia de las historias clínicas de la señora Paula Andrea Largo Zapata, correspondientes a la atención recibida por parte de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda (fls. 303 a 409, C.2A) y del SES Hospital de Caldas (fl. 123, C.2), tal como quedó reseñado en el acápite de hechos probados.
- Registro Civil de Defunción (fl. 48, C.1), en el que consta que el 11 de julio de 2010 falleció la señora Paula Andrea Largo Zapata.
- Informe pericial de necropsia (fls. 120 a 125, C.1).

Se halla pues acreditado el daño a que se refiere la demanda de la manera descrita en la prueba documental antes referida; lo cual también fue corroborado por la prueba testimonial recaudada.

#### **4.2 Falla en el servicio**

La parte demandante atribuyó responsabilidad a la ESE Hospital San Rafael de Risaralda por la muerte de la señora Paula Andrea Largo Zapata, al considerar que incurrió en conductas que conllevaron a que la paciente falleciera por anemia aguda a causa de una grave complicación ginecobstétrica denominada inversión uterina.

En efecto, sostuvo que pese a que se trataba de un embarazo de alto riesgo

obstétrico, el hospital omitió remitir a la paciente a una institución médica de tercer nivel para que allí se atendiera el parto.

Adujo además que hubo un mal manejo del alumbramiento activo, pues el médico tratante causó la inversión uterina que generó la hemorragia severa, y que no podía ser atendida en primer nivel de atención por no contar con los recursos médicos necesarios.

Finalmente alegó que se presentó una demora (cuatro horas) en el traslado a Manizales debido a que no había conductor de ambulancia disponible, y luego de tener que acudir a la ambulancia del Hospital de San Vicente de Paúl de Anserma, la remisión sólo se materializó cuando la paciente se estaba desangrando producto de la hemorragia severa. Estimó que cada minuto que transcurrió sin que la paciente pudiera ser remitida a Manizales, agravó su estado de salud.

De conformidad con la historia clínica de la señora Paula Andrea Largo Zapata en las distintas instituciones hospitalarias en las que fue atendida, en concordancia con los testimonios recibidos en este proceso, el Tribunal observa lo siguiente en relación con la atención en salud prestada a la paciente:

- a) Los controles prenatales efectuados a la paciente en el Hospital San Rafael de Risaralda se ajustaron a las guías de promoción de la salud y prevención de enfermedades en la salud pública, particularmente de la guía para la detección temprana de las alteraciones del embarazo<sup>54</sup>, ya que los mismos no sólo fueron realizados en su totalidad por médicos sino que además se valoraron las circunstancias relacionadas con el riesgo obstétrico.
- b) Por antecedente de aborto espontáneo 3 años antes, la paciente fue catalogada como de alto riesgo obstétrico. Sin embargo, como lo expusieron los médicos que intervinieron en la atención médica brindada, para el momento mismo del parto, dicha calificación debía entenderse superada, en tanto habían transcurrido más de las 21 semanas de gestación en las cuales es probable que se presente un aborto.
- c) La paciente fue igualmente clasificada como de alto riesgo obstétrico en la medida en que presentaba vaginosis a repetición, la cual podía causar un parto pretérmino. No obstante esa condición, lo cierto es que

---

<sup>54</sup> [http://www.med-informatica.net/TERAPEUTICA-STAR/Embarazo\\_GuiaDeteccionTempranaAlteraciones\\_guias03.pdf](http://www.med-informatica.net/TERAPEUTICA-STAR/Embarazo_GuiaDeteccionTempranaAlteraciones_guias03.pdf)

desde la semana 35 de gestación (fl. 363, C.2A), la madre negó en cada control prenatal subsiguiente, la presencia de flujo vaginal u otra sintomatología, que tampoco fue advertida por los médicos al momento de realizar el examen físico correspondiente. Incluso, se consignó en la historia clínica que en valoración hecha por ginecólogo, se consideró que el embarazo era normal (ibídem).

- d) De manera que, para la Sala, el riesgo causado por vaginosis a repetición había sido igualmente superado para el momento en que la paciente acudió para la atención del parto.
- e) Si bien la paciente tuvo una amenaza de parto pretérmino en la semana 27 de gestación, tal circunstancia tampoco generaba que la calificación del riesgo obstétrico variara para cuando se presentó el parto, pues evidentemente había llegado a un embarazo a término.
- f) Todo lo anterior sugiere que la señora Paula Andrea Largo Zapata podía válidamente catalogarse como una paciente de bajo riesgo obstétrico después de la semana 35 de gestación y, por tal motivo, la atención de su parto no requería de remisión a un hospital de tercer nivel de complejidad, sino que podía ser efectuada por el Hospital San Rafael de Risaralda.
- g) Desde el momento en que los médicos tratantes deciden hospitalizar a la paciente por encontrarse en parto activo, hubo valoración oportuna y monitoreo constante por parte del personal médico y de enfermería del Hospital San Rafael de Risaralda.
- h) Contrario a lo manifestado por la parte demandante, no hay prueba alguna de que la inversión uterina que se produjo en la fase de alumbramiento, hubiese sido causada por un mal manejo médico. De hecho, se demostró que el galeno que atendió el parto y el correspondiente alumbramiento actuó apegado a la Resolución 412 de 2000, particularmente a la Guía 8: Guía de Atención del Parto.

Se acreditó además que dicha complicación es de ocurrencia extraña y no frecuente, cuyas causas no están suficientemente esclarecidas pero que incluyen una serie de factores de riesgo, algunos de ellos congénitos, que no necesariamente coinciden con una supuesta mala maniobra de tracción del cordón umbilical para desprender la placenta.

- i) Consta que una vez se advirtió la existencia de la complicación en el alumbramiento, el médico tratante solicitó apoyo a uno de sus colegas,



para intentar realizar manualmente la reversión del útero, sin que ello fuera posible.

- j) Ante la imposibilidad de hacer la reversión requerida, el médico tratante se comunicó con una institución hospitalaria de tercer nivel, como es el Hospital de Caldas, para informar que debido a la situación que se presentaba con la paciente, ésta debía ser remitida como urgencia vital. Esto es, no se solicitó autorización para remisión sino que se indicó que se remitiría para que tuvieran listos los recursos médicos necesarios para el manejo de la situación.
- k) Se advierte que al no contar con banco de sangre, por tratarse de un primer nivel de atención, el Hospital San Rafael de Risaralda brindó los recursos que podía para tratar de contener el sangrado activo y lograr la estabilización de la paciente mientras llegaba a la institución a la cual iba remitida. En efecto, se hizo uso de medicación apta para comprimir el útero y sus vasos, se infundieron líquidos endovenosos calientes para evitar la hipotensión y se colocaron compresas, oxígeno y mantas.
- l) Más allá del acto médico como tal, se aprecia que hubo una falla asistencial en la prestación del servicio, consistente en la demora para trasladar a la paciente y materializar la remisión ordenada.

Lo anterior, por cuanto, pese a que el Hospital San Rafael de Risaralda contaba con dos ambulancias, una de turno y otra en disponibilidad, el día de los hechos el conductor de turno había salido en remisión con otro paciente, mientras que el conductor que supuestamente debía estar en. Lo anterior obligó al personal médico y de enfermería no sólo a solicitar ayuda a un hospital cercano, cual fue el Hospital San Vicente de Paúl de Anserma, sino también a un miembro del cuerpo de bomberos del municipio, para lograr trasladar rápidamente a la paciente, poniendo incluso la vida de ésta en peligro al acudir a una persona que no tenía los conocimientos necesarios para el transporte básico asistencial.

Así pues, aunque la ESE Hospital San Rafael de Risaralda contaba con el recurso físico consistente en dos ambulancias, y también con el recurso humano, esto es, los dos conductores necesarios para tales vehículos, en el momento en que fue requerido el conductor que estaba en disponibilidad, éste no pudo ser contactado y no acudió a la prestación del servicio que le era exigible y que se requería con suma urgencia.

Al respecto, la Sala observa que en el expediente obra un documento que recoge el Plan de Acción y de Gestión de la ESE (fls. 256 a 285, C.1), en el que se observa que en su portafolio de servicios se ofrece el transporte asistencial básico dentro de la atención médica (fl. 260, C.1), para cuyo efecto el hospital cuenta con equipo multidisciplinario distribuido en área asistencial y área administrativa, dentro de la cual están contemplados dos conductores (fl. 261, C.1).

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>55</sup> ha precisado que “(...) la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo”.

Atendiendo lo expuesto, para esta Corporación, la circunstancia consistente en la ausencia del conductor de la ambulancia que se encontraba en disponibilidad y que impidió transportar a la señora Paula Andrea Largo Zapata cuando lo requería, es demostrativa de que la ESE Hospital San Rafael de Risaralda incurrió en una flagrante falla en el servicio, pues en dicha entidad recaía la obligación de garantizarle a la paciente una efectiva atención médica, que en este caso se traducía en la remisión inmediata y oportuna a un centro hospitalario de tercer nivel de complejidad.

#### **4.3 Nexos de causalidad**

En el presente caso se encuentra demostrado que la muerte de la señora Paula Andrea Largo Zapata se produjo a raíz de una anemia aguda secundaria al sangrado activo producido por la inversión uterina.

En tanto en este proceso no se acreditó por la parte actora que el fallecimiento de la señora Paula Andrea Largo Zapata hubiera tenido como causa eficaz y determinante la falla de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda, estima el Tribunal que en este caso el nexo causal no se configura.

En efecto, no existe prueba que permita establecer de manera certera que la demora en la consecución del conductor de la ambulancia que la ESE

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 9 de junio de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1992-01147-01(19276).

Hospital San Rafael de Risaralda debía tener dispuesto para este tipo de eventos, constituya por sí sola la causa determinante del daño padecido por los accionantes, ni que incidió de manera efectiva en su producción.

En tal sentido, se rompe la imputación fáctica y jurídica que pretende endilgarle la parte accionante a esta entidad demandada.

## **5. Responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida de la paciente**

Aun cuando no se configura responsabilidad por la muerte en sí misma de la señora Paula Andrea Largo Zapata, lo cierto es que el Tribunal estima que la omisión de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda de materializar la remisión de la paciente a una institución hospitalaria de tercer nivel de complejidad, da lugar a que se analice, como lo hizo la Juez de primera instancia, si en este caso se configuró responsabilidad por pérdida de oportunidad de sobrevida, de recuperación o de mejoramiento de las condiciones de salud.

Contrario a lo manifestado por el señor apoderado de la aseguradora recurrente, sí es procedente analizar en este caso si hubo o no pérdida de oportunidad, no sólo porque en la demanda expresamente se sostuvo que hubo una demora en el traslado de la paciente que agravó su estado de salud y le impidió acceder a la atención que requería (fl. 18, C.1), sino que además, en virtud del principio *iura novit curia*, esta Jurisdicción tiene facultad para analizar el asunto bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que corresponda, con base en los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>56</sup> ha considerado que la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, con estrecho vínculo con la relación de causalidad y, por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente.

### **5.1 Definición y elementos de la pérdida de oportunidad**

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 1º de agosto de 2016. Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01429-01(35116).

En relación con la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, el Consejo de Estado ha indicado<sup>57</sup> que aquella “(...) se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento<sup>58</sup>.”.

Ha señalado igualmente el Alto Tribunal<sup>59</sup> que “A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima<sup>60</sup>, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan

---

<sup>57</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

<sup>58</sup> Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>59</sup> Ver nota al pie nº 14.

<sup>60</sup> Cita de cita: Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circunscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(…). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

*colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.”.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>61</sup> ha previsto como elementos de la pérdida de oportunidad, los siguientes: **i)** falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; **ii)** certeza de la existencia de una oportunidad; y **iii)** certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

## **5.2 Configuración de los elementos de pérdida de oportunidad en el caso concreto**

A continuación la Sala analizará si en el caso concreto se encuentran acreditados los aludidos elementos que permitan afirmar con exactitud si en efecto, la ESE Hospital San Rafael de Risaralda es responsable por la pérdida de oportunidad de la señora Paula Andrea Largo Zapata de acceder a la atención especializada que requería y que le permitiera mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir.

### **5.2.1 Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado**

Al valorar las pruebas obrantes en el expediente esta Sala advierte que, tal como se indicó en el acápite del nexa causal, el primer componente de la pérdida de oportunidad se encuentra acreditado en el presente asunto, ya que no es posible determinar con certeza que la señora Paula Andrea Largo Zapata hubiera mejorado sus condiciones de salud e incluso sobrevivido a la complicación que presentó en la fase de alumbramiento.

### **5.2.2 Certeza de la existencia de una oportunidad**

Pese al cuadro clínico de la señora Paula Andrea Largo Zapata, considera este Tribunal que aquella conservaba la expectativa cierta y legítima de ser atendida oportunamente, y así poder acceder a los tratamientos que hubieran sido del caso, con base en lo cual pudiera mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir.

Así se extrae de las declaraciones de los médicos que intervinieron en este asunto, pues aun cuando no hicieron ningún pronóstico de la complicación que presentó la paciente, lo cierto es que de sus explicaciones sobre el particular, el Tribunal extrae que la inversión uterina hubiera podido ser

---

<sup>61</sup> Ver nota al pie nº 14.

corregida quirúrgicamente, conteniendo de paso el sangrado severo producido por aquella, teniendo en todo caso acceso a la transfusión que necesitara la paciente para reponer la gran cantidad de sangre perdida.

### **5.2.3 Extinción irreversible de la oportunidad**

Finalmente se encuentra probado que la oportunidad de la señora Paula Andrea Largo Zapata de acceder a una atención especializada y en últimas a sobrevivir, se perdió de manera definitiva e irreversible, pues al haber transcurrido una hora desde que se advirtió la existencia de la complicación hasta cuando llegó la ambulancia del Hospital San Vicente de Paúl de Anserma, y pudo ser trasladada a un centro hospitalario de mayor complejidad, el pronóstico de la paciente empeoró, al punto de hacerla sufrir una anemia aguda que la llevó finalmente a la muerte.

En efecto, el bebé nació a las 2:17 p.m., y según informan los testigos, pues nada se dice sobre el particular en la historia clínica, pasaron entre 20 o 25 minutos hasta que se presentó la inversión uterina. Esto es, a las 2:42 p.m. aproximadamente ya se había presentado el sangrado activo severo y sólo a las 3:40 p.m. llegó la ambulancia que trasladaría la paciente al Hospital de Caldas.

La entidad recurrente adujo en su apelación que la complicación de la inversión uterina no generaba una declaratoria de urgencia vital y de remisión y traslado inmediatos. Sostuvo además que el proceso de remisión es regulado y no puede realizarse sin conocer la ciudad de llegada o la institución que va a recibir al paciente.

Contrario a lo sostenido por la ESE Hospital San Rafael de Risaralda, la Sala considera que la complicación postparto que tuvo la señora Paula Andrea Largo Zapata sí se trataba de una urgencia vital, no sólo porque así lo consideraron los médicos que le brindaron atención, tal como consta en la historia clínica y en las declaraciones de los mismos, sino además porque, atendiendo las explicaciones que sobre la inversión uterina se hicieron en este proceso, es evidente que, conforme al artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, había una alteración de la integridad física de la paciente que comprometía severamente su vida y que requería de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar su vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.

Es absurdo y, en cierta medida, inhumano, asegurar que una persona que se encuentra con sangrado activo severo sin posibilidades de ser contenido, en una institución que no cuenta con banco de sangre ni la facultad para hacer

transfusiones, y que se deteriora rápidamente, no constituye una urgencia vital y, por ende, no requiere un traslado inmediato.

Basta además considerar que la causa de la muerte de la paciente fue anemia aguda secundaria al sangrado activo producto de la inversión uterina (fl. 121, C.1), para confirmar que, en efecto, se trataba de una urgencia vital.

Recuérdese que conforme lo prevé el artículo 10 de la Resolución 5261 de 1994, las urgencias deben ser atendidas en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesario autorización previa de la EPS o remisión, como bien lo manifestaron los médicos que intervinieron en el proceso. En ese entendimiento, no resulta acertado el argumento de la ESE recurrente, de pretender que para este caso se siguiera el trámite de remisión que normalmente se realiza para pacientes que no están atravesando por una urgencia médica.

Otro de los argumentos de la ESE recurrente es que el traslado en ambulancia no debía hacerse inmediatamente, pues a la paciente había que estabilizarla previamente.

Sobre el particular, tanto los médicos como las enfermeras que rindieron declaración en este asunto aseguraron que no es conveniente transportar a un paciente que no está inicialmente estabilizado, pues es más factible que se agrave en el trayecto.

Sin perjuicio de lo anterior, según se indicó por parte de los galenos, lo único que podían hacer por la paciente en ese momento, ya que no fueron capaces de revertir manualmente la inversión uterina, era suministrarle líquidos endovenosos, aplicarle Methergil y oxitocina, ponerle compresas y cubrirla con mantas para evitar hipotensión; procedimientos que incluso fueron efectuados en la ambulancia mientras llegaban al Hospital de Caldas.

Dado lo anterior, esta Corporación considera que la estabilización de la paciente para trasladarla a otro centro hospitalario no requería la hora que en exceso se tardó la ESE en conseguir el transporte adecuado para la remisión ordenada.

Es tan evidente que los médicos tratantes consideraron que la paciente estaba lista para ser trasladada mucho antes de las 3:40 p.m., que incluso intentaron desesperadamente acudir al cuerpo de bomberos del municipio para ello, y al no poder subir la camilla adecuadamente, tuvieron que continuar con la reanimación de la señora Largo Zapata.

Es cierto que no existe prueba científica en este proceso que indique cuánto era el tiempo prudencial para trasladar a una paciente con hemorragia vaginal severa; y sin pretender desconocer que en la hora siguiente a la complicación el personal médico de la institución realizó las actividades de estabilización hemodinámica, de información sobre remisión y de diligenciamiento de historia clínica, entre otras, este Tribunal no puede pasar por alto que se trataba de una situación crítica, en la que influyó de manera desafortunada la ausencia del personal necesario para realizar el traslado, y que se suma a la falta expresa de la obligación de anotar el tiempo en el que cada actividad fue efectuada.

No se trata de una hipótesis que se lanza irresponsablemente tal como lo sugiere el apoderado de la aseguradora recurrente, sino una consideración razonable a la luz de las reglas de la experiencia y del sentido común.

### **5.3 Imputación del daño de pérdida de oportunidad**

Considera la Sala que en este caso la pérdida de oportunidad de la señora Paula Andrea Largo Zapata de acceder a tratamiento médico para superar la complicación postparto, le es imputable únicamente a la ESE Hospital San Rafael de Anserma.

Lo anterior es así pues, contrario a lo manifestado por la ESE recurrente, la obligación de contar con el transporte asistencial básico no era responsabilidad de la EPS sino de la misma IPS, quien estaba habilitada para prestar el servicio en esas condiciones.

Por lo demás, no se observan trabas administrativas que influyeran de manera negativa en la materialización de la remisión que requería la paciente.

Así pues, la omisión administrativa de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda genera una responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida de la paciente como un perjuicio autónomo indemnizable.

## **6. Indemnización por pérdida de oportunidad**

No obstante que la tasación de la indemnización ordenada en primera instancia no fue objeto expreso de apelación por parte de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda y La Previsora Compañía de Seguros S.A., este Tribunal considera que debe pronunciarse frente a la misma, habida cuenta que los recursos abrieron la discusión en relación con el perjuicio autónomo



de pérdida de oportunidad.

Se observa que en la sentencia de primera instancia la Juez *a quo* consideró que en el presente caso se generó una pérdida de oportunidad que debía ser indemnizada, lo cierto es que al momento de liquidarla, se observa que reconoció perjuicios morales a favor de los demandantes, en los montos establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación, atendiendo el nivel de cercanía y parentesco con la víctima.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>62</sup> ha precisado que “(...) *la pérdida de oportunidad se ubica en el campo del daño, sin desconocer que por elementales razones guarda estrecho vínculo con la relación de causalidad, -la causalidad existente entre el hecho imputable y el daño para estructurar la responsabilidad- y por lo mismo, resulta ser un perjuicio autónomo que, no obstante, es indemnizable, diferente al daño final padecido por el paciente*”.

De conformidad con lo anterior, esta Sala considera que el perjuicio a resarcir no puede ser el moral que tiene génesis en el fallecimiento de la señora Paula Andrea Largo Zapata, sino el de la pérdida de oportunidad, que es un perjuicio indemnizable de manera autónoma.

El Consejo de Estado<sup>63</sup> ha precisado que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad no permite el reconocimiento de daños morales, ya que el daño a indemnizar no es la muerte en sí misma:

*Como se dijo, la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad como daño autónomo, no permite que se haga un reconocimiento por daños morales u otro, toda vez que el daño indemnizable no es la muerte misma, en consonancia con la jurisprudencia expuesta. Igualmente, esta Subsección ha reiterado esa posición en anteriores oportunidades<sup>64</sup>:*

*En relación con la solicitud de incrementar la indemnización reconocida a los demandantes por concepto de perjuicios morales, la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en*

---

<sup>62</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 1º de agosto de 2016. Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01429-01(35116).

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 4 de diciembre de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02993-01(62518).

<sup>64</sup> Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez y recientemente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00575-01(57689).

*la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad; sin embargo, esta figura constituye un daño autónomo que no deviene directamente, en este caso, de la muerte del menor Michael Martínez Murillo sino de la pérdida de oportunidad (...).*

*De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocerán los perjuicios morales pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del menor Michael Martínez Murillo de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber accedido a los servicios de salud requeridos.*

*Como consecuencia, no es procedente la solicitud de reconocimiento de perjuicios morales solicitados en el recurso de apelación, por cuanto, se insiste, la indemnización surge de la pérdida de oportunidad y no de la muerte de la joven Villa Henao.*

Al no existir un mandato legal relativo a la forma en la que debe indemnizarse la pérdida de oportunidad, debe acudirse a los parámetros que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado sobre el particular.

En esa línea de intelección, se observa que en sentencia del 5 de abril de 2017<sup>65</sup>, el Consejo de Estado fijó los siguientes parámetros mínimos de modo pedagógico e ilustrativo para orientar al juez en la cuantificación de la indemnización por pérdida de oportunidad en casos de responsabilidad médica:

- i) El fundamento del daño sobre el cual se erige el débito resarcitorio radica en el truncamiento de la expectativa legítima, de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud.*
- ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría (sic) ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos, máxime si se tiene en cuenta que en materia médica incluso los índices de probabilidad más débiles siguen representado intereses valiosos para el paciente y sus seres queridos, en consideración a la fungibilidad de la vida y el anhelo por prolongarla; por lo anterior, dicho truncamiento no*

---

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 5 de abril de 2017. Radicación número: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706).

*puede menospreciarse y dejar de repararse, so pretexto de una indeterminación invencible.*

- iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad, esto es, el principio de la reparación integral, ya que las víctimas serían, sin razón alguna, resarcidas parcialmente a pesar de que el actuar del demandado cercenó una expectativa legítima. En efecto, el truncamiento de una expectativa legítima genera diferentes tipos de perjuicios que deben ser indemnizados, es decir, si es de naturaleza material, será indemnizada de conformidad con este criterio o, si por el contrario es de naturaleza inmaterial, la reparación será de índole inmaterial<sup>66</sup>.*
- iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.*
- v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina<sup>67</sup>, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los*

---

<sup>66</sup> Cita de cita: Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizaré o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: “insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daños a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño” GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 262.

<sup>67</sup> Cita de cita: TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

*criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad<sup>68</sup>, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998<sup>69</sup>-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados<sup>70</sup>.*

- vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos<sup>71</sup>, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.*

Atendiendo la postura que sobre el particular ha sostenido el Consejo de Estado en su jurisprudencia, y teniendo en cuenta que en el expediente no obran elementos de juicio que permitan establecer con base en criterios

---

<sup>68</sup> Cita de cita: Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth

<sup>69</sup> Cita de cita: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

<sup>70</sup> Cita de cita: En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, rad. 38047, M.P. Danilo Rojas Betancourth conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, rad. 38267, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>71</sup> Cita de cita: La sentencia n.º 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. Cfr. SAIGÍ-ULLASTRE, AAVV, “Cuantificación de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Profesional Médica”, *Revista Española de Medicina Legal*, Órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, vol. 39, 2013, p. 159.

técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del daño sufrido por los demandantes como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de la señora Paula Andrea Largo Zapata de mejorar sus condiciones de salud e incluso de sobrevivir, la Sala estima, en virtud de las condiciones en las que se encontraba la paciente, del tiempo que transcurrió, y del principio de equidad reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas<sup>72</sup>, que una suma razonable y proporcional por tal concepto, corresponde a un porcentaje del 50% de la posibilidad truncada, lo que deviene en el reconocimiento a cada uno de los demandantes, del equivalente a 50 y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo el parentesco y nivel de cercanía.

En ese sentido pues, se modificará la sentencia de primera instancia.

## **7. Sobre el llamamiento en garantía con base en la póliza nº 1001901**

### **7.1 Cobertura por reclamación hecha o claims made**

De conformidad con el artículo 1.131 del Código de Comercio, en los seguros de responsabilidad se entiende “(...) *ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, (...)*”, momento que además de ser el comienzo del término prescriptivo, debe estar incluido en el plazo de vigencia de la póliza respectiva.

Sin embargo, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, “(...) *tal cobertura temporal, inicialmente concebida en el derecho asegurador con base en la fecha de ocurrencia del hecho o de la pérdida (losses occurrence), ha mutado por la necesidad de ajustar este contrato al dinamismo propio de los negocios modernos, y puede ser modificada por las partes para ser (sic) por las denominadas «reclamaciones hechas» o por reclamaciones que se hagan durante la vigencia pactada (claims made), acorde con el citado artículo 4 de la ley 389 de 1997, (...)*”<sup>73</sup>.

La cobertura por reclamación hecha o claims made en el seguro de responsabilidad fue prevista por el artículo 4 de la Ley 389 de 1997<sup>74</sup> en los siguientes términos:

---

<sup>72</sup> **Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia del 12 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-31-03-031-2002-01133-01.

<sup>74</sup> “Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”.

**ARTICULO 4o.** *En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.*

*Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.*

(...)

En sentencia del 18 de diciembre de 2013<sup>75</sup>, reiterada en providencia del 31 de julio de 2014<sup>76</sup>, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que de conformidad con el anterior precepto normativo, podían presentarse las siguientes situaciones:

*au.-) Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.*

*av.-) Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.*

*aw.-) Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.*

*El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están.*

Así pues, para las pólizas con modalidad por reclamación hecha o claims made, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, "(...) a más de la configuración del siniestro o realización del riesgo asegurado (art. 1072 del C.Co.), que en el seguro de responsabilidad tiene una regla especial (art. 1131 id.), lo cierto es que cuando se ha pactado la forma de reclamación hecha (claim made), es menester el descubrimiento de la pérdida o el reclamo del perjudicado al asegurado o al

<sup>75</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-3103-041-2000-01098-01.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrada Ponente: Dra. Ruth Marina Díaz Rueda. Sentencia del 31 de julio de 2014. Radicación número: 11001-3103-015-2008-00102-01.

*asegurador, en el término de vigencia de la póliza que se hubiese acordado, o en el plazo posterior convenido”<sup>77</sup>.*

En ese orden de ideas, al margen de la ocurrencia del hecho dañoso, cuando se pacta el seguro de responsabilidad civil bajo la modalidad por reclamación hecha o claims made, la ausencia de la reclamación judicial o extrajudicial dentro del término de vigencia de la póliza o en su defecto en el convenido por las partes, impide el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora<sup>78</sup>.

Así lo ha entendido igualmente el Consejo de Estado, pues en sentencias de tutela del 25 de enero de 2018<sup>79</sup> y del 28 de marzo de 2019<sup>80</sup>, el Alto Tribunal sostuvo que “(...) las cláusulas “claims made o reclamación hecha” constituyen una limitación temporal al cubrimiento de la póliza, toda vez que no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también resulta necesario que la reclamación por parte de la víctima se materialice durante la vigencia de aquella o, en su defecto, en el período adicional estipulado en el contrato de seguro, que, en todo caso, no puede ser inferior a dos años, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso”<sup>81</sup>.

## **7.2 Condiciones de la póliza n° 1001901 adquirida por la ESE Hospital San Rafael de Risaralda**

En el *sub lite* se encuentra probado que el 16 de marzo de 2010 La Previsora S.A. Compañía de Seguros renovó la póliza de responsabilidad civil n° 1001901 a favor del Hospital San Rafael de Risaralda, con vigencia entre el 15 de marzo de 2010 y el 1° de enero de 2011, con un valor asegurado total de \$100'000.000 (fl. 837, C.1B). La vigencia de la póliza n° 1001901 fue prorrogada hasta el 31 de marzo de 2011 (fls. 837 a 840, C.1B).

---

<sup>77</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia del 12 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-31-03-031-2002-01133-01.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia del 18 de julio de 2017. Radicación número: 76001-31-03-001-2001-00192-01.

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Sentencia del 25 de enero de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02479-00(AC).

<sup>80</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín. Sentencia del 28 de marzo de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02290-01(AC).

<sup>81</sup> *Ibidem*.

Consta así mismo en la citada póliza que los amparos contratados fueron los siguientes: uso de equipos de diagnóstico y terapia, errores u omisiones profesionales, gastos para la defensa penal, pago de cauciones, fianzas y costas, responsabilidad civil de clínicas y hospitales, predios labores y operaciones, gastos médicos, daños extrapatrimoniales y gastos judiciales (fl. 837, C.1B).

En la condición primera del contrato de seguro se pactó que, en lo que respecta a la responsabilidad civil profesional médica, *“PREVISORA SE OBLIGA A INDEMNIZAR AL ASEGURADO POR CUALQUIER SUMA DE DINERO QUE ESTE (sic) DEBA PAGAR A UN TERCERO EN RAZÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN QUE INCURRA, EXCLUSIVAMENTE COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER “ACTO MÉDICO” DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ATENCIÓN EN LA SALUD DE LAS PERSONAS, DE EVENTOS QUE SEAN RECLAMADOS Y NOTIFICADOS POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y HASTA EL LÍMITE DE COBERTURA ESPECIFICADO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES (SALVO LOS ACTOS MÉDICOS QUE QUEDEN EXPRESAMENTE EXCLUIDOS)”* (fl. 844, C.1B).

En lo concerniente al concepto de reclamo, se indicó en la condición vigésimo quinta que aquél significa *“Cualquier notificación o demanda por escrito por vía judicial o extrajudicial, hecha por un tercero, y recibida por el Asegurado o su Asegurador, solicitando compensación en forma monetaria y/o de servicios por daños y/o perjuicios ocasionados por un “acto médico” y/o “evento”* (fl. 849, C.1B).

Dentro de las exclusiones absolutas de la póliza, en el numeral 2.40 de la condición primera, se estableció la siguiente: *“NOTIFICACIONES FORMULADAS POR EL ASEGURADO, O LOS RECLAMOS O DEMANDAS DE TERCEROS QUE LLEGUEN A CONOCIMIENTO DEL ASEGURADO FUERA DEL LÍMITE TEMPORAL DE VIGENCIA, O DEL PLAZO OPCIONAL PACTADO EN EL ENDOSO CORRESPONDIENTE, AUNQUE DICHAS NOTIFICACIONES, RECLAMOS O DEMANDAS SE DERIVEN DE ACTOS MÉDICOS PRACTICADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA”* (fl. 845 vuelto, C.1B).

La condición novena contempló que en caso de presentarse renovaciones sucesivas e ininterrumpidas de la póliza, la cobertura siempre se extendería a cubrir la responsabilidad emergente de actos médicos ocurridos desde el inicio de vigencia de la póliza inicial, sin importar que ésta hubiese ya vencido, siempre que el reclamo y la notificación se hubiere formulado



durante una de las renovaciones consecutivas e ininterrumpidas (fl. 847 vuelto, C.1B).

Se indicó expresamente que las exclusiones fijadas, dentro de las cuales se encuentra la citada anteriormente, podían ser amparadas mediante la expedición del anexo correspondiente cuando fuera previamente solicitado por el cliente y con el cobro de la prima a que hubiera lugar (fl. 845 vuelto, C.1B).

En efecto, en la condición décima de la póliza se estableció la extensión del período para reclamar, consistente en la posibilidad de extender hasta un período máximo de dos años la cobertura para los reclamos formulados con posterioridad a la vigencia de la póliza y exclusivamente por actos médicos ocurridos durante su vigencia (fl. 847 vuelto, C.1B).

Sin embargo, en la misma condición se indicó expresamente que dicha extensión, en caso de ser requerida por el asegurado, debía ser solicitada por éste a la aseguradora dentro de los treinta días anteriores a la finalización de la cobertura, pagando la prima correspondiente (fl. 847 vuelto, C.1B).

Se plasmó igualmente en la condición décima que si el asegurado optaba por no adquirir el anexo o perdía el derecho a hacerlo, La Previsora no sería responsable y quedaría liberada para atender cualquier reclamo efectuado por terceros luego del vencimiento de la vigencia de la última póliza no renovada, sin importar la fecha de ocurrencia del hecho generador del reclamo (fl. 847 vuelto, C.1B).

### **7.3 Análisis de la obligación de la llamada en garantía en relación con la póliza nº 1001901**

De conformidad con las condiciones de la citada póliza de seguro adquirida por el Hospital San Rafael de Risaralda con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, este Tribunal considera que aquella es de la modalidad claims made o reclamación hecha y, por lo tanto, para que surgiera la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora, tanto el siniestro como la reclamación debían presentarse durante la vigencia de la póliza y no en período posterior, así el hecho que dio lugar a la reclamación hubiese ocurrido en el período de cobertura. Lo anterior, a menos que el asegurado suscribiera anexo de extensión del período para reclamar o la póliza hubiera sido renovada, en cuyo caso el reclamo y la notificación se hubiere formulado durante esa renovación.

No obra prueba en el proceso de que el asegurado suscribiera anexo de extensión del período para reclamar o que la reclamación hubiere sido elevada durante la renovación de la póliza.

Siendo ello así, como la póliza de responsabilidad civil n° 1001901 estuvo vigente hasta el 31 de marzo de 2011, y la reclamación se presentó el 22 de enero de 2014, fecha en la que se notificó el auto que admitió el llamamiento en garantía contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros (fl. 575, C.1B), no es procedente ordenar a la aseguradora el reembolso del pago de la condena impuesta con cargo a dicha póliza. Conviene precisar que en caso de tenerse como fecha de estructuración de la reclamación la de presentación de la demanda (10 de julio de 2012), se llegaría a la misma conclusión.

## **8. Sobre el llamamiento en garantía con base en la póliza n° 1002262**

### **8.1 Condiciones de la póliza n° 1002262 adquirida por la ESE Hospital San Rafael de Risaralda**

En este proceso se acreditó que el 16 de marzo de 2010, La Previsora S.A. Compañía de Seguros renovó la póliza de responsabilidad civil n° 1002262 a favor del Hospital San Rafael de Risaralda, con vigencia entre el 15 de marzo de 2010 y el 1° de enero de 2011, con un valor asegurado total de \$50'000.000 (fl. 403, C.1).

En la citada póliza consta que cubre la responsabilidad extracontractual por ocurrencia, y que los amparos contratados fueron los siguientes: cobertura de responsabilidad civil extracontractual, responsabilidad civil patronal, gastos médicos, contratistas y subcontratistas independientes y vehículos propios y no propios (fl. 403, C.1).

En hoja anexa a dicha póliza, con la cual se renovó la misma, se precisa que con ella *“Se cubren los perjuicios patrimoniales que sufra Empocaldas (sic), con motivo de la responsabilidad civil en que incurra de acuerdo con la ley colombiana, por lesiones o muerte a personas y/o destrucción de bienes, causados durante el giro normal de sus actividades”* (fl. 404, C.1). El anexo enlistó más amparos contratados, dentro de los cuales previó el de predios, labores y operaciones (ibídem).

Con la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía, La Previsora Compañía de Seguros S.A. allegó, según indicó, el clausulado de la póliza antes mencionada (fls. 600 a 611, C.1), del que se extrae que *“(…) la cobertura del seguro comprende la responsabilidad civil extracontractual del asegurado derivada de las actividades desarrolladas por el mismo en el giro normal*

*de sus negocios, especificados en la solicitud y en la carátula de la póliza” (fl. 600, ibídem).*

De conformidad con la condición primera de las cláusulas de la póliza, los amparos son los siguientes (fls. 600 y 601, C.1):

*LA COMPAÑÍA, con sujeción a las condiciones generales de esta póliza, asegurara (sic) la Responsabilidad Civil Extracontractual del Asegurado que se ocasione como consecuencia de un hecho externo de carácter accidental, súbito e imprevisto, ocurrido durante la vigencia de la póliza.*

***Predios, labores y Operaciones:***

*Se entiende que la cobertura del seguro comprende la responsabilidad civil extracontractual del asegurado derivada de las actividades desarrolladas por el mismo en el giro normal de sus negocios, especificados en la solicitud y en la carátula de la póliza.*

*Daños materiales o personales como consecuencia de:*

- 1. La posesión, uso o mantenimiento de los predios especificados en la carátula de la póliza y en los cuales el asegurado desarrolla las actividades objeto de este seguro.*
- 2. Las labores u operaciones que lleva a cabo el asegurado en el ejercicio de las actividades descritas en la carátula de la póliza.*

*De tal manera queda amparada la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada de:*

- El uso de ascensores y escaleras automáticas.*
- Incendio y explosión.*
- Operaciones de cargue, descargue y de transporte de mercancías dentro de los predios del asegurado.*
- Posesión y uso de avisos y vallas para propaganda y/o publicidad, siempre y cuando sean instaladas por el asegurado.*
- Posesión y uso de instalaciones sociales y deportivas.*
- Realización de eventos sociales organizados por el asegurado.*
- Viajes de funcionarios del asegurado, en comisión de trabajo, dentro del territorio nacional.*
- Participación del asegurado en ferias y exposiciones nacionales.*
- Vigilancia de los predios asegurados, por personal del asegurado.*
- Posesión o uso de depósitos, tanques y tuberías dentro de los*

- predios.*
- *Labores y operaciones de sus empleados en el ejercicio normal de las actividades del asegurado, excluyendo errores y omisiones.*
  - *Posesión y utilización de cafeterías, casinos y restaurantes.*
  - *De errores de puntería por celadores empleados del asegurado, únicamente en el desempeño de sus funciones.*

Dentro de las exclusiones previstas por las cláusulas de la póliza, se encuentra la de errores y omisiones del asegurado en el ejercicio de su actividad profesional, responsabilidad civil profesional (fl. 602, C.1).

## **8.2 Análisis de la obligación de la llamada en garantía en relación con la póliza nº 1002262**

Como lo sostiene el señor apoderado de la aseguradora, la póliza nº 1002262 no tiene cobertura alguna por responsabilidad médica, tal como se infiere de los amparos y exclusiones del contrato de seguro.

Aunque la falla por la cual es condenada la ESE Hospital San Rafael de Risaralda no se deriva propiamente del acto médico sino de una omisión institucional o administrativa de una actividad que podría eventualmente catalogarse como parte del giro ordinario de los negocios realizados por el asegurado, este Tribunal estima que no puede pasarse por alto que las actividades a que se refiere la póliza son aquellas señaladas en los amparos contratados, y de las enlistadas no se advierte que el evento que dio origen a la condena encaje en alguna de ellas.

Nótese incluso que excluye errores y omisiones de las labores y operaciones de los empleados en el ejercicio normal de las actividades del asegurado.

Así las cosas, pese a que el transporte básico en ambulancia se encuentra en el portafolio de servicios que ofrece la ESE Hospital San Rafael de Risaralda (fl. 260, C.1) y, por lo tanto, dentro del giro ordinario de sus actividades como IPS, no por ello estaría dentro de los amparos cubiertos por la póliza nº 1002262.

En ese entendimiento, se revocará la decisión adoptada en primera instancia en esta materia.

## **Conclusión**

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, no se configuró responsabilidad de las entidades demandadas por la muerte de la señora

Paula Andrea Largo Zapata, pero sí se acreditó que con ocasión de la conducta omisiva de la ESE Hospital San Rafael de Risaralda, se generó una pérdida de oportunidad para la paciente de acceder a la atención especializada que requería y que a la postre pudiera mejorar sus condiciones de salud e incluso permitirle sobrevivir. En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la providencia objeto de apelación, sin perjuicio de las modificaciones respecto de la indemnización por concepto de pérdida de oportunidad y de la improcedencia de que la aseguradora asuma el pago de la condena impuesta.

### **Costas**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que, de un lado, no observa que la demanda hubiere sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma, y de otro, los recursos de apelación prosperaron parcialmente haciendo que se modifique la providencia recurrida.

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

### **FALLA**

**Primero.** **ADICIÓNASE el ordinal primero** de la sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor Alexander Villada Velásquez y otros contra el Hospital San Rafael de Risaralda, la EPS ASMET SALUD, el Municipio de Risaralda, la Dirección Territorial de Salud de Caldas, y en el que fue llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en el sentido de **declarar probadas** igualmente las excepciones propuestas por La Previsora S.A. Compañía de Seguros y que denominó “(...) **INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1002262 PARA EVENTOS DERIVADOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**” y “(...) **AUSENCIA DE AMPARO BAJO LA POLIZA (sic) DE RESPONSABILIDAD CIVIL, ANTE LA NO NOTIFICACION (sic) OPORTUNA DEL SINIESTRO**”.

**Segundo. MODIFÍCASE el ordinal segundo** de la sentencia recurrida, el cual quedará así:

*DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsable al Hospital San Rafael de Risaralda, por la pérdida de la oportunidad de la señora Paula Andrea Largo Zapata, de ser atendida oportunamente en un hospital de tercer nivel de complejidad y, con ello, contrarrestar la complicación que devino en el postparto y eventualmente sobrevivir.*

**Tercero. MODIFÍCASE el ordinal tercero** del fallo apelado, en lo que respecta a la indemnización por pérdida de oportunidad, la cual quedará así:

*En consecuencia, CONDÉNASE al Hospital San Rafael de Risaralda al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de las personas que se indican a continuación, por concepto de pérdida de oportunidad:*

DEMANDANTE	PARENTESCO	SALARIOS MÍNIMOS RECONOCIDOS	VALOR TOTAL RECONOCIDO
Alexander Villada Velásquez	Compañero permanente	50	\$45'426.300
Matías Villada Largo	Hijo	50	\$45'426.300
José Bernardo Largo	Padre	50	\$45'426.300
Marta Alicia Zapata Valencia	Madre	50	\$45'426.300
Luisa Fernanda Largo Zapata	Hermana	25	\$22'713.150
Luz Adriana Largo Zapata	Hermana	25	\$22'713.150
Sandra Patricia Largo Zapata	Hermana	25	\$22'713.150
Fabio Nelson Largo Zapata	Hermano	25	\$22'713.150
<b>TOTAL</b>			<b>\$272'557.800</b>

**Cuarto.** En lo demás, **CONFÍRMASE** la providencia objeto de recurso.

**Quinto. ABSTIÉNESE** de condenar en costas de segunda instancia, por lo brevemente expuesto.

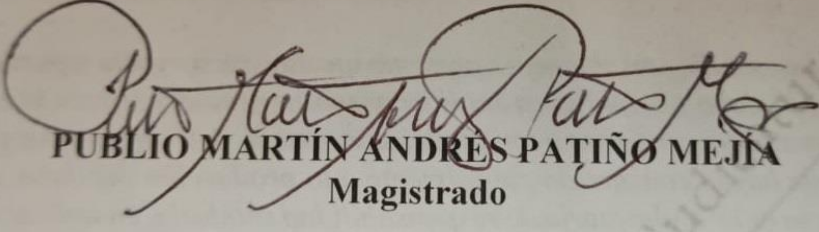
**Sexto.** NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

**Séptimo.** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

**Notifíquese y cúmplase**




AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Ausente con permiso

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 190</p> <p>FECHA: 21/10/2021</p>  <p>CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS</p> <p>SECRETARIO</p>
--