

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 17001-23-33-000-2016-00984-01
Demandante: **Javier Ospina Mejía**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional y Municipio de Manizales**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Dohor Edwin Varón Vivas

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la liquidación realizada por el secretario de las costas y agencias en derecho.

Notificar

A stylized, handwritten signature in dark ink, consisting of several sweeping strokes, positioned above the name and title of the signatory.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de decisión

Magistrada ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17 001 33 31 000 2014 00089 00
Medio de control	Repetición
Demandante:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Demandado:	Néstor Alfonso Jiménez Ospina
Providencia:	Sentencia No. 28

Procede la Sala a decidir el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado judicial de la parte **demandante**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se **negaron** las súplicas de la demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de repetición consagrada en el artículo 142 del CAPCA, solicita:

“1. Que el señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, es responsable por culpa grave o dolo en su actuar del día 24 de septiembre de 2005, frente a los hechos que dieron lugar a la lesión del soldado campesino Jaime Yovany Londoño Vargas, que posteriormente tuvo que ser indemnizada –sic- por la Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional, mediante acuerdo conciliatorio aprobado por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al señor Néstor Jiménez Ospina al pago de cuarenta y un millones setecientos ochenta y tres mil setecientos sesenta y seis pesos con 28/100 M/CTE (\$41.783.766.28), a favor de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

El valor antes solicitado fue el que tuvo que pagar la nación Ministerio de defensa Nacional Ejército, por los hechos del 24 de septiembre de 2005, tal como consta en resolución No. 683 del 15 de febrero de 2012, y en la certificación expedida por la Tesorera del Ministerio de Defensa Nacional (que se aportan).

3. Que el valor antes solicitado sea debidamente indexado y actualizado hasta el momento en que efectivamente se realice el pago.

4. Que la sentencia que ponga fin al proceso, sea de aquellas en las que conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible a fin de que preste mérito ejecutivo.

2. Hechos

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

El día 24 de septiembre de 2005 en el municipio de Chinchiná - Caldas, siendo las 10:45 se escuchó una ráfaga de disparos en el COB y se procedió a revisar el SLR. Jaime Yovany Londoño, quien se encontraba tendido en el suelo herido ya que su compañero el señor SLR. Néstor Alfonso Jiménez Ospina, le había propinado un disparo cuando de forma descuidada le hizo retroceso a la palanca que asegura el arma y se activó la misma.

Las heridas causadas al Sr. Londoño comprometieron su órbita ocular, que produjo hospitalización, siendo sometido a cirugías maxilofaciales, lo cual generó perjuicios y secuelas; por esos hechos, se adelanta investigación penal militar donde se emitió resolución de acusación por parte de la Fiscalía número 18 penal militar, y el proceso fue enviado al Juzgado Noveno de Brigada donde está al momento de presentación de la demanda.

El grupo familiar del soldado regular presentó demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por los perjuicios causados y el reparto correspondió al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, donde se identificó con el radicado 17 001 33 31 2006 00167 00, Despacho que mediante sentencia del 25 de abril de 2011 se determinó la responsabilidad patrimonial de la institución.

La entidad revisó los antecedentes y las pruebas aportadas, logrando determinar la culpa grave con que actuó el soldado Néstor Jiménez Ospina, al manipular un arma sin el debido cuidado y omitiendo las órdenes impartidas respecto de manejo de éstas, y concluyó que existía la posibilidad de ratificación de la condena en segunda instancia contra la institución, por lo que el Comité de Conciliación de la entidad presentó propuesta de conciliación, la cual fue aceptada por los demandantes, el día 16 de junio de 2011 el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales la aprobó.

Refiere que el Ministerio de Defensa Nacional, mediante resolución número 683 del 15 de febrero de 2012 dio cumplimiento a la sentencia y ordenó reconocer y

autorizar el pago de la suma de \$41.783.766.28, a favor de la señora Gabriela Vargas Castaño. Posteriormente el pago ordenado en la resolución número 683 antes mencionada, se hizo efectivo el día 28 de febrero de 2012, según certificado de pago expedido por la Tesorería del Ministerio de Defensa Nacional.

Finaliza diciendo que el Comité de conciliación y defensa jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, en sesión de 24 de febrero de 2014, ordenó iniciar el medio de control de repetición contra el sr Néstor Alfonso Jiménez Ospina.

3. Normas violadas y concepto de violación

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

- Inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Política de 1991.
- Numeral 7 del artículo 7 y artículo 142 de la ley 1437 de 2011.
- Ley 678 de 2001.

Expone que en virtud del principio de responsabilidad de las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus decisiones, omisiones o extralimitaciones; y en la sentencia que dio lugar a la indemnización a que se refieren los hechos de la demanda, pagada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, se evidencia un comportamiento reprochable del demandado Néstor Alfonso Jiménez Ospina.

Dice que una vez se verifica la actuación desplegada por el demandado para el día 24 de septiembre de 2005, se puede establecer que no guardó las respectivas medidas de seguridad que debe tomar la manipulación de armas, y que, pese a las instrucciones dadas por sus superiores, *“se llenó de confianza, y no desarrolló los protocolos de seguridad necesarios, realizando una inadecuada manipulación por demás negligente, que generó el disparo que impactó la humanidad de su compañero causándole la lesión”*, el arma de dotación entregada sólo puede ser cargada bajo órdenes de los superiores, guardando los respectivos espacios cuando se procede a dicha maniobra; y que ello fue lo que generó el daño. Concluye que el señor Jiménez Ospina actuó con culpa grave.

4. Contestación de la demanda (Fl. 97 C. 1)

En vista de que la parte demandante, afirmó desconocer la dirección del demandado, se le designó un curador ad litem para su defensa, quien contesta la demanda sin oponerse a los hechos y ateniéndose al resultado del proceso.

5. Sentencia de primera instancia (Fls. 131 a 137 C. 1)

El 29 de septiembre de 2017, mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, se negaron las pretensiones de la demanda.

La Jueza de instancia en la parte considerativa hizo un análisis de los aspectos generales de la normativa del medio de control de repetición y expone que los hechos que dieron lugar a la demanda y siguiente condena de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, fueron posteriores a la expedición de la ley 678 de 2001; por ende las normas aplicables para dilucidar si el pago realizado por las citadas entidades, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, el 25 de abril de 2011, es imputable por dolo o culpa grave al señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, son las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del funcionario público, y define la acción de repetición como una acción de protección al patrimonio estatal.

Seguidamente estudia los elementos necesarios para determinar la prosperidad de las pretensiones del medio de control de repetición, y hace una cita jurisprudencial del Consejo de Estado, de la cual resalta que los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, y que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta el medio de control de repetición.

Inicia el Despacho de primera instancia con el estudio de la calidad de agente del Estado y su conducta determinante; sosteniendo que tendrá por acreditado que, el demandado para la época de los hechos, se encontraba vinculado como miembro activo del Ejército Nacional, tal como lo estableció el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales en la sentencia proferida dentro del proceso de reparación directa del 25 de abril de 2011, al encontrar probado el daño antijurídico padecido por el señor Jaime Yovany Londoño Vargas, por las lesiones que le fueron causadas por el ahora demandado al disparar accidentalmente su fusil de dotación. De tal manera que, el ahora demandante, reconoció que el demandado si pertenecía a la entidad para el momento en que el señor Jaime Yovany Londoño Vargas sufrió las lesiones, cumpliéndose así con el primer requisito para la prosperidad de la acción de repetición.

En segundo lugar estudia la condena, y hace una transcripción de la misma, afirmando que, del material probatorio estudiado queda demostrado el cumplimiento de la exigencia de condena judicial que impone la obligación a cargo de la entidad estatal; resuelta a través de la conciliación llevada a cabo, y la aprobación de la misma según el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el día 16 de junio de 2011, el cual comprometió el pago para el 16 de noviembre de 2012 de la suma de \$34.778.239,60.

Continúa la Jueza de instancia con el estudio del elemento del pago, y sostiene que reposa en el expediente la resolución número 00683 del 15 de febrero de 2012, mediante la cual se dispuso dar cumplimiento al acuerdo conciliatorio celebrado el 16 de junio de 2011, aprobado por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, ordenando pagar a los demandantes dentro del proceso de reparación directa 17 001 33 31 002 2006 00167 00, la suma de \$41.784.766,28, por concepto de indemnización de perjuicios morales. También que se aportó certificación expedida por la tesorería general de la entidad, en la que se refieren los números de comprobantes a través de los cuales se consignó la suma reconocida como indemnización.

Cita la Jueza un apartado jurisprudencial relacionado con la prueba del pago como presupuesto para la prosperidad del medio de control de repetición, y afirma que los actos administrativos que ordenan el pago, y la certificación de pago, aunque fueron emitidos por la entidad demandante como prueba del cumplimiento de la condena patrimonial impuesta, son trámites administrativos que solo conllevan una orden de pago, pero que no son garantía de su cumplimiento, toda vez que no obra en el proceso, paz y salvo emitido por el beneficiario de la obligación, ni manifestación alguna de su parte que permita inferir claramente, que el saldo ha sido cancelado a su favor, dando así vía libre a la solicitud de reembolso que pretende a través del trámite procesal presente.

Afirma la Jueza que, en las circunstancias citadas queda establecido que la entidad no cumplió con la carga procesal conforme lo exige la jurisprudencia, ya que solo aportó a resolución que ordena el pago y la certificación de cancelación de la obligación generada en su contra, a través de la constancia emitida por la tesorera principal de la entidad demandante de fecha 10 de febrero de 2014, mediante la cual certifica que mediante comprobantes de egreso del 28 de febrero de 2012, y por medio de transferencia electrónica se pagó la suma de \$41.783.766,28 a nombre de Horacio Perdomo Parada, apoderado de la parte demandante.

Considera que los documentos antes referidos no tienen el mérito probatorio para demostrar el pago efectivo de la suma acordada en la conciliación judicial, porque no obra constancia alguna de que efectivamente los beneficiarios del acuerdo conciliatorio recibieron las sumas de dinero que la entidad demandante afirma haberles cancelado, pues si bien la resolución que ordena el pago, acredita uno de los pasos que debe realizar la administración en aras de cumplir con la indemnización impuesta en una condena judicial, ello no es prueba per sé de la realización del pago efectivo de la totalidad de la suma de dinero adeudada a los beneficiarios del acto.

Concluye entonces el Juzgado que la parte demandante incumplió con la carga procesal de acreditar los supuestos de hecho de la demanda, referidos al pago efectuado a favor del grupo familiar de la víctima, sr Jaime Yovany Londoño, dejando desprovisto de prueba el tercer requisito objetivo para la prosperidad de la acción de repetición; por lo que el despacho se abstuvo de seguir estudiando los demás elementos estructurales requeridos para la prosperidad de las pretensiones invocadas y resuelve negar las pretensiones de la demanda.

8. Recurso de apelación (Fls. 142 a 144 C. 1)

La demandante Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, interpuso recurso de apelación alegando que se dejó sin valor la certificación expedida por la tesorería principal del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual se certifica el pago de la resolución 00683 del 15 de febrero de 2012, y que se desconoce la normativa de la ley 1437 de 2011, en su artículo 142, parágrafo 3, relacionado con que el certificado del pagador, tesorero o servidor público en el que conste que la entidad realizó el pago, como prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño; afirmando que ello es prueba suficiente para demostrar que la entidad realizó el pago efectivo de la condena impuesta.

Concluye que el funcionario disparó su arma de dotación oficial de manera irresponsable, y que dentro del proceso administrativo de reparación directa se condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional al pago de una indemnización originada en la conducta dolosa o gravemente culposa del señor Jiménez Ospina, a raíz de la cual, se aplicó el régimen de responsabilidad de falla en el servicio; y dice que las pruebas aportadas dentro del proceso deben ser valoradas por el despacho y determinar que efectivamente existió culpa grave por

parte del señor Néstor Alfonso Jiménez Opina, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la ley 678 de 2011, constituye presunción de culpa grave imputable al demandado, presupuesto sustancial para la prosperidad de esta demanda, por lo que afirma que está más que demostrada la culpa grave en los hechos referidos, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y accederse a las pretensiones de la demanda.

9. Alegatos de segunda instancia

- Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional (Fls. 10 a 12 C. 2)

Reitera su inconformidad respecto de la sentencia proferida en primera instancia, específicamente en lo relacionado con el desconocimiento de la acreditación de pago de la condena impuesta, y el argumento de las deficiencias probatorias al afirmar el A Quo que, no existe prueba que logre determinar que efectivamente la demandante realizó el pago de la resolución N°00683 del 15 de febrero del 2012, dejando sin valor probatorio la certificación expedida por la tesorera principal del Ministerio de Defensa Nacional, donde se certifica el pago de la resolución 00683 del 15 de febrero del 2012; y certifica que se canceló mediante comprobantes de egresos 1500000895 y 1500000896 por transferencia electrónica a la cuenta N° 10167059718 el valor citado en la resolución.

Afirma que en este caso se cumplen los requisitos para proferir un fallo condenatorio en contra del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, pues cometió una falta grave al manipular un arma de fuego sin el debido cuidado y omitiendo las órdenes impartidas respecto del manejo de armas, causando con ello lesiones al soldado campesino Jaime Yovanny Londoño Vargas, por lo cual fue condenada la ahora demandante.

Finalmente, solicita que se revoque la sentencia apelada, y que se determine la existencia de una culpa grave por parte del demandado, accediendo a las pretensiones de la demanda.

-El Ministerio Público no rindió concepto en presente asunto, ni el demandado presentó escrito de alegatos, tal como consta en el acta Secretarial que reposa a folio 13 del cuaderno 2.

II. Consideraciones de la Sala

Problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver los siguientes planteamientos:

- ¿Se encuentra acreditado el pago efectuado por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en virtud de una sentencia condenatoria?
- ¿Hay lugar a estudiar la culpa grave del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, y en caso afirmativo, se encuentra demostrada la misma?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, considera la Sala necesario desarrollar el siguiente análisis y sustento argumental:

- i) asunto previo: marco normativo aplicable al presente proceso,
- ii) naturaleza jurídica del medio de control de repetición,
- iii) requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición,
- iv) las pruebas allegadas al proceso,
- v) la solución al caso concreto.

I) Marco normativo aplicable al presente proceso

El hecho que dio origen a la presente demanda, sucedió en vigencia de la Ley 678 de 2001¹ toda vez que, la actuación que ocasionó los perjuicios tuvo su origen en la presunta actuación culposa del señor Néstor Alfonso Ospina Jiménez, al herir a su compañero Jaime Yovany Londoño, propinándole un disparo al hacer retroceso de la palanca que aseguraba su arma de dotación oficial, de manera al parecer, descuidada, activando la misma; hechos que ocurrieron según afirma la demanda el día 24 de septiembre de 2005, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 678 de 2001, por lo que debe ser aplicada en su integridad para resolver el presente caso.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, *“por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través*

¹Ley 678 de 2001 - artículo 31. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. La publicación se surtió el día 4 de agosto de 2001.

del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición". Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

De igual manera, regula tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, define las generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales; jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares dentro del respectivo proceso.

ii) Naturaleza jurídica del medio de control de repetición

De conformidad con el soporte jurídico- constitucional, al definir la responsabilidad del Estado en el artículo 90, queda claro que el Constituyente dejó establecido en el inciso segundo de la citada norma, la posibilidad de obtener de los servidores públicos el reembolso de las indemnizaciones que el Estado deba sufragar, por el obrar doloso o gravemente culposos de éstos en el desarrollo de sus funciones. Por tal causa las entidades que componen el Estado, adquieren un deber Constitucional, cual es la protección del erario público, y es así, como frente al obrar inadecuado de sus funcionarios, que derive en detrimento patrimonial de la entidad, puede ésta hacer uso de dicha herramienta procesal (medio de control de repetición) para garantizar la moralidad y eficiencia de la función pública y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo que dicha acción comporta.

De igual forma, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 446 de 1998, brindó una regulación legal sobre la procedencia de la repetición, haciéndola extensiva a los casos en que las entidades públicas se vieran avocadas a conciliar por una actuación administrativa derivada del obrar doloso o gravemente culposos de un servidor o ex servidor público.

Por su parte, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, consagra el medio de control de repetición, *“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidores o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”*.

iii) ¿Cuáles son los requisitos exigibles para la prosperidad del medio de control de repetición?

El artículo 2 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento con fines de repetición dispone:

“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (...)”

De la norma se desprende que, para el ejercicio de la acción de repetición, se deben presentar los siguientes presupuestos:

- i) Que una entidad pública haya sido condenada por la Jurisdicción Administrativa a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, o resulte vinculada a la indemnización del daño en virtud de una conciliación u otra forma legal alternativa de terminación o solución de un conflicto.
- ii) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria o en la conciliación.
- iii) Que la condena o la conciliación se hayan producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o de un particular que ejerza funciones públicas.

De igual manera, se hace necesario aclarar por esta Sala que, si bien el inciso tercero del artículo 142 del CPACA que regula el medio de control de repetición dispone que *“Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso*

con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”; también lo es que, los documentos que allí se mencionan, se entienden como prueba suficiente sólo para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable; la norma no dice, -y no podría hacerlo-, que dicho documento sea suficiente para la prosperidad de la demanda de repetición. Bien puede decirse que lo que dice la norma es que, la prueba del pago es una condición para iniciar el proceso, lo cual se prevé para evitar sentencias en las que no puede estudiarse el fondo del asunto por falta de este requisito o sentencias contrarias a las pretensiones del Estado en su ánimo de repetición.

También, el requisito de la constancia de pago, acarrea para la parte demandante una carga que no solo implica actuar en pro de la recuperación del patrimonio; sino también, ser activo probatoriamente al demostrar el pago y el daño; además porque de ello depende el conteo de caducidad en este medio de control.

Se precisa entonces que el certificado del pagador es requisito para iniciar con el proceso; pero no es ni el único, ni el que determina la prosperidad de las pretensiones de la demanda; por lo que se hace necesario en este momento, determinar los requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición.

El Consejo de Estado² ha reiterado los presupuestos para la prosperidad del medio de control de repetición en el siguiente sentido:

“(...) 5. Presupuestos de prosperidad en la acción de repetición. Reiteración de jurisprudencia.

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente, ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de función pública; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

En relación con lo anterior, se debe precisar que la no acreditación de los dos primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante y el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad, tornan improcedente la acción y relevan al juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados.

En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, pues el objeto de la repetición lo constituye la reclamación de una suma de dinero que hubiere sido cancelada por la entidad demandante, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de

²Consejo de Estado. Sección Tercera, Sub Sección A. Sentencia de 25 de octubre de 2019. C.P. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-31-000-2002-01100-01 (56821)

fundamento y, por tanto, en tales casos, se deberán negar las súplicas de la demanda.(...)” (Subraya la Sala).

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado³ explicó con relación al requisito del pago de una condena judicial lo siguiente:

“(...) Para demostrar el cumplimiento de la exigencia a la que se viene haciendo referencia, la parte demandante ha podido allegar no solo el documento o documentos que reconocieran y ordenaran el pago en favor de la beneficiaria y la correspondiente orden de pago, como acá se hizo, sino también, por ejemplo, la constancia de haber recibido la beneficiaria o su apoderado el pago a entera satisfacción, un comprobante de egreso, una consignación, incluso una certificación bancaria o del tesorero de la entidad acreditando el referido pago como acreditación en cuenta del acreedor. (...)”

De igual manera, el Consejo de Estado⁴ ha precisado:

“(...) 3. El pago efectivo de la condena impuesta

18. Respecto al pago de la condena, esta fue ordenada mediante la Resolución No. 1387 de 24 de agosto de 2004 (fl 281 - 283, c. 1) expedida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, mediante la cual dispuso el cumplimiento de las sentencias del 25 de marzo de 2004 y 26 de enero de 2006, dictadas por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ocasión de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones N°(s) 00626 de 22 de julio y 01016 de 1º de octubre de 2002, que negaron el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por la tardanza en el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Álvaro Mosquera Muñoz.

18.1. También se aportó certificación expedida por el jefe de división de prestaciones económicas de FONPRECON que señala que al señor Álvaro Mosquera, en la nómina del septiembre de 2006, se le consignó la suma de \$16'873.882 por concepto de intereses moratorios, en cumplimiento de lo ordenado en la resolución antes citada. Igualmente, aparece constancia de la Tesorería de FONPRECON que señala que, en cumplimiento de una sentencia, al señor Álvaro Mosquera le fue consignada la suma de \$16'873.882 por concepto de intereses moratorios en su cuenta de ahorros No. 666538822 del banco Bancafé, suministrada por el grupo de nómina, documentos que dan cuenta de que dicha suma fue depositada a nombre del beneficiario, con lo que no hay duda del pago de la condena (fl. 281-283, 297-298, c. 1). (Subraya la Sala).

También explicó en reciente pronunciamiento⁵:

“(...) En línea con lo anterior, el Ejército Nacional sí probó el pago efectivo de la condena con esos documentos, aportados junto con la demanda, los cuales, como pasará a exponerse, proporcionan suficiente certeza sobre el efectivo cumplimiento de la obligación y su consecuente extinción.

³Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sub Sección A. Sentencia de 10 de septiembre de 2021. C.P. Dr. José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad. 25000-23-26-000-2010-00843-01(48279)

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 17 de marzo de 2021. CP. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Rad. 25000-23-26-000-2012-00449-01(55028)

⁵Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de agosto de 2021. CP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 85001-12-33-000-2013-00191-01(54750)

*En efecto, la **certificación expedida por la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa** -en la que se consignó que el pago de los \$512'837.570 al abogado Omer Adame Ángel ocurrió el 27 de mayo de 2011- ostentó la naturaleza de prueba sumaria desde la presentación de la demanda hasta antes de su contestación y perdió ese carácter una vez los demandados tuvieron la oportunidad de controvertirla y no lo hicieron.*

Entonces, esa certificación -que, además, encuentra respaldo en la Resolución número 2266 del 16 de mayo de 2011- se constituye en la prueba idónea y suficiente de que el pago se produjo el 27 de mayo de 2011, teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 142 del CPACA⁹² y la jurisprudencia reiterada de esta Subsección⁹³. (Subraya la Sala).

Una vez precisada la directriz jurisprudencial relacionada con los requisitos para la prosperidad del medio de control de repetición; así como la forma eficiente y efectiva para demostrar el pago de la condena realizada por la demandante, pasa la Sala a precisar los temas propuestos:

iv) De las pruebas allegadas al proceso.

La parte demandante solicitó como prueba oficiar al Juzgado Noveno de Brigada Militar para que informara sobre el estado actual del proceso seguido contra el soldado regular Jiménez Ospina por el delito de lesiones personales; y al Juzgado tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, para que allegue copia auténtica de las pruebas que reposan dentro del proceso allí adelantado.

También se hizo necesario decretar de oficio prueba para mejor proveer, según auto interlocutorio 259 de 11 de diciembre de 2020, en la cual se solicitó:

“Copia del comprobante de la transferencia con la que se produjo el pago efectivo de la condena impuesta a la misma entidad, mediante sentencia de fecha 25 de abril de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, mediante la cual accede parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro de la acción de reparación directa presentada por el señor Gabriel Vargas Castaño y otros contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, la cual quedó debidamente ejecutoriada; condena que fue conciliada y aprobada el 16 de junio de 2011, por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, por la suma de \$34.778.293,60, por concepto de perjuicios morales, y estableciendo como fecha de pago el 16 de diciembre de 2012; aceptando el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

- Certificado bancario en el que se acredita la anterior transferencia.

- Documento en el que se acredite que el pago de la condena impuesta en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, dentro del proceso identificado con radicado número 17 001 33 31 002 2006 00167 00; la cual fue objeto de conciliación, aprobada el 16 de junio de 2011, en el que se evidencie el recibido a satisfacción por el beneficiario de la condena o su apoderado.

- Documento que dé cuenta de quién era el apoderado judicial de los demandantes dentro del proceso citado en el ítem anterior.”

No obstante el anterior decreto de prueba, después de cinco requerimientos a la parte demandante para que se aportara lo correspondiente, el 26 de noviembre de 2021 sólo se allegó por parte del apoderado judicial lo que denominó comprobante de pago remitido por el Ministerio de Defensa mediante el cual acredita el pago de la obligación con la siguiente información:

- Documento del SIIF Nación orden de pago presupuestal de gastos comprobante en el cual aparece en valores pagados la suma de \$41.783.766 al señor Horacio Perdomo Parada con identificación 2920269, con fecha de registro de 2012 – 02 – 27 a la cuenta número 10167059718 de Bancolombia, con ocasión a la resolución número 0683 de 2012 – 02 – 07, en el ítem de afectación sentencias y conciliaciones. (Documento 22 del expediente digital)
- Oficio OFI14 – 000177 suscrito por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional de fecha 24 de enero de 2014, en el que se informa la decisión del comité, consistente en autorizar repetir en contra del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, estableciendo que la conducta fue gravemente culposa. (Fls. 22 y 23 C. 1)

Y las pruebas aportadas con la demanda relacionadas, son:

- Certificado de fecha 10 de febrero de 2014, expedido por la tesorera principal del Ministerio de Defensa Nacional en el cual se dice que la resolución 683 del 27-02-2012, por valor de \$41.783.766,28 se canceló al señor Horacio Perdomo Parada (...) con los comprobantes de egreso números 15000000895 y 15000000896, a través de la dirección del tesoro Nacional mediante transferencia electrónica a la cuenta número 10167059718 del banco Colombia el 28-02-2012 (Fl. 24 C. 1).
- Copia auténtica de la sentencia de fecha 25 de abril de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, mediante la cual accede parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro de la acción de reparación directa presentada por el señor Gabriel Vargas Castaño y otros contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las heridas propiciadas por un soldado del ejército nacional, al disparar su arma de dotación oficial contra el señor Jaime Giovanni Vargas, el día 24 de septiembre de 2005; y donde se ordena el pago a título de indemnización de perjuicios a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a los demandantes la suma de \$42.848.000 por concepto de perjuicios morales. (Fls. 7 a 16 C. 1).

- Constancia de ejecutoria de la sentencia en mención (Fl. 17 C. 1)

- Copia auténtica del auto que aprueba conciliación de fecha 16 de junio de 2011, suscrito por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, en el cual se aprueba la conciliación realizada entre la parte demandante Jaime Yovany Londoño Vargas y otros, y el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; por la suma de \$34.778.293,60, por concepto de perjuicios morales, y estableciendo como fecha de pago el 16 de diciembre de 2012; y acepta el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (Fls. 42 a 45 C. 1).

- Copia de la resolución número 683 de febrero de 2012, mediante la cual se da cumplimiento a un acuerdo conciliatorio a favor de Gabriela Vargas Castaño y otros, reconociendo y ordenando autorizar el pago de la suma de \$41.783.766,28 a la señora antes citada, a través de su apoderado judicial, señor Horacio Perdomo Parada; resolución proferida por la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional (Fls. 46 a 48 C. 1).

- Oficio número 593 MDN DEJPM DGJ-18JB, suscrito por la Fiscalía número 18 Penal Militar, mediante el cual informa que el proceso con radicado 1151 adelantado por el delito de lesiones personales en contra del soldado regular Jiménez Ospina Néstor Alfonso (...) en los cuales resultó lesionado el soldado regular Londoño Vargas Jaime Yovanny fue remitido al Juzgado Noveno de Brigada el 21 de agosto del año 2009 con resolución de acusación proferida el 30 de julio del año 2009.

También reposan en el expediente, las siguientes pruebas relacionadas con los hechos que dieron origen a la demanda presentada dentro del asunto de la referencia:

- Copia de la sentencia condenatoria proferida el 27 de octubre de 2009, mediante la cual el Juzgado Noveno de Instancia declara al SLR Jiménez Ospina Néstor Alfonso, responsable del delito de lesiones personales culposas en calidad de autor y lo condena al pago de una multa (Fls. 2 a 22 C. 2).

- Original del Sumario número 3592 del Batallón de Infantería número 22 “Batalla de Ayacucho” Juzgado 57 de instrucción penal militar, cuyo sindicado por el delito de lesiones personales es el señor SL Jiménez Ospina Néstor

Alfonso, donde se encuentran varios documentos, entre ellos la hoja de incorporación al Batallón de infantería 22, el día 11 de enero de 2005; y las declaraciones de los soldados Jiménez Ospina Néstor Alfonso, Arango Wilder Armando, Zamudo Hansen Jhoan, y Londoño Vargas Jaime Yovany.

- Copia del original del sumario número 3592, relacionado con el delito de lesiones personales (Fls. 27 a 126 C. 2)

La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente

Dentro del proceso de la referencia se encuentra la sentencia proferida el 25 de abril de 2011 por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, mediante la cual accede parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro de la acción de reparación directa presentada por el señor Gabriel Vargas Castaño y otros contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; sentencia en la cual se ordena el pago a título de indemnización de perjuicios a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a los demandantes la suma de \$42.848.000 por concepto de perjuicios morales, y la que quedó en ejecutoriada el 16 de junio de 2011. (Fls. 7 a 17 C. 1)

De igual manera obra la copia auténtica del auto que aprueba conciliación de fecha 16 de junio de 2011 del el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, en el cual se aprueba la conciliación realizada entre la parte demandante Jaime Yovany Londoño Vargas y otros, y el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; por la suma de \$34.778.293,60, por concepto de perjuicios morales, y estableciendo como fecha de pago el 16 de diciembre de 2012 (Fls. 42 a 45 C. 1); auto de aprobación del acuerdo conciliatorio, que, en este caso, resulta suficiente para acreditar el cumplimiento del primer requisito consistente en la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio; en este caso el último, el cual impuso una obligación a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

El pago de la indemnización por parte de la entidad pública

Se reitera que, es justamente la acreditación de la constancia de pago de la indemnización, el centro de la discusión y de inconformidad del apelante; pues la Juez de Primera Instancia consideró que, al no estar acreditado el pago, no podía continuar con el estudio del fondo del asunto.

Para esta Sala es claro que la entidad demandante, acreditó el pago con el aporte del certificado de la tesorera municipal del Ministerio de Defensa Nacional que reposa a folio 24 del cuaderno principal, acompañado de la resolución 683 de febrero de 2012, mediante la cual se da cumplimiento a un acuerdo conciliatorio; así como con los certificados de la tesorería y con el documento del SIIF Nación “orden de pago presupuestal de gastos comprobante”.

En efecto, lo que se puede concluir de dichos documentos es lo siguiente:

- La resolución No. 683 de febrero 15 de 2012 hace referencia a la conciliación realizada el 16 de junio de 2011 ante el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, reconoce, ordena y autoriza el pago de la suma de \$41.783.766,29 a favor de la señora Gabriela Vargas Castaño, quien era demandante, junto con el señor Jaime Yovany Londoño Vargas dentro de proceso de reparación directa, por los hechos ocurridos el día 24 de septiembre de 2005.
- En la resolución en mención, se indica que el pago se hará a través de su apoderado judicial, señor Horacio Vargas Perdomo Prada.
- En el certificado de 10 de febrero de 2014 expedido por la tesorera principal del Ministerio de Defensa Nacional se dice expresamente que la citada resolución 683 de febrero de 2012 canceló la suma de \$41.783.766,28 al señor Horacio Perdomo Parada, y cita dos comprobantes de egreso; que valga decir, no se aportan con la demanda; e indica que se hizo a través de la dirección del tesoro Nacional, mediante transferencia electrónica de Bancolombia.
- Finalmente, en el documento del SIIF Nación “orden de pago presupuestal de gastos comprobante”, se evidencia la suma de \$41.783.766 pagada al señor Horacio Perdomo Parada a la cuenta número 10167059718 de Bancolombia, con ocasión a la resolución número 0683 de 2012 – 02 – 07, lo cual resulta totalmente coincidente con la información contenida en el certificado citado anteriormente, y con la resolución 689 de febrero de 2012.

Se reitera, el pago sí se encuentra acreditado con cada uno de los documentos relacionados anteriormente, pues en ellos se encuentran claramente el nombre del beneficiario, la fecha y el monto exacto, incluidos los detalles de pagos a la DIAN

por dicho concepto. Documentos que, además, se estudiaron en conjunto, y resultar ser coincidentes en su información unos con otros, dejando presente además que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado las certificaciones que en tal sentido han expedido las oficinas de tesorería.

Por lo anterior, y al estar debidamente acreditado dentro del proceso uno de los requisitos imprescindibles para la prosperidad del medio de control de Repetición, esto es, la prueba indiscutible del pago de la condena impuesta mediante sentencia de segunda instancia a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, resulta necesario el estudio de los demás requisitos necesarios para la prosperidad de las pretensiones de la demanda presentada dentro del presente medio de control de repetición, tal como la culpa grave del demandado, por lo que pasa la Sala a resolver el siguiente problema jurídico planteado.

¿Se encuentra demostrada en este caso la existencia de la culpa grave del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina?

Ahora pasa esta Sala a definir cuál es el régimen normativo para estudiar la culpa grave del demandado, y se deja presente de una vez que en este caso se hace referencia a la culpa grave, porque expresamente así lo señaló siempre la parte demandante, tanto en la demanda, como en el acta del comité de conciliación y en el recurso de apelación interpuesto.

El artículo 90 Constitucional contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños producido por sus agentes de la siguiente manera:

***“Artículo 90.** 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.”

El artículo 6 de la ley 678 de 2001, mediante la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición, vigente al momento de los hechos dispone:

***“Artículo 6o. Culpa grave.** La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.*

De acuerdo con esta norma, es necesario hacer un estudio de las pruebas que reposan dentro del proceso con el fin de determinar si la conducta del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, se encuentra dentro una de las presunciones del artículo 6° de la ley 678 de 1991, más exactamente en la contenida en el numeral 1 relacionado con la violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

Para despejar el interrogante anterior, se permite esta Sala hacer las siguientes transcripciones de la sentencia condenatoria proferida el 27 de octubre de 2009, mediante la cual el Juzgado Noveno de Instancia declara al SLR Jiménez Ospina Néstor Alfonso, responsable del delito de lesiones personales culposas en calidad de autor y lo condena al pago de una multa; del sumario número 3592 del Batallón de Infantería número 22 “Batalla de Ayacucho” Juzgado 57 de instrucción penal militar; y, de las declaraciones de los soldados Jiménez Ospina Néstor Alfonso, Arango Wilder Armando, Zamudo Hansen Jhoan, y Londoño Vargas Jaime Yovany de la siguiente manera:

- Declaración del soldado Londoño Vargas Jaime Yovany (demandante en reparación directa que condena a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional) (Fls. 73 y 74)

“(…) Al ratico yo oí que cargó un fusil y volteo a mirar cuando vi que era Jiménez Ospina y vi que me estaba apuntando con el fusil que me apuntaba, lo tenía alto como a la cara y yo reaccioné y volteé y ahí fue cuando me impactó del lado cuando yo lo miré y me hice de una vez como a quitarme pero no le dije nada ni él me dijo nada, ya cuando me di cuenta era que estaba en el piso ... le gritaba que no me dejara morir que me ayudara pero no sé qué hizo porque no tenía visión perdí la vista en ese instante, ya al rato fue cuando llegaron todos los compañeros ...mi cabo Arango gritaba al soldado Jiménez qué había hecho como que no respondía nada era callado entonces yo grité y le dije que dejaran de alegar que mejor me ayudaran ... Él cuando llegó quedó como de lado, y estaba como una distancia mía de unos 2 m y medio... Eso fue en el corredor de una oficina digamos dónde estaba el radio de comunicaciones yo lo vi normal no vi que estaba bajo efectos de alguna droga eran como las 11:10 de la mañana estaba de día con luz del sol... Problemas con el yo no tenía, él sí tenía esa costumbre de hacer con el fusil, de hacer que lo cargaba como hasta la mitad estando asegurado de pronto pudo haber sido eso, pero el cargó y de manera instantánea salió el disparo y me impactó, en mi concepto no creo que sea de recocha porque yo no estaba recochando con él ni siquiera sabía que él me estaba apuntando ...demás que eso fue un accidente el soldado me ha

dicho que lo disculpara que había sido un accidente que no pensaba que le iba a disparar, que no sabía que estaba desasegurado ... Siempre nos decía el comandante que mantener descargada alarma y asegurada revisaba las armas por la mañana y cada que soltaban de centinela también revisaba las armas cuando yo me vine estábamos 30 soldados 3 cabos y 4 soldados profesionales ... eso me contaron, eso me dijeron cuando estaba en la base la Esmeralda, pero a él no lo oí decir que había hecho eso que a él también lo habían pillado con unas granadas como acá en el batallón y que se las había traído día y se las pillaron en a él en la plaza de armas y no sé nada más (...)

- Declaración Zamudio Hansen Jhoan (Fls. 90 y 91 C. 2)

“(...) Salieron de primeras mientras terminaban los otros soldados de recoger naranjas como era de costumbre, patrulla o soldados que salieran a trabajar afuera con algún suboficial los que iban terminando los trabajos se iban yendo y cuando llegaban a la base a esperar al comandante en comunicaciones para que revisaran las armas y constataron el personal, ese día al soldado Jiménez con su canastilla como cuentan los otros soldados la dejó en el rancho y se fue para comunicaciones, yo venía con los últimos soldados de traer naranjas cuando sonaron unos disparos porque fueron varios entonces le dije al dragoneante Betancourt que qué pasaría, cuando íbamos caminando cuando venía un soldado corriendo y me dijo que el soldado Jiménez le había dado un tiro en la cabeza al soldado Londoño y que necesitaban rápidamente al enfermero ... Entonces mi cabo Arango y yo le dijimos que por qué había hecho eso entonces él contestó que no sabía, que era molestando pero que se le había ido accidentalmente una ráfaga ... Manifiestan los soldados que le gustaba jugar con el fusil apuntándoles a los otros soldados y así él que cargaba el fusil ... Lo único que dijo es que fue accidentalmente, que quiso asustar pero que no quería matarlo, que estaba jugando ... Dentro de la base estaba el cabo Arango, el cabo Paz y los soldados profesionales pero testigos presenciales no hubo porque solo estaban los dos soldados Jiménez y Londoño ... Se les decía el personal de soldados que estaba prohibido cargar cartuchos en la recámara y para eso se revisaban las armas también en la mañana y en la recogida también un documento de fecha 10 de septiembre 2005 que se hizo firmar de no cargar cartucho en recámara y todo el mundo lo firmó y puso su huella ... “

- Diligencia de ratificación y ampliación del soldado Arango Wilder Armando. (Fls. 92 y 93 C. 2)

“(...) Ese día siendo aproximadamente las 10:30 horas a.m. me encontraba pasando revista de las órdenes que había emitido anteriormente, a esa hora escuché tres disparos los cuales venían del interior de la base específicamente de comunicaciones, corrí hacia dónde escuché los disparos encontrando que el soldado Londoño Vargas Jaime se encontraba en el piso con un disparo en la cabeza ... Procedí a preguntarle qué le había ocurrido y me respondió que había sido el soldado Jiménez Ospina y este me manifestó que se le había ido una ráfaga accidentalmente ... Tengo conocimiento porque prácticamente los hechos se presentaron en la sección de comunicaciones de la base ... Hasta el momento de los hechos los soldados llevan como 8 meses aproximadamente y el comportamiento y conducta del soldado Londoño Vargas era normal y el soldado Jiménez muy indisciplinado y problemático ... en especial no salir de la base sin permiso, ingerir bebidas embriagantes, en especial pasar revista de las armas que portan mal soldados haciéndoles énfasis sobre el decálogo de seguridad en las armas. Presumo que los hechos presentados para esa fecha fue un accidente de acuerdo a lo manifestado por el mismo ofendido (...)”

- Declaración del soldado Jiménez Ospina Néstor Alfonso (ahora demandado) (Fls. 99 a 101 C. 2)

“(...) Ese día estábamos actividades administrativas al mando de Romero Zamudio en su calidad de comandante... Regresamos de cumplir esa actividad... Yo llevaba mi fusil Galil calibre 5.56 los recuerdo el número lo llevaba con el culatín doblado como si fuera un revólver en la mano derecha cuando el acercarme al soldado Londoño Vargas porque estaba bailando entonces yo me acerqué para escuchar música con él, ahí fue cuando le levanté el fusil hacia arriba en la forma de broma cuando lo iba bajando introduje el dedo en el disparador y éste se me disparó el fusil no pensé que estuviera cargado se me fueron tres tiros uno de ellos impacto en la humanidad del soldado Londoño Vargas ... Yo llevaba mi fusil de dotación cogido con la mano derecha con el culatín doblado como si llevara un revólver, todo se presenta cuando levanté el fusil hacia arriba y cuando lo bajé se dispara alarma, yo levanté hacia arriba en broma yo llevaba el arma cargada y lo hice en el momento en que fui hacer la broma al compañero pensando que estaba asegurada retrocedí la palanca y le metí el dedo al disparador y ahí cuando se fueron los tres tiros. ... Yo nunca quise hacerle daño a la humanidad del soldado Londoño Vargas Jaime lo hice en forma de broma por asustarlo... No quería dispararle no me di cuenta que el fusil estaba desasegurado y se me fueron varios tiros cuando le metí el dedo al disparador ... No había nadie, solo estábamos el soldado y yo ... Sí tenía conocimiento sobre el manejo y seguridad con las armas ya que hubo los días... yo no estaba de ningún servicio, solo estaba cumpliendo una actividad administrativa como lo era traer unas naranjas cerca de la base como a una distancia de dos metros ... yo hice tres disparos y el soldado Londoño Vargas solo recibió uno, un solo disparo ... a mí no me gusta hacer esas recochas ... la orden me la dio el sargento Arango comandante de la base, y la orden era llevar el armamento, pero sin cartucho en la recámara (...).”

- Sentencia condenatoria proferida el 27 de octubre de 2009, mediante la cual el Juzgado Noveno de Instancia declara al SLR Jiménez Ospina (Fls. 2 a 27 C. 2).

“(...) Se tiene coincidencia en la narración de los hechos en cuanto a que el soldado regular JIMENEZ se encontraba jugando con su fusil de dotación cuando se le disparó y le causó la lesión a su compañero y amigo. De las versiones obrantes en la investigación y la versión dada en la audiencia por el procesado se tiene que no existía la más mínima intención de causar daño en la humanidad de su compañero y por estar jugando a cargar el fusil, efectivamente se carga y se dispara de manera involuntaria y por demás decirlo irresponsable.

(...)

Se reitera en consecuencia, que se reprocha su conducta a título culposo, pues seguramente el aquí sindicado no previó lo acontecido como una alternativa posible, ya que este afirma desconocer que al momento en que le apuntó al soldado Londoño, su arma estaba cargada, pero que desafortunadamente se le introduce de manera inesperada su dedo en el disparador, de tal manera que la accionó y produjo el resultado ya conocido.

En este mismo sentido, y ante las constantes advertencias que se hacen al personal de soldados sobre los cuidados que se deben tener con las armas de fuego, y con la observancia del decálogo de seguridad para el uso de las mismas, resulta incuestionable que el aquí sindicado no estaba en posibilidad de olvidar tales preceptivas para el uso adecuado de su arma de dotación, y por tanto la evidente ignorancia de las que se trata de un reproche personal por no haber actuado de manera diferente pudiendo y debiéndolo

hacer, para el caso sub ~ examen resulta claro en el esquema probatorio, que el aquí sindicado pese a tener conocimiento del manejo de las armas de fuego (fusil de dotación), y de las medidas de seguridad que con ellas deben observarse, actuó culposamente pues ejecutó el hecho por falta de previsión del resultado previsible, afectando su proceder a la manipulación de su fusil de dotación sin observar las mínimas medidas de seguridad a sabiendas que con un arma de fuego no se debe jugar, no se debe apuntar a nadie y mucho menos cuando momentos antes se había estado manipulando el arma en el cargue y descargue. (...)”

De las pruebas mencionadas se evidencia lo siguiente:

- Se encuentra demostrado de la hoja de incorporación de fecha 11 de enero de 2005, que el señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina ingresó a las filas del Ejército en su condición de soldado regular en esa fecha. Es decir que, para la fecha de los hechos, esto es para el 24 de septiembre de 2005, llevaba poco más de 8 meses vinculado como soldado regular al Ejército Nacional de Colombia.
- Según declaraciones del propio demandado dentro del proceso penal militar adelantado, él mismo aceptó haber propinado los disparos al compañero Jaime Yovany Londoño Vargas, dice expresamente que llevaba su fusil Galil calibre 5.56 con el culatín doblado (*“como si fuera un revolver”* afirma), y que se acercó al soldado Londoño Vargas levantando el fusil hacia arriba, para hacer una *“broma”*; que introduce el dedo en el disparador, y se le dispara porque no pensó que estuviera cargado.
- El ahora demandado reitera que lo que ocurrió fue el resultado de una broma que le quería hacer a su compañero, pero que pensó que el arma estaba asegurada; dice que retrocedió la palanca y le metió el dedo al disparador, pero que salieron los disparos por error, que no quería hacerle daño al compañero, que era una *“broma para asustarlo”*.
- El mismo señor Néstor Alfonso Jiménez, ahora demandante, dice que tenía conocimiento sobre el manejo de armas y la seguridad de las mismas.
- El mismo afectado, señor Jaime Yovany Londoño Vargas en su declaración dice que vio al señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina apuntándole con el fusil a su cara, y que cuando volteó fue impactado; que no tenía dificultades con él, y que el citado compañero tenía la costumbre de hacer bromas con el fusil como si estuviera cargándolo, pero estando asegurado; y afirma que fue un accidente.
- También sostuvo que los comandantes les decían que el arma la debían mantenerla descargada y asegurada, lo cual coincide con las demás versiones referidas.

- El señor Néstor Alfonso Jiménez Osorio es condenado por la justicia penal militar por el delito de lesiones personales culposas, y en dicha sentencia se expone que éste “jugaba con su fusil” al momento de los hechos, así como se le reprocha haber provocado el accidente con su actuar irresponsable, pues tenía conocimiento del manejo de armas de fuego, atribuyendo un actuar culposo por dicho hecho.

De las presunciones de culpa grave del artículo 6 de la ley 678 de 2001.

Sea lo primero precisar que el artículo 6 de la ley 678 de 2011 define la culpa grave como la conducta del agente cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley, o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Y el numeral primero, presume la conducta como gravemente culposa cuando hay violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

Por su parte, el artículo 63 del Código Civil diferencia tres clases de culpa de la siguiente manera:

“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.” (Subraya la Sala).

Para esta Sala, las normas de derecho en el presente asunto tienen que ver con el manejo de armas de fuego en este caso particular; para lo cual se han estudiado cuidadosamente las pruebas que reposan dentro del presente asunto.

En este punto de la discusión es necesario dejar presente que, la demanda fue contestada mediante curador ad litem pero en la defensa del ahora demandado no se solicitaron pruebas, no se controvertió ningún hecho, y tampoco se hizo manifestación alguna en aras de excusar su actuar o de desvirtuar la presunción legal de la culpa grave del demandado.

De igual manera, se encuentra probado dentro del proceso que el ahora demandado, señor Néstor Alfonso Jiménez, al momento de ocurrencia de los hechos ya llevaba más de 8 meses vinculado como soldado regular; de lo cual, no solo se infiere, sino que él así lo dijo en el proceso penal, al igual que los demás declarantes, que ellos tenían conocimiento sobre el uso de armas de fuego, que había indicaciones de sus superiores en cuanto a no jugar con las armas de fuego, no tenerlas cargadas ni desaseguradas, y no apuntar con ellas hacia ningún compañero.

Esta Sala tampoco encontró dentro del presente asunto hechos, pruebas o declaraciones, testimonios, bien en el proceso penal o en este medio de control, que den cuenta de que los hechos se produjeron en un enfrentamiento armado, o dentro de una práctica con las armas a cargo de algún superior del Ejército, o en labores de entrenamiento; ni tampoco que en el manejo normal, natural, cotidiano y cuidadoso del arma de dotación del demandado, que éste hubiera provocado el accidente por desconocimiento absoluto de las directrices relacionadas con el manejo de armas; o que hubiera estado recién ingresado a las filas del Ejército Nacional y le hubieran dado el arma de dotación sin conocer sobre su uso, seguridad y porte.

Tampoco se acreditó nada relacionado con el mal estado del arma de dotación con la cual ocurrió el accidente, o que dicha arma no hubiera sido disparada por el ahora demandante.

Contrario a lo anterior, para esta Sala no hay duda que, el demandado señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina se encontraba totalmente consiente, en sus cinco sentidos, y a plena luz del día manipulando su arma de dotación “fusil”, de manera deliberada, descuidada, si orden de un superior; la activó de manera voluntaria, pues él mismo dice haber introducido el dedo en disparador, pero ignorando, desconociendo u olvidando que la misma se encontraba no sólo cargada, sino desasegurada, condiciones del arma que correspondían verificar de manera exclusiva a él como portador de la misma.

Más aún, debe esta Sala resaltar que el mismo demandado afirma querer hacer una “broma” a su compañero; es decir que, sí estaba jugando con un arma de fuego, que no actuó con ella con el cuidado debido no solo de un bien a su cargo, sino que no está destinado para el juego, ni distracción, ni bromas; sino que se trata de un elemento peligroso que podía ser disparado y causar daño e incluso la muerte hacia quien es apuntada.

De su versión y de la del afectado también se evidencia que apuntó de manera consiente, sólo que él no pensó que fuera a ser disparada realmente, fue sorprendido al advertir que estaba cargada y desasegurada, de lo cual se percató en el momento mismo de producirse la ráfaga de disparos que causaron las lesiones al señor Jaime Yovany Londoño Vargas; todo ello, sin observar las medidas de cuidado, de porte de uso de armas de fuego; máxime si se trataba de un arma tipo fusil, de largo alcance; reglas de uso y porte que él mismo acepta haber conocido previo a su manipulación.

Ahora bien, por tratarse en este caso de una presunción legal, ello admite prueba en contrario; sin embargo, el demandado, en este caso señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina no ejerció su derecho de defensa en tal sentido, no se opuso ni intentó desvirtuar dicha presunción.

Recientemente el Consejo de Estado⁶ se ha pronunciado en asuntos similares en el siguiente sentido:

“(…) Así, por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que le da base a la presunción o de las circunstancias en las que se configuró aquel, ya que la presunción “no impide que la parte adversaria lleve al proceso otras pruebas con la finalidad de desvirtuar aquella y demostrar que en realidad esos hechos no han ocurrido. Si se consigue este objetivo o, por lo menos, que el juez estime inciertos aquellos hechos, no podrá aplicar la presunción”⁷.

(…)

La Sala ha sostenido que la previsión del citado artículo 6 de la Ley 678 de 2001 no entraña que las causales ahí enunciadas sean las únicas respecto de las cuales puede calificarse una conducta como gravemente culposa, puesto que el juez de la acción de repetición podrá deducir otros supuestos de hecho que puedan calificarse como tales al apreciar el caso puesto a su consideración⁸, pero en relación con estos últimos no podrá aludirse a la aplicación de una presunción y, por tanto, la entidad estatal estará obligada

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2021. CP. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-33-000-2014-02032-01(66876)

⁷ Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, 689.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, expediente 40.755, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

a probar no solamente el supuesto de hecho de aquella sino, también, la conducta de la actuación del funcionario público.

(...)

6.2. Imputación de la responsabilidad

Para resolver este punto, lo primero que se debe tener en cuenta es que en la decisión de primera instancia se concluyó que la conducta del demandado configuraba el hecho que permitía presumir la culpa grave de que trata el numeral 1° del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, como se alegó en la demanda, dado que el señor Jhon Jairo Álvarez Guarín violó de forma manifiesta e inexcusable aquellas normas de derecho que le eran exigibles, cuando disparó su arma de dotación oficial contra uno de sus compañeros.

(...)

Para la Sala resulta necesario dejar claro que el hecho que le da sustento a la presunción debe estar completamente probado y no debe dar lugar a duda alguna, para ello podrá acudir a una valoración integral de las pruebas que obran en el expediente⁹.

(...)

Ciertamente, lo hasta aquí anotado evidencia que el señor Jhon Jairo Álvarez Guarín “sin motivo alguno” hirió con su arma de dotación a un compañero, tanto así que la Corte Marcial -Juzgado de Primera Instancia de Medellín lo encontró responsable del punible militar de lesiones personales culposas y, como consecuencia, lo condenó a 1 año y 2 meses de prisión, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2011.

(...)

En efecto, quedó demostrado que las lesiones del soldado Castro García se produjeron por el actuar gravemente culposo del soldado Jhon Jairo Álvarez Guarín, el que encontrándose en descanso y fuera de servicio accionó accidentalmente su arma de dotación contra aquel, cuando le quiso jugar una broma.

De igual forma, se tiene que el comportamiento del demandado fue negligente e imprudente, puesto que el hecho de que manipulara sin justificación su arma de dotación cargada cuando no debía estarlo, evidencian el descuido en el que incurrió el demandado, más aún si se tiene en cuenta que este es un elemento peligroso que exige extremar las medidas de seguridad para su uso, el cual, en todo caso, es excepcional.

(...)

Así las cosas, salta a la vista que el comportamiento desplegado por el señor Jhon Jairo Álvarez Guarín desconoció los mínimos deberes de cuidado y precaución que debía desplegar en la manipulación de su arma de dotación, en la medida en que obró de manera ostensiblemente irresponsable al tener su arma cargada sin ningún tipo de razón, pasando por alto las normas que conocía acerca de su manejo e infringiéndole daños a otra persona. (...)” (Subraya la Sala).

⁹ Al respecto, se puede consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 28448. M.P Ruth Stella Correa Palacio.

Así pues, para esta Sala se encuentra demostrado con suficiencia en el presente asunto la presunción legal contenida en el numeral 1 del artículo 6 de la ley 678 de 2001 por violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, actuando culposamente y produciendo las lesiones por las que tuvo que responder económica y administrativamente la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

De tal manera que, al encontrarse en este caso acreditados los elementos subjetivos de responsabilidad administrativa del demandado, hay lugar a que prosperen las pretensiones de la demandante Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de tal manera que debe revocarse en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 29 de septiembre de 2017, mediante la cual se negaron las súplicas de la demandante; y en su lugar deberá declararse la responsabilidad a título de culpa grave del señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, por las lesiones causadas al señor Jaime Yovany Londoño Vargas; y condenarlo a pagar la suma que a continuación se determinará.

De la condena a imponer.

Para determinar el monto al cual debe ser condenado el demandado, esta Sala tomará los parámetros fijados en reciente sentencia proferida por el Consejo de Estado¹⁰ :

“(…) 7. Cuantificación de la condena cuando se imputa por culpa grave

La Sala aclara que, aunque este aspecto no fue objeto de apelación, está intrínsecamente ligado a la responsabilidad que acaba de analizarse, por manera que, en este punto, reitera la tesis de la Subsección, según la cual cuando se constata que la conducta desplegada por el demandado es gravemente culposa, como aquí ocurre, amerita una reducción de la condena, por lo que pasa a explicarse:

La Ley 678 de 2001 habilitó al juez de la repetición para que tenga en cuenta el tipo de conducta que despliega el agente estatal, para efectos de fijar el valor de la condena patrimonial, toda vez que en su artículo 14 estableció que la autoridad judicial “cuantificará el monto de la condena atendiendo a [la] (...) culpa grave o dolo”, por lo que deberá ser un factor para tener en cuenta para la estimación de esta, por las razones que pasan a exponerse.

El dolo requiere que el juez de la repetición constate que el servicio del Estado fue transgredido de manera consciente y voluntaria, es decir, con conocimiento de la irregularidad del comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas que ello implica. Por el contrario, la culpa grave presenta una ausencia del aspecto volitivo en la actuación desplegada, pues, a pesar de que esta pueda llegar a ser consciente, el funcionario no busca o quiere realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio prestado.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 9 de noviembre de 2021. CP. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-33-000-2014-02032-01(66876

Lo anterior es consecuente con las definiciones de culpa grave y dolo contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, toda vez que se menciona que la actuación dolosa implica el “querer” el resultado dañoso, mientras que dentro de la redacción de la culpa grave se omite el aspecto volitivo.

Ahora, es claro que el contenido de las definiciones tanto de dolo como de culpa grave, en los términos de la Ley 678 de 2001, como sustento de las imputaciones que se realizan a los funcionarios públicos, se aparta de los conceptos de otras especialidades, como la penal o la civil. Por esta razón, no existe motivo alguno para llenar, desde una perspectiva analógica, las definiciones de dolo y culpa grave, pues la norma especial las estableció de forma integral y expresa.

Bajo ese contexto, para la Sala resulta desproporcionado pretender que las conductas dolosas y gravemente culposas tengan la misma consecuencia patrimonial en este tipo de procesos, cuando es clara la distinción efectuada por la Ley 678 de 2001, en cuanto al análisis que del aspecto volitivo de la conducta que despliega el funcionario estatal se debe realizar en el fallo judicial, todo con el ánimo de establecer su “grado de participación en la producción del daño”, tal como lo exige el artículo 14 ibídem.

Así, para la Subsección resulta importante establecer que una condena patrimonial en sede de repetición cuyo sustento se halla en una conducta que se considere gravemente culposa, no puede tener la misma consecuencia que una desplegada de manera dolosa. Es decir, la conducta gravemente culposa estipulada en la Ley 678 de 2001 no puede asimilarse al dolo, ya que en la primera se advierte una ausencia del aspecto volitivo, esto es, del “querer” desplegar la conducta ajena al servicio.

Por lo dicho, resulta coherente con los conceptos de la Ley 678 de 2001 y, en concreto, con la potestad que tiene el juez de graduar la responsabilidad de los demandados en repetición atendiendo a la “culpa grave o el dolo” - artículo 14 ibídem-, que las actuaciones de los funcionarios públicos que sean desplegadas con el ánimo, esto es, queriendo perjudicar el servicio del Estado, la condena sea en el equivalente al 100% de lo pagado por la parte demandante en el proceso antecedente, como consecuencia de dicha actuación; sin embargo, si el detrimento patrimonial de la entidad demandante tuvo como génesis una culpa grave del funcionario, la condena deberá reducirse proporcionalmente, pues resulta claro que, en estos casos, aquel no «quería» realizar el hecho ajeno a la finalidad del servicio. (...)

Baste lo anterior para precisar por esta Sala que, toda vez que en este caso, se definió la responsabilidad del demandado señor Néstor Alfonso Jiménez bajo el título de culpa grave considera la Sala razonable que el reembolso se efectúe por el 70% de la condena impuesta, al ser manifiesta la falta de intención del demandado de causar el daño por el cual debió pagar la entidad demandante, pero al ser absolutamente reprochable que haya utilizado un arma obviando las medidas de seguridad, y para divertirse.

Se deja presente para todos los fines que la conciliación judicial aprobada por la condena impuesta fue por la suma de \$34.778.293.60, y el reconocimiento de intereses sobre la suma establecida; siendo finalmente expedida resolución de pago y constancias por la suma de cuarenta y un millones setecientos ochenta y tres mil setecientos sesenta y seis pesos (\$41.783.766)

12. Liquidación de la condena

Ahora bien, dicha suma de dinero debe actualizarse con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final / enero de 2022}}{\text{índice inicial / febrero de 2012}}$$

$$Ra = \$41.783.766 \times \frac{113,26}{77.22}$$

$$Ra = \$61.255.000,96$$

No obstante, la suma antes indicada, en vista de que el reembolso debe hacerlo el demandado sólo en un 70%, por una conducta gravemente culposa y no dolosa, la suma que deberá pagar es cuarenta y dos millones ochocientos setenta y ocho mil quinientos pesos con sesenta y siete centavos (\$42.878.500,96)

Término para el cumplimiento de la sentencia

El artículo 15 de la Ley 678 de 2001 refiere al plazo a establecerse para el pago de condenas en medios de control de repetición, pero no precisa un término:

“ARTÍCULO 15. EJECUCIÓN EN CASO DE CONDENAS O CONCILIACIONES JUDICIALES EN ACCIÓN DE REPETICIÓN. En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación.

Una vez vencido el término sin que el repetido haya cancelado totalmente la obligación, la jurisdicción que conoció del proceso de repetición continuará conociendo del proceso de ejecución sin levantar las medidas cautelares, de conformidad con las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil.

El mismo procedimiento se seguirá en aquellos casos en que en la conciliación judicial dentro del proceso de acción de repetición se establezcan plazos para el cumplimiento de la obligación.

De igual manera, el Consejo de Estado ha tenido un criterio para dicho pago, y es establecer como plazo razonable el término de 6 meses para que se proceda a la cancelación de la condena impuesta¹¹, siendo ese término el que concede la Sala en este caso.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 3 de agosto de 2017. MP. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad 42.777.

Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, por revocarse totalmente la sentencia proferida en primera instancia, deberá condenarse en costas en ambas instancias a la parte demandada, que es la vencida en el proceso.

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandada, las agencias en derecho se tasan en un valor de cuatrocientos diecisiete mil ochocientos treinta y siete pesos (\$417.837) equivalente al 1% de las pretensiones de la demanda, a favor de la demandante Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.2. del artículo 6º del Acuerdo 1887/03 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, vigente para el momento de presentación de la demanda. Lo anterior toda vez que la demandante se vio obligada a acudir al proceso a través de apoderado, quien actuó en ambas instancias; y a quien le resultó favorable el recurso interpuesto.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

Reconocimiento de personería.

Dentro del proceso se encuentra pendiente el reconocimiento de personería para actuar del abogado Manuel Cristiano Monroy Rojas, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.545.675 y portador de la tarjeta profesional número 101.664 del CS de la J, a quien se le confirió poder por parte del comandante del Batallón de Infantería Miliar Número 22 “Batalla de Ayacucho”, tal como consta el memorial poder que reposa en el documento 018 del expediente documental.

No obstante lo anterior, no resulta posible el reconocimiento de personería para actuar del abogado en mención, toda vez que, pese a que se adjunta el poder y la resolución que acredita la calidad de quien lo confiere; aquél carece de la presentación personal, y tampoco es enviado por el correo electrónico

de quien lo confiere, incumpléndose con lo dispuesto en el artículo 74 del Código General del Proceso, (presentado ante el juez, oficina judicial o notario); o lo mandado en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de septiembre de 2017, dentro del proceso de repetición cuyo demandante es la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y cuyo demandado es el señor Néstor Alfonso Jiménez Ospina, y en su lugar:

Segundo: Declarar responsable, **a título de culpa grave**, al señor **Néstor Alfonso Jiménez Ospina** por las lesiones causadas al señor Jaime Yovany Londoño Vargas, hechos por los cuales la Nación – Ministerio de defensa Nacional - Ejército Nacional pagó una indemnización.

Tercero: Condenar al señor **Néstor Alfonso Jiménez Ospina** pagar a la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** la suma de cuarenta y dos millones ochocientos setenta y ocho mil quinientos pesos con sesenta y siete centavos (\$42.878.500,96); la cual deberá pagarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto: Condenar en costas de primera y segunda instancia cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de cuatrocientos diecisiete mil ochocientos treinta y siete pesos (\$417.837) equivalente al 1% de las pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 045

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-003-2014-00495-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Lina Marcela López Escobar y Otros
Demandado: Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC,
Diacorsa SAS - Instituto del Corazón hoy Avidanti y
Servicios Especiales de Salud SES – Hospital Universitario de Caldas.
Vinculado: EPS Salud Condor
Llamados Gtia: La Previsora S.A., Liberty Seguros, Seguros del Estado.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Servicios Especiales de Salud SES, la Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC y las aseguradoras La Previsora S.A., y Liberty Seguros contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare a las demandadas responsables por falla en el servicio médico por el fallecimiento de Aníbal López Escobar, el 13 de agosto de 2012, y en consecuencia se les condene a pagar los perjuicios causados, así: i) a Martha Escobar López y Luis Eduardo López Acevedo en calidad de padres, por concepto de perjuicios morales la suma de 150 SMLMV para cada uno y por concepto de perjuicios de alteración de condiciones de la existencia o daño a la vida de relación, la suma de 150 SMLMV; ii) a Luz Marina López Escobar, Fabio López Escobar, Jorge Hernando López Escobar, Gabriel Jaime López Escobar y Lina Marcela López Escobar en calidad de hermanos, y a Juan Felipe Correa López y Miguel Ángel López Granada en calidad de sobrinos, por concepto de perjuicios morales, la suma de 100 SMLMV para cada uno; y por concepto de perjuicios de alteración de condiciones de la existencia o daño a la vida de relación, la suma de 100 SMLMV.

1.2. Hechos

Luego de hacer referencia a las relaciones familiares entre los demandantes y el señor Aníbal se indicó que, este contaba con 52 años de edad y el 1º de agosto de 2012 amaneció muy enfermo por lo que fue llevado hacia las 10:30 am, al Hospital de Caldas, donde a pesar de que llegó infartado, sólo empezó a ser atendido a las 12:39, gracias a la intervención de la Defensoría del Pueblo.

Que el diagnóstico inicial fue de *“infarto agudo al miocardio con bloqueo auricular ventricular de primer grado”* por lo que al tener complicación de segundo grado de vía yugular, le implantaron de urgencia un marcapaso. Que refiere la historia clínica, que el paciente requería con urgencia vital una *“arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis intracoronaria transluminal percutánea uno o dos vasos, valoración electro fisiología”*.

Al tercer día de ingresar, la DTSC autorizó el procedimiento que requería el señor Aníbal en dos IPS con las que tenía contrato, el primero de ellos fue el Hospital Santa Sofía, quien se negó a prestar el servicio ya que los especialistas que se requerían estaban fuera de la ciudad; la segunda fue Diacorsa quien informó que podían realizar el procedimiento el 16 o 17 de agosto. De dicha información, sólo hasta el 10 de agosto, la empleada Soley Pava de la DTSC dio parte y trasladó la responsabilidad de la atención al SES para que allí se realizara el procedimiento con los recobros a que hubiere lugar.

Considera que salta a la vista la falla médica de las instituciones a quienes se les había confiado el estado de salud del paciente, clasificado como indigente y sujeto de especial protección constitucional reforzada, pues el Hospital de Caldas SES, tardó en atenderlo y no efectuó medidas eficientes para salvarle la vida, ya que el 10 de agosto, tres días antes del fallecimiento, esta IPS sabía que no sería atendido en otra institución para la realización del procedimiento que requería como urgencia vital y no procedieron a realizarlo. Diacorsa falló en no brindar la cita por urgencia vital.

El señor Aníbal, desde que fue hospitalizado, a pesar de su gravedad, estuvo 13 días esperando la realización del procedimiento que requería, para fallecer el 13 de agosto de 2012.

2. Contestación de la demanda

2.1. Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC¹

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, ni de las pruebas aportadas, ni del libelo de la demanda se observa que el presunto daño tenga como causa o relación causal, un hecho, una omisión o una operación administrativa de su parte. Que las pretensiones en su contra son infundadas por ausencia de nexo causal, pues la indemnización perseguida se da por los daños causados por la omisión en la prestación del servicio por parte de Servicios Especiales de Salud SES y Diacorsa S.A. Propuso las excepciones:

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva:* sustentada en que no es prestadora de ningún servicio de tipo asistencial y por lo tanto no se le puede atribuir responsabilidad por falla en

¹ Fls. 118 a 125 C. 1

el servicio en atención médica, como la aducida en la presente demanda, daño que se produjo como consecuencia de la falta de atención médica de Servicios Especiales de Salud, entidad dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera.

- *Ausencia de responsabilidad y de falla en el servicio atribuible a la Dirección Territorial de Salud de Caldas:* ya que a la DTSC se le excluye de la prestación directa de los servicios médicos asistenciales, por lo que no tiene funciones o competencias para la prestación de los servicios de salud, así las cosas, la responsabilidad de la atención del paciente recae por mandato legal en cabeza de las instituciones en la cual se le está prestando en forma directa los servicios de salud al paciente. Manifiesta que la DTSC autorizó el procedimiento requerido por el paciente los días 3 y 8 de agosto de 2012, para que los mismos fueran prestados por el Instituto del Corazón de Manizales, por ser ellos quienes contaban con las tecnologías propias para garantizar el acceso al servicio por parte del paciente y posterior restablecimiento de su salud.
- *Ausencia de nexo causal:* basada en que los demandantes no le pueden atribuir el daño en virtud a que no existe relación entre el presunto daño y el hecho generador del mismo, porque la entidad no presta servicios médicos asistenciales, ni tampoco interviene en la praxis médica, la entidad emitió las autorizaciones para el paciente para que se le prestara el servicio de arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis intracoronaria, angioplastia coronaria transluminal percutánea, bajo la autorización No. 315272 y 315013 de fecha 3 de agosto de 2012, cumpliendo así con su competencia.

2.2. Servicios Especiales de Salud - SES - Hospital Universitario de Caldas²

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, no existió ningún tipo de responsabilidad en la prestación del servicio. Afirmó que, la atención prestada al paciente durante su ingreso y permanencia en SES, fue suficiente, oportuna, diligente, cuidadosa, además se utilizaron todos los medios disponibles en la institución, no solo por parte del personal médico asistencial, sino también de los medicamentos suministrados, los equipos médicos adecuados, las técnicas del tratamiento indicadas para la atención del paciente, tal y como consta en la historia clínica. Formuló las excepciones:

- *Ausencia de nexo causal:* basada en que, en la historia clínica se observa que se brindó toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo con el cuadro clínico que presentaba, haciendo uso de los recursos humanos y científicos calificados disponibles, siendo de este modo la atención oportuna, diligente, ante todo humana y con el cuidado permitido por las condiciones específicas del caso concreto. La parte accionante no demuestra el nexos de causalidad entre los actos médicos realizados por el cuerpo de servicio médico del SES y el fallecimiento del paciente, pues en ninguna parte de la historia clínica se advierte o evidencia que su fallecimiento tuviera origen en el deficiente o inadecuado servicio prestado por SES o por la supuesta negligencia del personal médico que le atendió.
- *Fuerza mayor y caso fortuito:* sustenta esta excepción en el hecho que el paciente ingresó a SES en estado deplorable de salud y que el cuerpo médico no está obligado a lo imposible.

² Fls. 281 a 294 C. 1A

- *Hecho de un tercero*: funda esta excepción en los hechos de la demanda que narran las situaciones surgidas con la DTSC y Diacorsa.

2.3. Diagnósticos Cardiológicos Especializados SAS – Diacorsa SAS - Sucursal Instituto del Corazón de Manizales³ - hoy Avidanti.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, no se dan los elementos que tipifican la responsabilidad del Estado, que con las pruebas allegadas con la demanda, lo único que se tiene por demostrado es el fallecimiento del señor Aníbal, que tuvo lugar en las instalaciones de SES, evento en el que nada intervino Diacorsas, por lo que la tardanza en la realización de la interconsulta, la generación de autorizaciones y definición de la entidad a la cual debía recurrir el paciente, no le son imputables a la entidad, pues esta sólo tuvo conocimiento de la existencia del paciente el 10 de agosto de 2012 a las 3:40 de la tarde, y en la solicitud de interconsulta y cateterismo cardiaco no se refería que la atención era urgente y por ello se entendió como electiva, es decir, por ello se procedió a la programación, en atención a que el paciente se hallaba bajo el cuidado de una entidad de alta complejidad desde el 1 de agosto. Propuso las excepciones:

- *Ausencia o inexistencia de falla en el servicio*: indica que no incurrió en negligencia alguna, ya que nunca tuvo bajo su custodia, ni atendió al paciente, ya que como se puede observar de la historia clínica, toda su atención fue proporcionada por SES, quienes determinaron la necesidad de realizar interconsulta de electrofisiología y cateterismo cardiaco desde el primer día de su hospitalización, pero en ningún momento dicha entidad determinó el requerimiento urgente de consulta en Diacorsas, como tampoco en ninguna otra institución que poseyera dichos servicios. SES siempre tuvo las decisiones frente al paciente, por lo que este era su responsabilidad directa y era esta la que debía determinar la gravedad o levedad del paciente y buscar de manera eficiente la institución que pudiera intervenirle de manera expedita.
- *Ausencia de nexo causal*: basada en que nunca tuvo conocimiento de la gravedad del estado de salud del paciente, pues la única referencia documental que se conoció, fue la enviada por correo electrónico del 10 de agosto de 2012 a las 3:40 pm, pero su atención no fue catalogada como urgencia vital, ni los médicos tratantes comentaron el supuesto grave estado de salud en el que se encontraba el paciente. No se prueba cómo influyó Diacorsas en el resultado de la atención del paciente, por lo que no se prueba la relación causal entre el daño y la culpa que pueda vincular a la entidad, ya que además se indica en la historia clínica que su estado de salud era tan precario que no existen indicios de si podría o no recuperarse.
- *Inexistencia del daño a la vida de relación como tipología de perjuicios inmateriales*: con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, se retoma el concepto de tipología del daño a la salud, que en el presente caso no fue solicitado por la parte actora. Se opone al reconocimiento del daño a la vida de relación, ya que no se cumple con el principal requisito para acceder a su resarcimiento el cual consiste en que debe ser demostrado más allá de toda duda razonable. Indica que es un imposible fáctico causar daño a la vida de relación de una persona que se encontraba en condición de indigencia, no poseía domicilio, ni realizaba contacto social con ninguno de sus parientes.

³ Fls. 337 a 354 del C. 1A

- *Hecho exclusivo de un tercero*: el fallecimiento se produjo en manos de un tercero (Servicios Especiales de Salud) entidad independiente y ajena a la codemandada Diacorsa, por lo que la culpa sería imputable a esa entidad, toda vez que fue allí donde el paciente consultó y donde se le prestaron los servicios de salud hasta su fallecimiento.
- *Excesiva valoración de los perjuicios morales presuntamente causados*: por vía jurisprudencial del Consejo de Estado (sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 Exp. 26251) sólo se han reconocido pagos máximos de sumas equivalentes a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para aquellos parientes de primer grado de consanguinidad y en orden descendente para parientes cuyo parentesco más lejano o sin parentesco, llegando a reconocer pagos máximos equivalentes a 15 salarios mínimos legales mensuales para estos últimos.

2.4. Salud Cóndor⁴ (Vinculada)

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, como la entidad no fue nombrada en los hechos de la demanda, no hay motivo para pronunciarse respecto de los mismos.

Propuso las excepciones: “*Ineptitud Sustantiva de la demanda*” y “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” resueltas en audiencia inicial e “*Inexistencia de dolo o culpa grave de mi representada y Ausencia de nexo causal*”: basada en que no existe nexo de causalidad esencial para configurar una responsabilidad.

Manifiesto que, era imposible que el paciente eligiera a Salud Cóndor, ya que su afiliación con la entidad se hizo el 6 de agosto de 2012, fecha en la se encontraba en UCI en la IPS SES, por lo tanto pretender que la EPS no tramitó las autorizaciones que el señor Aníbal necesitaba para su tratamiento es ilógico, además no se entiende como una entidad de alta complejidad como lo es SES, no comentara o informara de manera formal el estado del paciente. Que el procedimiento que requería el paciente fue autorizado el mismo día que ingresó por urgencias por la DTSC, ya que para esa época no existía la EPS y una vez ingresó la EPS nunca se le informó de lo que el paciente requería, ni de su estado de salud.

2.5. La Previsora S.A., llamada en garantía por SES⁵

Frente a la demanda, se opuso a las pretensiones, para lo cual afirmó que, a SES no le cabe responsabilidad por los hechos endilgados, ya que existen eximentes de responsabilidad que exoneran de obligación indemnizatoria. Así, al no tener responsabilidad el demandado, tampoco la tiene la llamada en garantía, por lo que coadyuvó las excepciones propuestas por la llamante y planteó las excepciones:

- *Inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la atención prestada por Servicios Especiales de Salud*: basado en que, la relación de causalidad entre el actuar de los profesionales de SES y el daño no se identifica ya que, el accionar del hospital y su personal

⁴ Fls. 532 a 543 C. 1B

⁵ Fls. 412 a 421 C. 1B

fue eficiente, oportuno, suficiente y adecuado, se ajustó a los cánones científicos y no incidió en el daño alegado, no hay relación causa efecto. Al ingreso del paciente al Hospital, rápidamente es diagnosticado con *“infarto transmural agudo de miocardio de la pared inferior”* es trasladado a UCI donde se prestan todas las ayudas diagnósticas, medicamentos, atención de varias especialidades, pero como para la fecha de atención, el hospital no tenía habilitado el servicio de cardiología, se debía efectuar una remisión a una institución que contara con los mismos, por lo que la DTSC expidió autorizaciones para trasladar al paciente.

- *Inexistencia de la falta médica en cabeza de servicios especiales de salud SES*: Indica que nunca se configuró determinada acción y omisión al atenderse al paciente, que le causara algún perjuicio, ya que todo su tratamiento fue adecuado y ajustado a la *lex artis*.

Frente al llamamiento en garantía indicó que, cuenta con causales de exoneración en caso de darse la condena en contra del asegurado, pues la póliza base del llamamiento está regulada por un articulado donde constan los amparos cubiertos, así como las exclusiones respectivas. La póliza no ampara acciones originadas en hechos resultado de la conducta revestida de dolo o culpa grave ejecutados por el asegurado, que puedan llegar a generar responsabilidad imputable en su contra, ni eventos que tengan origen en la negativa de atención al paciente y mucho menos eventos que tengan su origen en hechos diferentes a los actos médicos, en lo que concierne la atención de salud de las personas; por lo que si dentro del proceso se advierte la presencia de las anteriores circunstancias, se deberá declarar la ausencia de obligación indemnizatoria de la aseguradora al configurarse las exclusiones consagradas en la póliza de responsabilidad civil.

Formuló las excepciones: *“Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda”*. *“Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad, ante la no notificación oportuna del siniestro”*. *“Límite de valor asegurado”*.

2.6. La Previsora S.A. llamada en garantía r por la DTSC⁶

Frente a la demanda, se opuso a las pretensiones para lo cual afirmó que, a la DTSC no le cabe responsabilidad por los hechos endilgados, ya que existen eximentes de responsabilidad que exoneran de obligación indemnizatoria, así, al no tener responsabilidad el demandado, tampoco la tiene la llamada en garantía, por lo que coadyuvó las excepciones propuestas por la llamante.

Formuló la excepción: *Inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la actuación de la Dirección Territorial de Salud*: basada en que, de los hechos de la demanda se puede ver que el señor Aníbal fue atendido por SES y que requería una arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción de stent y angioplastia coronaria, procedimiento que no podía ser realizado en este centro hospitalario por cuanto no tenía habilitada la especialidad de cardiología, ni electrofisiología, por lo cual requería remisión a otro centro hospitalario, para lo cual la DTSC generó autorizaciones para que al paciente le realizaran el procedimiento requerido el 3 de agosto de 2012; este hecho rompe el nexo de causalidad entre las supuestas omisiones de la DTSC y los supuestos perjuicios y daños reclamados.

⁶ Fls. 434 a 443 C. 1B

Frente al llamamiento en garantía, indica que la póliza objeto del llamamiento fue expedida por Liberty Seguros como compañía líder y le da participación a La Previsora en un 40% como consta en la carátula de la póliza, que esa póliza goza de una serie de condiciones en cuanto a los amparos, coberturas, valores asegurados, deducibles y exclusiones, condiciones que al decidirse la posición de la aseguradora dentro del proceso, deberá ser aplicada irrestrictamente. Propuso las excepciones: *“Inexistencia de obligación de indemnizar al asegurado, Dirección Territorial de Salud de Caldas”*. *“Inoperancia de la póliza base del llamamiento como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda”*. *“Límite de valor asegurado”*.

2.7. Liberty Seguros⁷ llamada en garantía por DTSC.

Frente a la demanda, se opuso a las pretensiones para lo cual afirmó que, a la DTSC no le cabe responsabilidad por los hechos endilgados, por cuanto existen eximentes claros de responsabilidad, ya que dentro de sus funciones no está la prestación de servicios de salud.

Formuló las excepciones: *Falta de legitimación en la causa por pasiva*: resuelta en audiencia inicial. *Inexistencia de nexo causal*: basada en que el fallecimiento del señor Aníbal no se debió a un actuar de la DTSC, ya que esta entidad no es prestadora de servicios de salud. *Carga de la prueba*: según la cual, son los accionantes quienes tienen la obligación de demostrar a cabalidad los hechos en que fundan el petitum de la demanda, por lo que deberán comprobar las razones de hecho y de derecho para acceder a las pretensiones solicitadas. Excepciones subsidiarias: *“insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios y cuantificación exagerada”*, *“irreal y sobrevaluada tasación de perjuicios”*, *“imposibilidad de aplicar intereses de mora e indexación”*.

En cuanto al llamamiento en garantía, manifestó que la póliza de responsabilidad civil extracontractual no tiene cobertura, pues no ampara conductas voluntarias, dolosas o de culpa grave ejecutadas por el asegurado, porque el amparo tiene como propósito indemnizar los perjuicios derivados de la responsabilidad civil por lesiones o muerte a personas y/o bienes, causados durante el giro normal de las actividades del asegurado.

Propuso las excepciones: *“Inexistencia de la obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado”*. *“Inexistencia de cobertura para los hechos narrados en la demanda”*. *“Límite de la suma asegurada y reembolso”*; subsidiarias: *“Exclusión contractual por daños morales, daño a la vida de relación, culpa grave y responsabilidad profesional”*, *“Deducible pactado”*, *“Coaseguro cedido”*.

2.8. Seguros del Estado⁸ llamada en garantía por Diacorsa SAS.

Frente a la demanda, se opuso a las pretensiones para lo cual afirmó que, coadyuvan los argumentos expuestos por Diacorsa en su contestación de demanda y proposición de excepciones; además formulo las siguientes:

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva*: basada en que, cuando la DTSC requirió al Hospital

⁷ Fls. 472 a 485 C. 1B

⁸ Fls. 511 a 524 C 1B.

de Santa Sofía y a Diacorsa para atender al paciente, Santa Sofía se pronunció en el sentido de no poder atender el paciente por no contar con el equipo médico, mientras que Diacorsa sí estuvo dispuesta a atender al paciente en determinadas fechas según la agenda de dicho centro y sus médicos. Diacorsa nada tuvo que ver con la muerte del señor Aníbal y por lo tanto no está legitimada para ser demandada dentro del presente proceso.

- *Exoneración de responsabilidad por cuanto la muerte del señor Aníbal se debió a culpa de un tercero:* según los hechos de la demanda, la culpa recae única y exclusivamente en la DTSC y en SES. Que tanto SES como Diacorsa dieron respuesta al requerimiento de la DTSC y fue este quien se demoró en determinar la conducta a seguir y la que generó la muerte del paciente, ya que no realizó las acciones pertinentes para que se diera la atención al mentado señor. SES también es responsable, por cuanto era quien tenía bajo su cuidado al paciente.

- *Exoneración de responsabilidad por cuanto la muerte del señor Aníbal se debió a una fuerza mayor o caso fortuito:* indica que el señor Aníbal estuvo esperando 13 días a que se le remitiera a otro centro asistencial para la realización de los procedimientos que requería, encaminados a preservar su salud; en ese lapso de tiempo la DTSC se contactó con el Hospital Santa Sofía y con Diacorsa, donde la primera se negó a prestar el servicio por no contar con personal y la segunda estuvo dispuesta a prestarlo en determinada fecha, por lo que fue irresistible para Diacorsa, primero que el Hospital Santa Sofía no prestara la atención y fue irresistible e imprevisible atender al señor Aníbal cuando este lo requería, por cuanto ya tenía programados otros procedimientos a pacientes en igual o peor estado que el señor Aníbal.

Frente al llamamiento en garantía señaló que, de acuerdo con la póliza en la que se fundamenta el llamamiento, Seguros del Estado no está obligada a reembolsar a la entidad demandada la totalidad de las sumas que esta se viera obligada a indemnizar como consecuencia del fallo judicial, porque la póliza es de responsabilidad civil la cual sólo ampara perjuicios patrimoniales que cause el asegurado y como en la demanda solo se están reclamando perjuicios de índole extrapatrimonial, no puede condenarse a Seguros del Estado, por ausencia de cobertura. Además, la aseguradora solo está llamada a responder de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de seguro.

Formulo las excepciones: *“Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan”. “Límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía. Suma asegurada”. “Deducible a cargo del asegurado”. “La póliza de seguro de Responsabilidad Civil R. Profesional Claims Made identificada con el No. 96-01-101000007 solo ampara los perjuicios patrimoniales”. “Ausencia de cobertura de la póliza de seguro de Responsabilidad Civil R, Profesional Claims Made identificada con el No. 96-01-101000007 por operancia de una exclusión”. “Prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguros”*

3. Sentencia

El a quo declaró no probadas las excepciones formuladas por SES y la DTSC, por lo que las declaró responsables por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor Aníbal López Escobar, en consecuencia las condenó de manera solidaria, a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, la sumas equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes - SMLMV para cada uno de sus padres, 50 SMLMV para los hermanos y 30 SMLMV para los sobrinos.

Dispuso además:

“SEXTO. - DECLARAR QUE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA ES SOLIDARIA entre Servicios Especiales de Salud y a la Dirección Territorial de salud de Caldas, es decir que las víctimas pueden reclamar por la totalidad de la obligación a cualquiera de los condenados, y aquel que asuma el total del pago, podrá repetir por el cincuenta por ciento (50%) asumido en contra de aquella que no participó en el pago.

SÉPTIMO. - DECLARAR FUNDADAS las excepciones propuestas por **DIACORSA** que denominó “Ausencia o inexistencia de falla en el servicio”, “Ausencia de nexo causal”, “Inexistencia del daño a la vida de relación como tipología de perjuicios inmateriales” y “hecho exclusivo de un tercero”, con lo cual no se hace necesario analizar la excepción de “excesiva valoración de los perjuicios morales presuntamente causados” al desestimarse las pretensiones respecto de este sujeto procesal.

OCTAVO. - DECLARAR FUNDADAS las excepciones propuestas por la EPS Salud Córdor que denominó “inexistencia de dolo o culpa grave de mi representada” y “Ausencia de nexo causal”, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO. - CONDENAR a Liberty Seguros S.A., a reintegrar a favor de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, hasta el límite del valor asegurado, las sumas que tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta.

OCTAVO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “inexistencia de nexo causal”, “carga de la prueba”, “inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado” “Inexistencia de cobertura para los hechos narrados en la demanda”, “exclusión contractual por daños morales, daño a la vida de relación, culpa grave y responsabilidad civil profesional”, “Insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios y cuantificación exagerada” e “irreal sobrevaluada tasación de perjuicios”, “Coaseguro cedido”, propuestas por **Liberty Seguros S.A.,** en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

NOVENO. - DECLARAR FUNDADAS las excepciones denominadas “imposibilidad de aplicar intereses de mora e indexación”, “límite de la suma asegurada y reembolso”, “Deducible pactado”, propuestas por **Liberty Seguros S.A.,** en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

DÉCIMO. - CONDENAR a la Previsora S.A., a reintegrar a favor de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, hasta el límite del valor asegurado, las sumas que tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta.

DÉCIMO PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la actuación de la

Dirección Territorial de Salud”, “inexistencia de obligación de indemnizar al asegurado, Dirección Territorial de Salud de Caldas” e “inoperancia de la póliza base del llamamiento como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda”, propuestas por la Previsora S.A, en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

DÉCIMO SEGUNDO. - DECLARAR FUNDADAS las excepciones denominadas “**Límite de Valor Asegurado**”, propuesta por la Previsora S.A, en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

DÉCIMO TERCERO. - DECLARAR FUNDADA la excepción de “**Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no notificación oportuna del siniestro**”, propuesta por La PREVISORA S.A. y por lo tanto **NEGAR** la prosperidad del llamamiento en garantía realizado por el **S.E.S Servicios Especiales de Salud**.

En atención a lo descrito por el inciso tercero del artículo 282 del Código General del proceso, el despacho se releva de realizar el análisis de los demás medios de defensa propuestos por el llamado en garantía.

DÉCIMO CUARTO. - La Dirección Territorial de Salud de Caldas y Servicios Especiales de Salud, darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

DÉCIMO QUINTO. - CONDENAR EN COSTAS a la Dirección Territorial de Salud y a Servicios Especiales de Salud, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, el cinco por ciento 5%, del valor de la condena impuesta. Lo anterior conforme a los parámetros establecidos en el artículo 5° numeral primero del Acuerdo 10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

Como fundamento de su decisión señaló que, el daño está plenamente acreditado con el conjunto de pruebas arrimadas al expediente, entre las que se tiene el reporte de historia clínica, donde se evidencia que el señor Aníbal López Escobar ingresó al SES Hospital de Caldas el 1 de agosto de 2012 y que estuvo 13 días hospitalizado, tiempo en el cual estuvo internado en Unidad de Cuidados Intensivos, pasó a Cuidados Intermedios y regresó a la Unidad de Cuidados Intensivos donde finalmente falleció el 13 de agosto de 2012; que durante el tiempo que estuvo hospitalizado sus médicos tratantes ordenaron una serie de exámenes y procedimientos diagnósticos, los cuales se autorizaron por parte de la Dirección Territorial de Salud de Caldas para realizados en Diacorsa S.A.S., sin que a la fecha de su fallecimiento dichos procedimientos se hubiesen llevado a cabo, pese el delicado estado de salud en el que se encontraba el paciente.

Señaló que, dicho daño era imputable a SES ya que hubo negligencia administrativa en los trámites de referencia y contrarreferencia, situación que afectó directamente la salud del paciente, pues por la no realización del procedimiento ordenado y que debía ser realizado en otra institución de manera urgente, se deterioró paulatinamente la salud del paciente, el cual nunca salió del infarto agudo al miocardio con el que ingresó al servicio de urgencias.

Que igualmente era imputable a la DTSC por cuanto hubo negligencia administrativa en los trámites de referencia y contrarreferencia que requería el señor Aníbal López Escobar, pues

no solo no emitió las autorizaciones para los servicios de cateterismo y valoración por electrofisiología de manera inmediata, sino que al emitir estas autorizaciones, indicó que las mismas no eran prioritarias, cuando en la solicitud de los exámenes emitida el 1 de agosto de 2012 se indicó claramente que la intervención era urgente, y procedió la DTSC a gestionarlas el 10 de agosto de 2012, es decir, pasados 10 días desde que los galenos ordenaron la realización del cateterismo urgente, máxime cuando se trataba de un paciente con un cuadro de infarto agudo que no había podido salir de la UCI debido a su regular condición de salud.

3. Apelación

3.1. Servicios Especiales de Salud - SES - Hospital Universitario de Caldas

Solicitó revocar la sentencia señalando en síntesis que, el paciente mientras estuvo los 13 días en el SES no se podía transportar a sitio diferente. Del 3 de agosto de 2012 al 8 de agosto los tramites y autorizaciones eran hacia el Hospital Santa Sofía. Que el 6 de agosto solicitaron a la DTSC el cambio de autorizaciones porque en Santa Sofía no se podía realizar los exámenes diagnósticos. Solo hasta el 10 de agosto la familia trajo las autorizaciones para Diacorsa y ese mismo día se enviaron autorizaciones y solicitud por parte del SES hacia Diacorsa.

Que el cateterismo cardiaco se solucionó en cuidados intensivos con el medicamento denominado Actilyse y con el marcapaso transitorio; los exámenes solicitados no significaban que la vida del paciente se hubiera salvado. Las autorizaciones ya no tenían objeto para el paciente toda vez que, todo lo que necesitaba el paciente se hizo en el SES se manejó el cateterismo con el marcapaso temporal y se suplió la electrofisiología en la unidad de Cuidados Intensivos.

Que, así el paciente hubiese sido trasladado a Diacorsa, igual no tenían disponible al electrofisiólogo ni al hemodinamista y solo sería agendado para una valoración posterior; además era innecesario porque estos exámenes ya habían sido suplidos en Cuidados Intensivos de Servicios Especiales de Salud tal y como lo manifestaron los testigos médicos.

Que, no tiene ningún sentido que en la sentencia se manifieste que SES hizo todo lo medicamente posible y lo condene por falta de gestión administrativa. Que en ningún momento el proceso de autorizaciones fue trasladado a los familiares del paciente como erróneamente lo concluyó el despacho toda vez que una hermana del paciente de nombre Lina Marcela Escobar laboraba en la Personería de Manizales y fue ella quien a *motu proprio* decidió ayudar a gestionar las autorizaciones con oficios a los órganos de control y con tutela.

Que, el paciente no falleció por causa de la patología presentada y que generó las autorizaciones ya descritas, esto es la arritmia cardiaca generada por el infarto al miocardio, sino que correspondió a un proceso de hemorragia digestiva alta y posterior bronco aspiración que no poseen relación alguna con la patología de base.

3.2. La DTSC

Solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la parte demandante, para

ello señaló que, el enfoque utilizado por el Juez de instancia, al considerar que *“durante la hospitalización del señor López Escobar, este fue afiliado a la EPS Salud Cóndor desde el 6 de agosto de 2012, sin embargo al momento de presentarse la necesidad del servicio el 1 y el 3 de agosto de 2012, todavía era paciente a cargo de la DTSC y en efecto dicha, entidad territorial procedió a autorizar dichos procedimientos el 3 y 8 de agosto de 2012”* es errado, pues la DTSC de conformidad con la ley 715 de 2001, artículo 43, debe prestar sus servicios a la población pobre no afiliada; que el paciente fue afiliado a la E.P.S Salud Cóndor desde el 6 de agosto de 2012, por lo que, era obligación de esta entidad garantizar la prestación del servicio asistencial de acuerdo a la patología que presentaba y a la necesidad de la especialidad requerida y de la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos, insumos y medicamentos requeridos para la atención del paciente.

Que sin embargo la DTSC autorizó al paciente sin ser de su competencia, una consulta de electrofisiología, pues desde que el paciente fue afiliado a la EPS, esto es, hasta el 6 de agosto de 2012 las autorizaciones no eran de su competencia, es más, aun sin el paciente pertenecer a la población pobre no afiliada, el 8 de agosto autorizó otro procedimiento más, a sabiendas de que el paciente se encontraba afiliado a una EPS.

Que además, no existe en el proceso prueba alguna que señale que, a la DTSC se le reportó sobre la imposibilidad de cumplimiento de las órdenes contenidas en las dos autorizaciones administrativas que ya había expedido, aunque la Defensoría del Pueblo le manifestó esto, lo cual hizo sólo hasta el 10 de agosto, como también pasa por alto que el paciente para ese día ya se encontraba afiliado a una EPS, estando en cabeza de la EPS el sistema de referencia y contrarreferencia.

De igual importancia, es que la familia del señor Aníbal nunca se preocupó por comunicarle a la DTSC, que la autorización 0315013 del 1 de agosto de 2012, para practicar el *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend) y angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*, no había sido ejecutada.

Que el SES, en ningún momento advirtió que era una urgencia vital, es más si fuera así, no hubiese tenido la necesidad de solicitar la autorización del procedimiento, sino de llevar al paciente como urgencia vital al prestador que tuviera el servicio. Que además, el SES. nunca comentó en el CRUE de Caldas al paciente, como tampoco lo comentó con la EPS.

Que si bien es cierto, la DTSC coordina y supervisa que los prestadores de los servicios de salud, en relación con el cumplimiento de habilitación de servicios para operar dentro del departamento, aunado a ello, que cumplan con las características obligatorias de garantía de calidad en salud, mas no de ejecutar servicios de salud. En el presente asunto una vez la EPS Régimen subsidiado afilió al señor Aníbal López la DTSC pierde competencia y es la EPS la encargada de la prestación de servicios de salud de conformidad con el artículo 14 de la ley 1122 de 2007, aplicable para este caso. Que la calidad en la prestación de los servicios de salud, por parte de los prestadores de estos servicios, recae única y exclusivamente en estos, ya que fueron quienes prestaron directamente el servicio de salud.

En cuanto a la causa de fallecimiento señaló que, se pudo determinar que fue por un proceso

de hemorragia digestiva alta, y posterior bronco aspiración, siendo la causa de la muerte muy diferente a lo relacionado con lo consultado por infarto agudo al miocardio y lo que es materia de esta litis, no logrando determinar cuál es el nexo causal frente a la DTSC.

En cuanto a los perjuicios inmateriales señaló que, el paciente era un habitante de la calle y así lo manifestó el mismo señor López Escobar en vida, cuando acudió a urgencia del SES Hospital de Caldas, pues en la historia clínica quedo debidamente consignado. También los testigos manifestaron que este estuvo 10 años en la calle, por tanto, los familiares nunca lo auxiliaron, ni le prestaron ayuda, no lo visitaban, ahora como pueden versen afectados por el desenlace fatal del causante cuando no vivían con este, ya que su residencia era en el sector de la galería. Prueba de ello es el certificado expedido por la secretaría de Salud de Manizales, donde se afirma el 2 de agosto de 2010, que el paciente se encuentra en condición de indigencia validado por la Secretaría de Gobierno.

3.3. La Previsora S.A., llamada en garantía por la DTSC

Señaló que, revisando lo estipulado en la sentencia con las condiciones generales de la póliza se tiene que la responsabilidad endilgada a la DTSC surge del incumplimiento de una disposición legal, la Resolución 1220 de 2010 que determina la obligación de apoyar los procesos de referencia y contra referencia en su área de influencia en las situaciones de urgencia y el artículo 11 de la Ley 10 de 1990 literal b) que establece que las direcciones seccionales de salud les compete coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud correspondiente a su territorio.

Que en la *Condición Primera Amparos* que habla de responsabilidad civil extracontractual del asegurado que se ocasione como consecuencia de un hecho externo de carácter accidental súbito e imprevisto ocurrido durante la vigencia la póliza; de la misma manera la *Condición Tercera Definiciones*, el siniestro es todo hecho externo, generador de responsabilidad civil extracontractual, acaecido en forma accidental súbita e imprevista, que ocurra durante la vigencia de la póliza y sea imputable al asegurado.

Que así las cosas, debido a que lo debatido es consecuencia de la inobservancia de una disposición legal, no corresponde a un hecho externo acaecido en forma accidental, súbita e imprevista; por lo tanto solicitó se revoque la sentencia, en el numeral 10 de la parte resolutive y en su lugar, se declare probada la excepción de *“inoperancia de la póliza base del llamamiento como formula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda”*.

3.4. Liberty Seguros llamada en garantía por la DTSC

Señaló que, no es consecuente la argumentación de la supuesta falla cometida por la DTSC, basada en la falta de trámite oportuno de autorizaciones médicas, porque no eran unas autorizaciones médicas en cabeza de la DTSC, debido a que por esta se expidieron las autorizaciones para la práctica de coronariografía y consulta de electrofisiología, siendo esto para la DTSC un trámite y una obligación netamente administrativa; que las dos autorizaciones administrativas fueron expedidas por la DTSC de manera oportuna, no obstante respecto de la autorización del 08 de agosto, fue expedida a pesar que el paciente ya

contaba con afiliación a la EPS dos días antes.

Que se le reclama a la DTSC que no participó en el sistema de referencia y contrarreferencia del paciente, pasando por alto que este no se encontraba internado en una institución que perteneciera a la DTSC, sino que se encontraba en una UCI del SES, pasando por alto que no obra al interior del proceso probanza alguna que indique que a la DTSC se le informó sobre la imposibilidad de cumplimiento de las órdenes contenidas en las dos autorizaciones que ya había expedido, aunque la Defensoría del Pueblo le manifestó esto, lo cual hizo sólo hasta el 10 de Agosto, como también pasa por alto que el paciente para este día ya se encontraba afiliado a una EPS.

En cuanto a la causa de muerte del paciente, fue suficientemente probada que no fue el infarto, sino los anticoagulantes suministrados al paciente como consecuencia de haber sufrido un IAM, práctica obligatoria para adelgazar su sangre y evitar otro infarto mientras se le practicaba la coronariografía, siendo un riesgo inherente a la aplicación de anticoagulantes el sangrado de los pacientes.

Frente a la tasación de los perjuicios señalo que, se determinó que quien más sufrió fue la mamá (testimonio de Carolina Granada Henao) y la decisión elevó condena por perjuicios morales tanto para la madre como para el padre por suma equivalente a 100 SMLMV sin tener en cuenta que quien más sufrió fue la mamá; además, no era posible atender a las recomendaciones jurisprudenciales contenidas en la unificación de jurisprudencia, dado que el fallecido era un habitante de calle.

En cuanto al llamamiento en garantía señaló que, la sentencia comete un error por cuanto declara que la obligación indemnizatoria es solidaria entre el SES y la DTSC, pudiendo las víctimas reclamar la totalidad de la obligación a cualquiera de los dos condenados y aquel que asuma el pago total, podrá repetir por el cincuenta por ciento (50%) asumido en contra de aquella que no participó en el pago. Posteriormente, condena a Liberty Seguros S.A., y a La Previsora S.A. a reintegrar a favor de la DTSC, hasta el límite del valor asegurado, las sumas de dinero que tenga la obligación de cancelar por la condena impuesta.

Que es cierto que una de las consecuencias de la solidaridad es que el acreedor pueda reclamar la totalidad del pago sobre uno sólo de los deudores solidarios; pero, lo que no es posible aceptar es que si las víctimas eligen el cobro hacia la DTSC y esta paga la totalidad, las aseguradoras llamadas en garantía tengan la obligación de cancelar la totalidad de lo que pague la DTSC, porque a estas aseguradoras sólo les corresponde pagar dentro de los límites del valor asegurado, la parte correspondiente a la condena en contra de su asegurado.

Que respecto de no declararse la exclusión por culpa grave, no se entiende entonces las razones por las cuales fue condenada la DTSC, porque si la sentencia recurrida determina que las autorizaciones no fueron oportunamente tramitadas por la DTSC, es imposible que no exista la culpa grave y esta culpa grave es objeto de exclusión al interior de la póliza.

4. Pronunciamiento frente a los recursos de apelación

4.1. Servicios Especiales de Salud SES – Hospital Universitario de Caldas

Se pronunció frente al recurso de apelación formulado por la DTSC; en cuanto a lo afirmado acerca de que *“el S.E.S, ... en ningún momento advirtió que era una urgencia vital, es más si fuera así, no hubiese tenido la necesidad de solicitar la autorización del procedimiento, sino de llevar al paciente como urgencia a vital al prestador que tuviera el servicio. Sin embargo, la conducta de la familia que hoy demanda, fue pasiva, y no tuvo compromiso alguno con el señor Aníbal Escobar”*, señaló en síntesis que, mientras la DTSC expedía las órdenes al paciente, en SES se le estaba realizando la respectiva estabilización toda vez que lo estaban sacando de los infartos con los que ingresó siendo llevado de forma inmediata a la Unidad de Cuidados Intensivos para continuar con su tratamiento.

Que los familiares del paciente fueron los que crearon la confusión en la DTSC con la expedición de las múltiples ordenes; la estabilización que se le estaba dando en la unidad de cuidados de intensivos hacía imposible su traslado por cualquier medio, así tuviera quien le practicara los exámenes en otra institución, y eso sumado a las ordenes que a su vez generaba la Defensoría del Pueblo y aunque el paciente en realidad no fue remitido, en el mismo SES se le hicieron los procedimientos que necesitaba sin necesidad de transportar al paciente.

El tema no era en sí, quien daba o no las autorizaciones o si estas llegaron a materializarse toda vez que por la condición que presentaba el paciente y la imposibilidad que le practicaran los exámenes en otra institución por cuestiones de agenda se optó por realizarlos en la misma institución por lo tanto no existiría una pérdida de oportunidad ya que por sustracción de materia no se dan los presupuestos necesarios; los exámenes diagnósticos fueron suplidos por el mismo hospital y el paciente no falleció por esas circunstancias.

Que el SES actuó bajo los lineamientos establecidos en el Decreto 1011 de 2006 garantizando en todo momento su cumplimiento tanto desde el punto médico como administrativo en procura de lograr la consecución de los exámenes diagnósticos que necesitaba el paciente en otra institución y que en ultimas fueron realizados en el mismo SES y que es precisamente el objeto de condena por parte del fallador de primera instancia; trámites administrativos que si fueron llevados a cabo tal y como se demostró en las bitácoras y registros que fueron allegados al plenario como prueba documental; actividades y trámites que fueron corroborados por el doctor Felipe Grajales auditor médico de SES en su declaración.

Que desde el 3 de agosto SES ya estaba tramitando los exámenes requeridos de conformidad al prestador que había indicado la DTSC y es por ello que no se había vuelto a comentar el paciente con la DTSC pues se estaban adelantando todos los trámites administrativos; que los trámites y órdenes venían directamente de la DTSC en su calidad de asegurador más los trámites administrativos que estaba realizando SES para la realización de los exámenes hasta el día en que fue afiliado a la red EPS Salud Condor, pero ya todo se estaba realizando tanto desde el punto medico como administrativo, exámenes diagnósticos que no significaban que le fueran a salvar la vida pues ya habían sido suplidos en la institución con el implante transitorio del marcapasos y el suministro del medicamento denominado Actylise.

4.2. La parte demandante

Se pronunció frente a la apelación formulada por el SES señalando en síntesis que, no estaba de acuerdo con lo afirmado en el recurso, sobre que, la víctima no requería los servicios de arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo; inserción o implante de prótesis intracoronaria (stent) sod y angioplastia coronaria transluminal percutánea uno o dos vasos y valoración por electrofisiología y que el cateterismo fue reemplazado por un marcapasos; que en los testimonios técnicos y científicos se demostró que las medidas se tomaron para que el cuerpo de Aníbal López soportara la paquidermia administrativa de las instituciones en lograr el requerido examen.

Que el SES conociendo que en efecto tenía en sus manos un paciente muriendo por falta de las ayudas diagnosticas que no tenía, no hizo nada más, se quedó esperando, pues no lograron probar otras acciones diligentes en la búsqueda de una solución cuando le responden que debe solucionar los inconveniente por mano propia y luego realizar las gestiones pertinentes de cobro.

Con fundamento en lo anterior, solicitó confirmar el fallo de primera instancia y desatender lo pedido en la apelación.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la sentencia y los recursos de apelación formulados, así como lo manifestado por los no recurrentes, se centran en establecer:

¿El daño es imputable a Servicios Especiales de Salud SES – Hospital Universitario de Caldas o a la Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC?

En caso afirmativo, ¿Se encuentra debidamente tasada la indemnización por perjuicios morales a favor de los demandantes?

¿Cuál es la relación contractual, el límite asegurado y la cobertura de las pólizas tomadas por la Dirección Territorial de Salud de Caldas?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

El daño consistente en el fallecimiento del señor Aníbal López Escobar⁹ sin la que le fueran realizados la i) arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, ii) inserción o implante de prótesis intracoronaria stend sod; iii) angioplastia y iv) consulta o valoración por electrofisiología, no obstante haber sido ordenados por los médicos tratantes, es imputable a la demandada Servicios Especiales de Salud SES por cuanto, hubo una falla del servicio

⁹ El fallecimiento se encuentra acreditado con el Registro civil de defunción del señor Aníbal López Escobar (f. 45 C.1). La existencia del deño no es objeto de debate por las partes en esta instancia.

desde el punto de vista administrativo en los trámites de referencia y contrarreferencia que requería el señor Aníbal López Escobar, esto es, no se observa que la actividad administrativa desplegada estuviera dirigida en grado suficiente a lograr la realización de lo ordenado por los galenos en otros centros de salud que sí contaran con los servicios requeridos por el paciente, los cuales eran urgentes dado su estado de salud. Además, esta situación afectó directamente la salud del paciente y su proceso de recuperación.

El daño no es imputable a la DTSC por cuanto, no se encuentra acreditada la negligencia administrativa en la emisión y gestión de las autorizaciones para los servicios solicitados por SES.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la imputación; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales¹⁰.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva

¹⁰ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”¹¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación”.¹²

2.3. Hechos acreditados

-. El señor Aníbal López Escobar fue atendido en el SES del 1 al 13 de agosto de 2012, de la

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

historia clínica¹³ se resalta:

- Ingresó al servicio de urgencias el 1º de agosto de 2012 a las 12:34 p.m. con un diagnóstico previo de infarto agudo a miocardio, se realiza valoración y a las 02:27 p.m. se inició el procedimiento denominado *“fibrinólisis con actilyse”* o *“trombólisis con medicamento fibronoselectivo”*. A las 03:54 p.m. se indicó que, se evidencia alteración eléctrica que requiere implante de marcapaso, y debe ser llevado de forma urgente a cateterismo cardiaco como urgencia vital. El médico tratante ordenó: i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend sod)* y iii) *angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*¹⁴.
- A las 04:26 p.m. se indica que, la terapia de reperfusión fibrinolítica no fue exitosa, que luego de implante de marcapaso - punción única sin complicaciones y verificar captura, presenta fibrilación ventricular a las 4 pm, se realizan 2 descargas con rccp avanzada con éxito. Se explica a su hermana Lina Marcela López la crítica situación actual del paciente. Pendiente tramites de angioplastia de rescate. A las 07:07 p.m., se registra: *“PENDIENTE CORONOGRAMA Y COLOCACION STN URGENTE”... “PENDIENTE CATETERISMO CARDIACOS COMO URGENCIA VITAL”*¹⁵
- El 2 de agosto de 2012, se registra que el paciente sigue en regulares condiciones, con soporte ventilatorio y bajo sedación, dependiente del marcapasos y que se continua monitoreo y vigilancia en UCI. El 3 de agosto de 2012, se registra que se logra extubación a las 9:00 a.m., se instaura mascara Venturi al 50%, el paciente sigue dependiente del marcapasos, al punto que al apagar el generador entre inmediatamente en bloqueo completo; se continua monitoreo y vigilancia en UCI. El 4 de agosto de 2012, se registra que el paciente sigue en regulares condiciones generales, despierto, no interactúa con el examinador y el medio, con oxígeno suplementario por cánula nasal, se continua monitoreo y vigilancia en UCI. Se indica que se encuentra pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología.
- El 5 de agosto de 2012, se registra que el paciente sigue en regulares condiciones generales, despierto, interactúa con el examinador y el medio, con oxígeno suplementario por cánula nasal, ritmos cardiacos controlados por el marcapasos, se continua monitoreo y vigilancia en Unidad de Cuidados Intensivos y es trasladado a la Unidad de Cuidados Intermedios -UCIN. Se indica que se encuentra pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología.
- El 6, 7, 8, 9, 10 de agosto de 2012, se registra que el paciente sigue en regulares condiciones, se continua monitoreo y vigilancia en Unidad de Cuidados Intermedios Se indica que se encuentra pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología.
- El 11 de agosto de 2012, se registra que está pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología y expresamente se indica: *“INSISTIR CON LA EPS, DADO*

¹³ Fls. 3 a 26, 158 a 280 C.1 319 a 336 C.1A

¹⁴ FL. 53 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

¹⁵ FL. 59 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

*QUE ES UN URGENCIA”.*¹⁶

- El 12 de agosto de 2012, se registra a las 05:07 p.m., paciente con shock cardiogénico, se ha venido estabilizando continúa con infusión de tres vasoactivos, que el paciente se encuentra en delicadas condiciones generales; a las 10:47 p.m., paciente con evolución tórpida, muy soportado, con vasopresores dosis altas, malas condiciones, afebril, estuporoso; se inicia antibiótico.

- El 13 de agosto de 2012, se registra a las 01:30 a.m., *“NOTA DE EVENTO: PACIENTE EN MALAS CONDICIONES MUY SOPORTADO, CON POCA RESPUESTA AL MANEJO, HIPOTENSO, DESATURADO, TAQUICÁRDICO, CON NORADRENALINA, VASOPRESINA Y DOPAMINA EN INFUSION A ALTAS DOSIS, ANURICO, CON PARAMETROS DEL VENTILADOR ALTOS , ACIDOTICO , CON INFUSION DE BICARBONATO, PACIENTE QUIEN PRESENTA BRADICARDIA EXTREMA Y ASITOLIA, FALLECE A LAS 1:10 DEL 13 DE AGOSTO DEL 2012, SE EXPIDE CERTIFICADO DE DEFUNCION”.*¹⁷

- Según formulario de intermediación, de la Alcaldía de Manizales - Secretaría de Salud, de 2 de agosto de 2012, el señor Aníbal López Escobar no estaba afiliado a una EPS fue remitido por la DTSC y se encontraba validado en condición de indigencia por la Secretaría de Gobierno municipal (f. 28 a 29 C.1).

- El señor Aníbal López Escobar fue afiliado a Salud Cóndor EPS, régimen subsidiado el 6 de agosto de 2012 (f. 27, 31 C.1).

- La Defensoría del Pueblo el 9 de agosto de 2012, remitió oficio a la DTSC en el que se indica que, tiene conocimiento por solicitud de la señora Lina Marcela López que su hermano Aníbal López, se encuentra en la UCI del Hospital de Caldas, desde el 01 de agosto de 2012 y por prescripción de su médico tratante requiere con urgencia la realización de la cirugía *arteriografía coronario con cateterismo izquierdo*, en consecuencia se ordenó por la DTSC al Hospital Departamental Santa Sofia, quien manifiesta que esa especialidad la tiene hasta la próxima semana, por lo que se recuerda que, la Corte Constitucional en sentencia T-770 del 25 de octubre de 2007 dispuso que no serán los usuarios del servicio de salud quienes deban asumir las consecuencias negativas, fruto de la negligencia o de los problemas administrativos o de los dilatados trámites burocráticos de las entidades encargadas de prestar o administrar los servicios”.(f. 32 C.1)

- En respuesta de la DTSC a la Defensoría del Pueblo, recibida el 24 de agosto de 2012, se informó que, autorizó los servicios solicitados por SES el 3 de agosto de 2012, para que fueran prestados en forma inmediata por parte de Diacorsa S.A. Instituto del Corazón de Manizales, paciente comentado con el doctor Carlos Gutiérrez, quien directamente comentó y gestionó la atención del paciente con el Coordinador de Autorizaciones de Diacorsa S.A., Dr. Alejandro Puentes. Que en aras de garantizar la atención del paciente a todos los niveles, se gestionó con la Secretaría de Salud de Manizales, la respectiva afiliación a la EPS Salud

¹⁶ FL. 144 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

¹⁷ FL. 160 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

Cóndor, afiliación que se materializó el 6 de agosto del año en curso. (f. 34 a 36 C.1)

- La DTSC emitió las autorizaciones de servicios de “*ARTERIOGRAFÍA CORONARIA CON CATETERISMO IZQUIERDO*”, “*INSERCIÓN O IMPLANTE DE PRÓTESIS INTRACORONARIA*” y “*ANGIOPLASTIA CORONARIA TRANSLUMINAL PERCUTÁNEA, UNO O DOS VASOS*” del 3 de agosto de 2012 y “*consulta ambulatoria de medicina especializada - ELECTROFISIOLOGÍA*” del 8 de agosto de 2012; se observa en las mismas en el ítem prioridad de la atención se indicó: “*NO PRIORITARIA*”. (f. 37 a 38, 116 a 117 C.1)

- En declaración rendida por Jaime Alberto Vásquez Maya, médico intensivista, quien atendió al señor Aníbal López Escobar, el 10 de agosto de 2012, se indicó:

PREGUNTADO: ¿Tiene referencia si el paciente necesitaba un examen especializado para dar un mejor procedimiento, manejo, diagnóstico al paciente? CONTESTÓ: Aquí en mi evolución está claro que está pendiente una “coros”, “coros” es una arteriografía coronaria, para aclarar una posible enfermedad coronaria y probable valoración por electrofisiología, en mi evolución dice que está pendiente ese examen.

...

PREGUNTADO: en la historia clínica dice que se trombolizó con actilyse ¿nos puede decir qué es eso? CONTESTÓ: Cuando se presenta un infarto, entre más rápido uno pueda corregir lo que causó el infarto, o sea, la obstrucción coronaria, el pronóstico es mejor, generalmente existen varios modos de manejar al paciente, cuando se dispone de unidades de hemodinamia donde existe toda la tecnología cardiovascular, se procede a hacer cateterismos inmediatos, cuando no, entonces se pueden utilizar medicamentos que disuelven el coágulo que está causando el infarto, dentro de estos medicamentos el que ha probado más efectividad quizá es el actilyse, es una droga bastante buena, vigente, recomendada para el manejo del infarto agudo de miocardio en las primeras horas para evitar las complicaciones que se presenten.

...

PREGUNTADO: ¿Cómo se hace un “coros” de acuerdo a su anotación clínica? CONTESTÓ: La “coros” es lo que se conoce como un cateterismo coronario, es un procedimiento diagnóstico y al mismo tiempo puede ser terapéutico, consiste en introducir un catéter a través de una arteria que va hasta el corazón, inyectan un líquido que se llama medio de contraste que llena las arterias y las dibuja en una pantalla y el hemodinamista, que es el cardiólogo especializado en estos procedimientos, mira el hecho coronario, las arterias coronarias, ellos allí pueden diagnosticar donde fue la obstrucción, de qué magnitud, cual fue el daño que pudo haber causado y muchas veces a través del cateterismo, pueden destapar estas arterias.

PREGUNTADO: Usted hace la anotación de “pendiente coros” ¿ese procedimiento era urgente, era vital? CONTESTÓ: Lo ideal sería poderle realizar coronariografía a todos los pacientes, pero eso es dentro de una condición ideal que no existe en nuestro país, esto es del 2012 y actualmente nos pasa lo mismo, no es fácil conseguir un cateterismo urgente. Lo vital se le realizó al paciente que era intentar destapar el vaso y se procedió como debe ser con el actilyse, ya después de que uno usa el actilyse ya usa un cateterismo que se llama de rescate o secundario, no el cateterismo primario, pero es un procedimiento que se indica en los pacientes que tienen infarto, para mirar a ver cómo está, y en ocasiones para intentar destapar los vasos que están tapados.

...

PREGUNTADO: Como usted atendió al paciente para el día décimo y todavía decía “requiere coros”, examen ordenado desde muy temprano al ingreso del paciente ¿Por qué habían pasado tantos días sin que se le hubiera hecho el examen? CONTESTÓ: No es lo usual, pero el tratamiento inicial estaba bien hecho, 10 días sí es un tiempo prolongado para realizar un examen como este.

...

PREGUNTADO: Usted indicó que el paciente llegó con un deterioro importante ¿Cuándo indica deterioro importante, a qué hace referencia? CONTESTÓ: Como se lee aquí, el paciente llegó en fibrilación ventricular, eso equivale a un paro cardíaco, el paciente llegó con una muerte súbita, y se recuperó, que tenía un infarto, no sabemos las características, pero debe haber sido un infarto extenso por la patología que presentaba, por la clínica que presentaba, porque llegó con una arritmia maligna, y por todas las complicaciones que presentó posteriormente y por lo que requirió para su manejo, aquí en la historia se menciona que el paciente llegó en unas condiciones bastante comprometidas de su estado de salud, que afortunadamente recibió una adecuada atención en el servicio de urgencias y lo reanimaron exitosamente.

...

PREGUNTADO: En la historia clínica del 13 de agosto de 2012 se hace la anotación de que el paciente hace un sangrado digestivo alto ¿esto es un riesgo inherente a la trombólisis y la anticoagulación? CONTESTÓ: Esto es el día final, y el paciente no sé cuántos días estuvo hospitalizado, pero tan tardíamente no puede hablar uno que el actilyse sea la causa de este sangrado, porque si bien el actilyse tiene riesgo de sangrado, ese riesgo se disminuye con el tiempo y si el paciente duró 12 días, a los 12 días el riesgo de que ese actilyse fuera la causa de un posible sangrado, es muy remoto, pueden existir otros factores que lo hayan llevado a presentar un sangrado digestivo alto, y de hecho nosotros en las unidades de cuidados intensivos el riesgo de sangrado digestivo existe independiente de la patología y del tratamiento del paciente, ya se ha comprobado que a las 24 o 48 horas, todos los pacientes tienen un riesgo elevado de producir sangrado digestivo, tanto así que desde el principio nosotros ponemos protección gástrica, como omeprazol, ranitidina u otro protector gástrico, porque el riesgo de sangrado digestivo es independiente de la patología y del tratamiento, lógicamente existen factores que pueden incrementar el riesgo, pero todos los pacientes intubados y en cuidado intensivo, después de 24 o 48 horas, ya tienen su riesgo de sangrado digestivo.(...)”.

- En declaración rendida por Arlex Duque Arias, médico y cirujano, con entrenamiento en cuidado crítico, sobre la atención suministrada al señor Aníbal López Escobar, indicó:

PREGUNTADO: se ha llamado como testigo para que informe lo que conozca respecto del fallecimiento del señor Aníbal López Escobar. CONTESTÓ: Yo revisé la historia, Aníbal López un paciente que ingresó el 1 de agosto de 2012 a las 12:30 al servicio de urgencias con un cuadro de más o menos 4 horas de evolución de dolor precordial, en el servicio de urgencias es atendido por el doctor Harold García quien da un diagnóstico de infarto agudo al miocardio y rápidamente procede a darle manejo con un tratamiento de trombólisis como alteplasa, esa acción se hizo sin hacer la historia clínica, luego de tener los tres criterios el primero que es el dolor característico de un infarto, el segundo criterio el electrocardiográfico y el tercer criterio es el enzimático, de entrada se hace el diagnóstico que es lo primordial para proceder a hacer la trombólisis, una vez hace el diagnóstico decide hacer trombólisis porque no contaba con el recurso de hacer un tratamiento percutáneo que es el cateterismo, más angioplastia, más implante stent porque en la

institución en ese entonces no contábamos con unidad de hemodinamia en el SES. El paciente ingresa a esa hora y aproximadamente a las 13 horas y 46 pm el paciente fue trombolizado, y posterior a la trombólisis el paciente el valorado por el doctor Edgar Castro, médico internista de la institución quien indica todo el manejo para síndrome coronario agudo y solicita traslado a la Unidad de Cuidado Intensivo, ese día en esa fecha yo estaba en la UCI e hice sabe que no había cama disponible, pero había planteado un traslado, entonces que apenas hubiera la cama lo trasladaríamos a la unidad, obviamente era un paciente que requería monitoreo hemodinámico y requería un manejo como mínimo en una Unidad de Cuidado Intermedio, estando el paciente en urgencias en espera de la cama, presenta complicaciones, hizo un bloqueo ab de segundo grado y el internista lo revalora a las 3:40 de la tarde y considera que el paciente requería marcapasos, porque estaba hipotenso y estaba bradicárdico, entonces proceden al paso del marcapasos y cuando estaban pasando el marcapasos, el paciente presenta un paro, hace una fibrilación ventricular, se hacen dos desfibrilaciones, al paciente le colocan adrenalina, le hacen una reanimación cardiopulmonar con masaje cardíaco y sale del paro, en ese momento vuelven a llamar a la unidad, comentan que el paciente se había complicado, entonces se da la prioridad de subir al paciente a la unidad y a las 7:15 de la noche yo lo ingresé al servicio de cuidado intensivo, un paciente en muy malas condiciones, le habían realizado intubación orotraqueal, requería soporte ventilatorio, requería soporte vasopresor, se inició el manejo, a los 2 días se logró retirar los soportes y se logró retirar la ventilación mecánica y al tercer día el paciente ya se había estabilizado, seguía en espera del cateterismo, más la angioplastia, más la opción de stent si se requería, que fueron ordenados desde el primer día, solicitados como urgencia vital, el paciente estuvo en el servicio aproximadamente 11 días, el día 11 se traslada a la unidad de cuidado intermedio, el paciente ya estaba extubado, estaba más estable y seguía en espera de que se le realizara ese procedimiento y al día siguiente en horas de la madrugada, el paciente presenta un episodio de emesis en cuncho de café, al parecer estaba presentando un sangrado digestivo, presenta broncoaspiración, y requiere nuevamente intubación orotraqueal y hace un cuadro de descompensación hemodinámica con hipotensión, por lo cual requiere nuevamente soportes vasopresores y es llevado a la unidad en muy malas condiciones, con un trastorno de oxigenación severísima y fallece. En conclusión, al paciente se le hace un diagnóstico de un infarto con elevación de st, en el electrocardiograma, en el cual está indicado, en primera instancia si tengo la opción de hacerle un manejo percutáneo ese es el tratamiento ideal, pero como no se contaba con el tratamiento porque no había el recurso, se optó por hacerle la trombólisis, se le hizo, desgraciadamente fue fallida, no se obtuvieron los resultados que se esperaban, entonces se continuó el manejo médico y el paciente dentro de su hospitalización empezó a presentar la complicación en el servicio de urgencias y por eso fue llevado a la unidad, era un paciente que no permitía un traslado a otra institución por la inestabilidad eléctrica y hemodinámica, siendo un paciente que no se pudo mover a ningún otro sitio en esas condiciones porque corre uno el riesgo de que presente una complicación en el traslado y fallecer.

...

PREGUNTADO: ¿existía la posibilidad de autorizar el traslado del paciente en una ambulancia medicalizada? CONTESTÓ: No, el paciente estaba en un riesgo muy alto, el paciente hizo paro en urgencias, y si el paciente hace paro en la ambulancia, las posibilidades de muerte son altísimas, reanimar un paciente en una ambulancia es sumamente complejo...

...

PREGUNTADO: En el caso de que la Dirección Territorial de Salud o quien fuere competente hubiese dicho que consiguieron la cita para el cateterismo urgente, ¿qué hubieran hechos

ustedes? CONTESTÓ: ahí si valía la pena correr el riesgo de trasladar al paciente, como en este caso no teníamos la cita, ni la posibilidad de hacerle, no se justificaba trasladarlo por si de pronto.

...

PREGUNTADO: desde que ingresó el paciente el 1 de agosto de 2012, hasta el momento en que falleció el 13 de agosto de 2012, se lee en la historia clínica "pendiente coros" ¿era realmente necesario ese examen para el paciente? CONTESTÓ: sí, se debe hacer, primero porque es la estratificación, que es como mirar el riesgo en que queda el paciente y puede beneficiar al paciente el hecho de que yo le haga, a pesar de que el paciente se infartó y ya el compromiso de la función cardiaca ya está establecido, si yo le hago angioplastia y por decir algo ese paciente podría haber tenido tapada la circunfleja y la coronaria derecha, si yo se las destapo, les hago angioplastia, les dejo stent, el paciente a futuro puede mejorar y puede tener más sobrevida.

...

PREGUNTADO: Se dice en la historia clínica que el paciente ingresó en estado crítico, duró 13 días ¿Considera que el paciente tenía posibilidades de sobrevivir de haberle hecho el examen ordenado que era arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis coronaria stent y angioplastia coronaria trasluminal percutánea 1 o 2 vasos y posterior valoración por electrofisiología? CONTESTÓ: Fuera del infarto como tal, el paciente tuvo una complicación eléctrica, un bloqueo, él se bloqueó y la causa de bloqueo en los pacientes que hacen infarto es la isquemia, entonces hubo que ponerle un marcapasos y de hecho tenía un marcapasos, entonces tenía dos condiciones importantes con el hemodinamista y el electrofisiólogo que era el examen como tal, la posibilidad de hacerle el tratamiento si lo requería y la valoración por el electrofisiólogo, esas tres cosas estaban pendientes. Obviamente si uno le hace ese procedimiento al paciente, el paciente tiende a estabilizarse más rápido, que implica eso, si yo estabilizo un paciente más rápido, le disminuyo los riesgos, porque qué pasó con el paciente, el paciente muere por una complicación, no murió ahí por el infarto agudo que tuvo, que se pudo haber muerto el primer día después de haber hecho un paro, él se muere es por una complicación., eso que a él le sucedió es una complicación.

PREGUNTADO: ¿Considera que la espera del examen que le dije anteriormente, que se esperaba fuera autorizado de urgencia vital, eso a la larga lo deterioró en su salud? CONTESTÓ: No veo por qué, porque al paciente mientras estuvo en la unidad, la tendencia fue a estabilizarse, se lograron quitar los vasopresores, porque él estaba en un shock vénico, se logra retirar la ventilación mecánica, se logra sacar al paciente de la unidad, el paciente finalmente terminó con un infarto agudo de miocardio, con una trombólisis fallida y en manejo médico, nunca se hizo un manejo intervencionista que es lo que uno pretendía con ese procedimiento. La causa de la muerte de él no fue el infarto de miocardio, él estaba en tratamiento médico para su infarto y venía estable hasta que hizo el sangrado digestivo, hizo su complicación y fallece por la complicación, yo no estoy diciendo que porque se le hubiera hecho el procedimiento no se hubiera muerto, puede que le hayan hecho la angioplastia y se hubiera pasado al piso y hubiera hecho la misma complicación.

PREGUNTADO: ¿la complicación que causó que el paciente se broncoaspirara qué la generó? CONTESTÓ: Si uno considera el manejo del infarto, son tres cosas, anticoagulación con neparina, antiagregación con aspirina y clopidrogel que obra en conjunto con el asas que es lo que llamamos una anticoagulación dual, es un manejo que se hace con aspirina y un medicamento que se sinergizan para antiagregar las plaquetas, para que al paciente se le destape

la arteria y no se le tape más..., el manejo del infarto so pesa riesgo beneficio, yo le coloco esos medicamentos, pero tienen un riesgo, cualquiera sabe que si yo anticoagulo un paciente puede sangrar y si el paciente tiene una predisposición, o sea, tiene una enfermedad ácido péptica, o úlcera gástrica o úlcera duodenal, esofagitis o cualquier cosa de esas y yo le pongo ese manejo, puede sangrar, a pesar de eso, en la literatura, si a mí me llega un paciente con infarto y tiene una úlcera duodenal, so pesa riesgo beneficio, le tengo que tratar el infarto, porque si no le trato el infarto, lo puede matar el infarto, con el riesgo de que me haga una hemorragia digestiva.

...

PREGUNTADO: de conformidad con lo que revisó en la historia clínica ¿tiene la certeza de que era urgencia vital la práctica de la arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo?

CONTESTÓ: Si, la razón fue porque la trombolisis fue fallida y todos los protocolos dicen que cuando una trombolisis es fallida al paciente no le queda sino un cateterismo de rescate.

PREGUNTADO: usted ha manifestado que era imposible trasladar al paciente dado su condición crítica, directamente del SES hacia otra institución médica que tuviera hemodinamia ¿esto es cierto?

CONTESTÓ: No es que hubiera sido imposible, uno puede trasladar un paciente crítico en una ambulancia medicalizada y con un médico entrenado para ese traslado, pero la razón es lógica, yo no debo montar un paciente para un traslado de ambulancia medicalizada si no voy al objetivo y cuál era el objetivo, realizar el cateterismo, si a mí me dicen, traslade el paciente que le vamos a hacer el cateterismo en San Marcel, yo me voy con él o pongo un médico experto en traslados y lo llevo, porque si yo no tengo la cita o el recurso para que me voy a arriesgar a llevar un paciente, por ejemplo a Santa Sofía para ver si de pronto me lo atienden y le hacen de pronto un cateterismo, se muere y me lo cobran a mí.(...)”.

-. En declaración rendida por Enrique Augusto Ramírez Latorre, médico especialista en cuidado crítico, magister en administración en salud y especialista en auditoría en salud, sobre la atención suministrada al señor Aníbal López Escobar, indicó:

PREGUNTADO: Indique cuanto le conste en relación con el fallecimiento del señor Aníbal López Escobar. CONTESTÓ: Yo participé en la atención del paciente en la unidad de cuidados intensivos, varios folios de la atención tienen la firma mía, el paciente nos llega del servicio de urgencias, el médico de urgencias le había hecho una trombolisis, después lo ve el doctor Edgar Castro que es un médico internista geriatra que analiza el caso y solicita la coronariografía y llega a la unidad en regulares condiciones, nosotros comenzamos un proceso de atención que terminó inicialmente en la compensación del paciente, lo trasladamos a la unidad de cuidado intermedio, ya él sufre una complicación médica, vuelve a la unidad donde fallece.

...

PREGUNTADO: El paciente tenía una orden desde el primer día que refiere la historia clínica, que requería aparte de lo de electrofisiología, requería de una arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis intracoronaria, stent sod, angioplastia coronaria trasluminal percutánea uno o dos vasos ¿esa vez que usted lo valoró el 3 de agosto, considera que era muy importante esos exámenes? *CONTESTÓ: Sí, el paciente llega indudablemente muy comprometido, el problema que nosotros tenemos con los pacientes que llegan a la unidad de cuidado intensivo, es que cuando uno no tiene la disponibilidad dentro del hospital de un electrofisiólogo o de un hemodinamista, transportar un paciente genera cierto riesgo, uno a veces lo puede asumir cuando el paciente está estable, por lo que veo aquí en las*

notas, las tensiones de él no eran las mejores, estaba muy soportado, tenía no solamente el soporte ventilatorio, sino que también tenía algunas drogas que le ayudaban a su corazón a latir de manera corriente, cuando eso se quita porque se mete en una ambulancia, se va la luz o no funciona bien, el paciente puede correr un riesgo vital, entonces nosotros pedimos esa evaluación en el momento en que consideremos que se puede transportar, que el paciente está en condiciones, regularmente lo hacemos, pero también depende de la disponibilidad que el asegurador nos genere..., no lo solemos hacer en pacientes intubados, no los mandamos por el riesgo que corre.

...

PREGUNTADO: En el trascurso de esta historia clínica que es desde el 1 de agosto hasta el 13 de agosto que falleció Aníbal ¿en qué momento de esos episodios que usted valoró al paciente y atendió, era propicio para trasladarlo a que recibiera el cateterismo y la valoración por electrofisiología? CONTESTÓ: Nosotros pedimos los exámenes, pero dependemos de la red de servicios de la entidad aseguradora, en este caso hubo un tiempo que era de la Dirección Territorial y otro tiempo que era de Salud Cóndor, si la red aseguradora nos dice “mi red de atención es esta” y lo puedo mandar allá, yo no puedo poner ese paciente en un sitio donde no le van a poder ofrecer el servicio, entonces nosotros esperamos, qué es lo que normalmente pasa, uno le dice al paciente que requiere tal procedimiento, uno espera un tiempo prudencial, si eso no ocurre, espera a los familiares y les dice, mire, este examen no ha sido posible, por favor haga una gestión, para que nosotros tengamos la seguridad de que va a ser atendido en un sitio correcto en el momento correcto y con los elementos correctos, porque de lo contrario estamos agregándole un riesgo al paciente, si yo no tengo esa indicación clara para donde lo voy a mandar, yo no me atrevo a mandar a un paciente. y era para que simplemente le hicieran el procedimiento y me lo devolvieran, él podía seguir siendo atendido por nosotros una vez le hubieran hecho la coronariografía y haber sido evaluado por electrofisiología, como lo hacemos cotidianamente.

...

PREGUNTADO: ¿En qué momento considera usted que el paciente se compensó y podía ser trasladado? CONTESTÓ: Cuando le dimos salida a cuidado intermedio, cuando el paciente se fue para cuidado intermedio ya estaba compensado, no requería la intervención de cuidado intensivo, como no tenía soportes respiratorios, ni cardiovascular, podía ser trasladado en ese momento a hacerle la coronariografía y la evaluación por electrofisiología.

...

PREGUNTADO: De conformidad con la historia clínica, al final de la misma, obra que este paciente tuvo un sangrado digestivo alto y adicionalmente una broncoaspiración, ¿de conformidad con toda la patología que este paciente tenía, cuál fue realmente la causa de la muerte? CONTESTÓ: La causa de la muerte es una complicación pulmonar, el paciente hace un sangrado digestivo porque fue un paciente sometido a estrés durante 12 días, nosotros hacemos una profilaxis gástrica que es una droga para que no aumente la secreción del ácido clorhídrico, tratando de evitar esto, pero a veces el estrés supera el manejo farmacológico, el paciente presentó hematemesis, que es vómito con sangre y ese vómito con sangre fue a dar al pulmón, ese hecho genera que la fibra muscular y de intercambio gaseoso del pulmón se comprometa, se irrite, al irritarse cambia la parte histológica del pulmón y cambia de un tejido elástico a un tejido fibroso, haciendo que el pulmón sea mucho más difícil ventilarlo., es este caso creemos que lo que terminó con la vida del paciente fue el compromiso pulmonar”.

- En declaración rendida por José Felipe Grajales Valencia, auditor médico, médico especialista en salud pública y especialista en salud, indicó:

“PREGUNTADO: Usted ha sido llamado para que no narre sobre lo que haya conocido o lo que sepa en relación con el fallecimiento del señor Aníbal López Escobar. CONTESTÓ: Yo soy el auditor médico del Hospital de Caldas, yo conocí del caso, no fui médico tratante, no tuve que ver con la atención del paciente, hago parte de todo el análisis del comité de conciliación que estaba en Servicios Especiales de Salud, en el cual se analizó el caso para determinar sobre las quejas o posibles fallas en la atención que hubo del paciente que mencionan acá en cuestión.

PREGUNTADO: ¿Cuál es el procedimiento para atender una urgencia vital de una persona que no tiene afiliación a una EPS? CONTESTÓ: Toda urgencia vital debe ser atendida en cualquier institución sin tener afiliación en ese momento, las autorizaciones que se generen para garantizar la continuidad de la atención del paciente las da el ente asegurador o la Dirección Territorial pero eso no media para la realización o seguir el manejo del paciente, yo no puedo dejar de prestar la atención de un paciente esperando un trámite administrativo.

PREGUNTADO: ¿Si se ordena por parte de los médicos tratantes de urgencias al paciente algún tipo tratamiento o de procedimiento que no se haga en el Hospital de Caldas, cuál es el procedimiento para realizarlo? CONTESTÓ: en el caso de cualquier paciente, siempre se hace de acuerdo a la orden que haga el médico tratante y si el examen no está dentro de la capacidad tecnológica que tenga la institución, inmediatamente se empieza a buscar en la red de servicios de la EPS aseguradora, si no la tiene se recurre a la ayuda o apoyo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas que tiene el centro regulador de urgencias y emergencias y también si en algún momento se puede con las otras instituciones si uno conoce que se tenga esa ayuda diagnóstica o ese examen diagnóstico, ya cuando uno puede tener la cita se media para pedir una autorización, porque muchas veces en los casos de los pacientes que no tienen ningún tipo de seguridad social, uno empieza a buscar en donde se cuenta con ese servicio para poderlo hacer, ya cuando dicen tengo una cita, tengo la disponibilidad para hacerlo, inmediatamente se empieza a hacer el trámite de todas la autorizaciones, las autorizaciones en el contexto de hacer un examen del paciente, muchas veces hasta la misma entidad que remite al paciente la solicita.

PREGUNTADO: En este caso tenemos a un paciente que ingresa el primero y fallece el 13 esperando un examen. ¿por qué esa mora? CONTESTÓ: Nosotros analizamos muy claramente desde la parte de auditoría médica y dentro del sistema de referencia y contrarreferencia, qué puede suceder en este caso en específico, es un paciente que llega con un infarto agudo al miocardio, instaurado, diagnosticado de acuerdo a las guías y protocolos, confirmado por unos exámenes que se tenían allí como un ecocardiograma, que requería además un examen de un cateterismo para mirar la estratificación o mirar que se tenía, eso no garantizaba que eso le iba a salvar o no la vida al paciente y lo segundo, es que el paciente no venía solamente con el infarto y no solamente necesitaba el cateterismo, sino que también tenía un trastorno, el cual se menciona como una arritmia, en el cual necesitaba una valoración por electrofisiología para determinar si requería otro manejo, el manejo de urgencias que se presenta en ese momento, no solamente era un infarto, sino también las complicaciones que eso lleva, entonces cuando se hace el trámite de un examen, se hace es para determinar qué gravedad y también establecer el pronóstico del paciente, no simplemente la intervención, porque en este caso el paciente puede que haya obtenido la cita o una autorización para un cateterismo, pero si el paciente en ese momento se encontraba en unas malas condiciones, ni siquiera podía ser sacado de una unidad

de cuidado intensivo para realizarle este examen. La disponibilidad que se encuentre del examen en la ciudad de Manizales, no se cuenta con 24 horas para la realización de un cateterismo, no se encuentra tampoco una disponibilidad de los especialistas en la ciudad de Manizales para tal fecha para la realización de tales exámenes y usted puede tener la autorización, pero la cita para un cateterismo lo daban por cita, a menos de que el paciente haya sido sacado o llegado en una urgencia directamente allá.

(...)

PREGUNTADO: Con base a lo analizado por auditoría médica respecto a la trazabilidad que se dio en este caso, ¿considera que los trámites que se realizaron por parte de Servicios Especiales estuvieron acordes a la disponibilidad que había de este servicio solicitado en otras instituciones?

CONTESTÓ: Sí, los trámites que se hacen son pedir las solicitudes de las citas, porque en ningún momento nosotros salimos en referencia y contrarreferencia con un paciente sin tener una cita, sin garantizar que le vamos a dar la continuidad de la atención a ese paciente, como salir en una ambulancia con él poniendo en riesgo la vida del paciente.

...

PREGUNTADO: ¿Así se hubieran realizado las respectivas asignaciones en cualquier otra entidad y se hubiera agendado al paciente, éste dada su condición clínica se podía trasladar de forma inmediata? CONTESTÓ: No, el paciente por eso fue trasladado a una unidad de cuidado intensivo, donde se le estaban vigilando los parámetros, como se puede ver en la historia clínica, el paciente fluctuó en diferentes momentos y se ponía inestable, por tal motivo, el paciente inmediatamente se hubiera asignado la cita, se debía concertar con el equipo médico tratante para definir si se podía trasladar en ese momento para realizarle el procedimiento.

PREGUNTADO: ¿pero el paciente también estuvo en cuidado intermedio, ahí qué situación hubiera ocurrido? CONTESTÓ: La misma situación, es un paciente que acaba de ser intubado y pasó a ser extubado, a habérsele probado apagar el marcapasos en ese momento, en esas siguientes horas, el paciente es más inestable por lo cual se deja en una unidad de cuidado intermedio, pues no se saca a hospitalización general, se debe cuidar, porque en las siguientes horas puede pasar a requerir nuevamente intubación o que le sea prendido nuevamente el marcapasos.

PREGUNTADO: ¿El paciente falleció a consecuencia del infarto que había presentado o por alguna otra complicación? RESPUESTA: Por las siguientes complicaciones, él tenía un trastorno de una arritmia que no se podía manejar, el paciente después de haber sido reanimado hizo un paro, él había sido extubado, ya se había apagado el marcapasos, se había entrado en unos ritmos que el paciente podía ir hacia una mejoría clínica, pero el paciente nuevamente presenta una alteración de su ritmo, se tiene que volver a prender el marcapasos, se tiene que intubar nuevamente y por tal motivo ya fallece.

...

PREGUNTADO: ¿De acuerdo a la trazabilidad que se hizo, considera que las órdenes que expidió la Territorial de Salud de Caldas se hicieron en tiempo oportuno? CONTESTÓ: Sí, porque cuando se solicitaron ellos inmediatamente valoraron al paciente de cómo se encontraba, en qué estado, y dieron unas órdenes, unas autorizaciones.

PREGUNTADO: ¿De acuerdo al sistema de referencia y contrarreferencia, teniendo en cuenta que el SES tenía a cargo a este paciente, la parte administrativa hizo todas las gestiones

necesarias y pertinentes para lograr atender al paciente siempre y cuando estuviera ya estable?
CONTESTÓ: *Si, desde la parte de referencia y contrarreferencia hay algo muy importante que dice que el paciente que se puede ubicar en la siguiente IPS, se ha hablado que si no se tiene la cita, no se puede salir, la garantía de tener la cita donde se garanticen los especialistas para que le hagan el procedimiento, eso va a favor de la continuidad en la atención del paciente.*

...

PREGUNTADO: *Dice Diacorsa que como en la orden no decía que se trataba de una urgencia vital, no lo atendieron de inmediato, que lo agendaron y para la fecha que iba a ser atendido ya había muerto, entonces ¿la responsabilidad de informar el carácter de prioritario o vital, o sea, la categorización de la urgencia, es del SES o de la Dirección Territorial de Salud?* CONTESTÓ: *La autorización como tal, sale de la Dirección Territorial de Salud de Caldas en la cual solamente se le está pidiendo el examen, en ningún momento se colocó si era prioritario o urgente, siempre se pide es la cita, si hubiera sido vital y si así lo hubiera afirmado el médico, se habría subido al paciente en ambulancia para allá, si no se hubiese programado.(...)*

- En declaración rendida por Juan José Bermúdez Echeverry, médico internista, cardiólogo y electro fisiólogo, administrador de servicios de salud, administrador público, indicó:

“PREGUNTADO: respecto de la urgencia vital de un paciente, ¿qué pasa si usted no estaba en ese momento para atender la urgencia? CONTESTÓ: *la única urgencia vital que hay en electrofisiología son los bloqueos AB completos, cuando tienen frecuencias por debajo de 30 o 40 por minuto y se hace con el implante de un marcapasos transitorio que es a través de una vena central, ya sea una yugular, femoral o subclavia, se pasa un electrodo, un cablecito que llega al corazón, se conecta a una fuente afuera para que quede a una frecuencia que requiera el paciente...*

...

PREGUNTADO: *Un paciente con las características de Aníbal López que requería una arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis coronaria stent sod, y angioplastia coronaria transluminal percutánea uno o dos vasos y valoración por electrofisiología, en cuanto tiempo debe de ser atendido?* CONTESTÓ: *La urgencia usted la soluciona con el implante de un marcapasos transitorio, ya eso se vuelve algo diferido algo electivo (hace referencia a la valoración por electrofisiología).*

...

PREGUNTADO: *¿La urgencia vital en electrofisiología consiste en implantar un marcapasos al paciente y esto se le hizo?* CONTESTÓ: *Eso fue lo que se le hizo al paciente y esa es la urgencia vital en electrofisiología...”*

- En declaración rendida por Johnnatan Alexander Giraldo, enfermero profesional, quien para la época de los hechos trabajaba en Diacorsa, se indicó:

“PREGUNTADO: Diga lo que le conste en relación con la atención a un paciente que ya falleció de nombre Aníbal López Escobar. CONTESTÓ: *El paciente fue un paciente que me comentaron el viernes 10 de agosto de 2012 por vía correo electrónico aproximadamente a las 3:40 de la tarde para solicitarme una cita de electrofisiología, desde el SES mandaron el comunicado con las autorizaciones... la autorización decía únicamente que necesitaba una valoración por electrofisiología, mandaron las autorizaciones por electrofisiología, la cual decía que era una valoración no prioritaria por electrofisiología. Se dio la cita para valoración por electrofisiología*

para los 8 días siguientes que venía el electrofisiólogo que asistía cada 8 días a la institución”.

- En declaración rendida por Carlos Hernán Estrada Valencia Gerente de la Clínica Avidanti sucursal Manizales, antes Diacorsa, se indicó:

“PREGUNTADO: Sírvase aclarar qué conoció del proceso. RESPUESTA: Vi unas autorizaciones, donde solicitaban dos autorizaciones expedidas por la Dirección Territorial, donde decía servicio, donde se encuentra actualmente el paciente y decían consulta externa, además de los datos del paciente y la información correspondiente al servicio.

PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no, si conoció la solicitud del servicio y si la pudo categorizar. RESPUESTA: Como lo dije, conocí esas solicitudes del servicio y averigüé internamente en la clínica, esas solicitudes fueron materializadas o las conoció la clínica el 10 de agosto del 2012, creo que esa fue la fecha si mi memoria no me falla y las autorizaciones una tenía fecha como del 3 y otra tenía fecha como del 7, pero realmente en la clínica se conocieron el 10.

PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no que el servicio de arteriografía prótesis intracoronaria, stent sod y angioplastia coronaria trasluminal percutánea uno o dos vasos y valoración por electrofisiología a persona que ha sufrido infarto agudo al miocardio, en este caso Aníbal López, se caracteriza como urgencia vital. RESPUESTA: No en todos los casos, nosotros tenemos un servicio que atiende urgencias cuando el servicio es urgente, que funciona 24 horas y entendemos urgencia, el paciente que demanda, lo vemos en ese servicio y llega puntualmente a requerirlo y una vez los médicos lo evalúan, son los que definen qué tan urgente es el servicio, en el caso de la arteriografía coronaria o el cateterismo, hay programación electiva y hay programación de urgencia, la urgencia la determina los médicos que atienden al paciente, si reúne una serie de condiciones para que tenga que ser urgencia y las condiciones físicas del paciente, se sopesa riesgo beneficio, hay pacientes que llegan en unas condiciones hemodinámicas muy comprometidas, donde inclusive puede ser mayor el riesgo de hacer el procedimiento en una etapa inmediata, entonces se sopesa y define, nosotros tenemos la opción de hacerlo de urgencia, pero también tenemos una programación electiva que es generalmente diagnóstica o de pacientes que han salido de un periodo que no cumple esos parámetros y entran en el proceso de programación electiva según lo especifique...

PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no, si en el caso de Aníbal López agendaron la cita para atenderlo. RESPUESTA: La cita se agendó y al paciente se le dio tratamiento electivo por varias razones, no hubo situación que nos permitiera identificar o nos resaltara que era una urgencia, al paciente no lo conocíamos en la clínica., entonces a la solicitud se le dio un tratamiento de electivo, y acabo de mencionar que las solicitudes que conocimos decían consulta externa, entonces el solo hecho de la anotación de consulta externa, lleva una connotación que excluye el manejo de urgencias, eso fue expedido en la Dirección Territorial y la fecha en que se le asignó la consulta mi memoria no me da hasta allá.

...

PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no que la atención a Aníbal López Escobar la habrían efectuado de haber sido urgencia vital de inmediato. CONTESTÓ: Si hubiésemos tenido un paciente en el servicio de urgencias, lo hubiésemos conocido, seguramente pudiesen haber

cambiado las decisiones y el momento de la atención, es posible, pero yo no puedo hablar de supuestos que no conocí.

PREGUNTADO: ¿Es posible que Diacorsa atienda de manera inmediata una urgencia vital sin necesidad de una cita previa o una agenda, sólo por el hecho de ser urgencia vital? CONTESTÓ: Sí, si es posible.

...

PREGUNTADO: ¿Es posible hacer una coronariografía en una consulta externa? CONTESTÓ: Para nosotros no es extraño que un paciente que estaba en una consulta externa le hagan una orden de una coronariografía, son muchos los casos..., esa situación no es infrecuente, una cosa muy distinta es que si en la consulta externa le pueden hacer un cateterismo, no, en la consulta externa no le pueden hacer cateterismo...".

2.4. Análisis del caso concreto

El daño consistente en que el señor Aníbal López Escobar falleció el 13 de agosto de 2012¹⁸ sin la que le fueran realizados la i) arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, ii) inserción o implante de prótesis intracoronaria stent; iii) angioplastia y iv) consulta o valoración por electrofisiología, no obstante haber sido ordenados por los médicos tratantes, no fue objeto de debate en el recurso de apelación. Por lo tanto, se verificará, a partir de los hechos probados, si este es imputable o no a las demandadas SES o a la DTSC.

2.4.1. Imputación del daño a Servicios Especiales de Salud – SES – Hospital Universitario de Caldas

Señala la sentencia apelada que, el daño es imputable a esta entidad, por cuanto no se observa que la actividad administrativa desplegada estuviera dirigida en grado suficiente a lograr la realización de lo ordenado por los galenos, en otros centros de salud que sí contaran con los servicios requeridos por el paciente, los cuales eran urgentes dado su estado de salud.

Al respecto SES en su apelación afirma que, -la actividad administrativa sí estuvo encaminada a lograr la realización de lo ordenado por el cuerpo médico en otros centros de salud que si contaran con los servicios requeridos por el paciente y explico qué: el despacho dejó de analizar, que las autorizaciones iniciales estaban dirigidas y encaminadas a la red pública como lo era el Hospital Santa Sofía desde el mismo 3 de agosto y que luego tuvieron que ser cambiadas por la DTSC a solicitud del Defensor del Pueblo; - que además dejó de analizar las bitácoras de solicitud de cateterismo cardíaco y valoración por electrofisiología realizadas ante el Hospital Departamental Santa Sofía y a la Clínica Diacorsa S.A. - Que el paciente mientras estuvo los 13 días en el SES no se podía transportar a sitio diferente. - Que el cateterismo ya había sido reemplazado por la parte medica de SES con medicamentos y marcapasos y el examen de electrofisiología era un examen diagnóstico que no significaba salvarle la vida. - Que así el paciente hubiese sido trasladado a Diacorsa igual no tenían disponible al electrofisiólogo ni al hemodinamista y solo sería agendado para una valoración posterior. Que no tiene ningún sentido que en la sentencia se manifieste que SES hizo todo lo

¹⁸ El fallecimiento se encuentra acreditado con el Registro civil de defunción del señor Aníbal López Escobar (f. 45 C.1). La existencia del daño no es objeto de debate por las partes en esta instancia.

medicamento posible y lo condene por falta de gestión administrativa. – Que en ningún momento el proceso de autorizaciones fue trasladado a los familiares del paciente como erróneamente lo concluyó el despacho. – Que el paciente no falleció por causa de la patología presentada y que generó las autorizaciones ya descritas, esto es la arritmia cardiaca generada por el infarto al miocardio, sino que correspondió a un proceso de hemorragia digestiva alta y posterior bronco aspiración que no poseen relación alguna con la patología de base.

La parte demandante frente al recurso de apelación del SES señaló en síntesis que, no estaba de acuerdo con lo afirmado sobre que, la víctima no requería los procedimientos médicos ordenados y que el cateterismo fue reemplazado por un marcapasos; que de los testimonios científicos se demostró que las medidas se tomaron para que el paciente soportara la paquidermia administrativa de las instituciones en lograr los referidos procedimientos.

La Sala, frente a los reparos expuestos por el SES en su apelación, de acuerdo a la historia clínica, frente a los exámenes y procedimientos ordenados por los galenos, encuentra que, el 1º de agosto de 2012 a las 3:54 el médico que valoró al señor Aníbal López Escobar, ordenó realizar: i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria stent* y iii) *angioplastia* – “REQUIERE INTERVENCIÓN PERCUTANEA URGENTE DE RESCATE”¹⁹. A las 07:07 p.m., se registra: “PENDIENTE CORONOGRAMA Y COLOCACION STN URGENTE”... “PENDIENTE CATETERISMO CARDIACOS COMO URGENCIA VITAL”²⁰.

Igualmente en notas de los días 3 a 10 de agosto se registra que, se encuentra pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología. El 11 de agosto de 2012, se registra que está pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología y expresamente se indica: “INSISTIR CON LA EPS, DADO QUE ES UN URGENCIA”²¹.

El 12 de agosto de 2012, se registra a las 05:07 p.m., paciente con shock cardiogénico, se ha venido estabilizando continúa con infusión de tres vasoactivos, que el paciente se encuentra en delicadas condiciones generales; a las 10:47 p.m., paciente con evolución tórpida, muy soportado, con vasopresores dosis altas, malas condiciones, afebril, estuporoso; se inicia antibiótico. El 13 de agosto de 2012, se registra que el paciente fallece a las 1:10.²²

De acuerdo a lo anterior se observa que, el 1º de agosto de 2012 se ordenaron unos procedimientos, en las notas médicas del 3 al 11 de agosto se registró que se encontraba pendiente la realización de un cateterismo y valoración por electrofisiología y el paciente fallece el 13 de agosto de 2012, sin que le fueran realizados dichos procedimientos.

Ahora, en cuanto a **los trámites administrativos que se surtieron por SES para lograr la realización de los procedimientos** referidos, se tiene que, el artículo 120 del Decreto - Ley 019 de 2012, señala que, tratándose de la atención ambulatoria, con internación, domiciliaria, de urgencias e inicial de urgencias, el trámite de autorización para la prestación de servicios de salud lo efectuará de manera directa la Institución Prestadora de Servicios de Salud - IPS,

¹⁹ FL. 53 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

²⁰ FL. 59 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

²¹ FL. 144 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

²² FL. 160 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

ante la Entidad Promotora de Salud – EPS.

Por su parte, el Decreto 4747 de 2007²³ señala que, es función de los prestadores de servicios de salud informar a las entidades responsables de pago, en este caso, la DTSC los servicios cuya autorización se requiere, en los formatos establecido; en cuanto a la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias señala:

*“Artículo 13. Solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias. Si para la prestación de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, las entidades responsables del pago de servicios de salud han establecido como requisito una autorización particular, una vez realizada la atención inicial de urgencias, **el prestador de servicios de salud deberá informar a la entidad responsable del pago, la necesidad de prestar el servicio cuya autorización se requiere, utilizando para ello el formato y siguiendo los procedimientos y términos definidos por el Ministerio de la Protección Social, para el efecto. Este proceso no podrá ser trasladado al paciente o a su acudiente y es de responsabilidad exclusiva del prestador de servicios de salud**”.* (Se resalta)

En cuanto a la solicitud de servicios electivos, el referido decreto señala:

*Artículo 15. Solicitud de servicios electivos. Si para la realización de servicios de carácter electivo, ambulatorios u hospitalarios, las entidades responsables del pago de servicios de salud tienen establecido como requisito la autorización, ésta **será diligenciada por el prestador de servicios de salud con destino a la entidad responsable del pago, en el formato de solicitud y con los mecanismos definidos por el Ministerio de la Protección Social.*** (Se resalta)

La Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008 del Ministro de la Protección Social, “Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007”, en cuanto a la solicitud de autorizaciones de servicios, señala:

***Artículo 3. Formato y procedimiento para el informe de la atención inicial de urgencias.** El informe de la atención inicial de urgencias de que trata el artículo 12 del Decreto 4747 de 2007 adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 2 que hace parte integral de la presente resolución.*

El envío del informe a la entidad responsable del pago se realizará dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al inicio de la atención, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 del Decreto 3990 de 2007 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

...

Parágrafo 2. Si durante las 24 horas siguientes al inicio de la atención inicial de urgencias el prestador de servicios solicita autorización de servicios de salud posteriores a dicha atención, no será necesario el envío del informe de la atención inicial de urgencias y solamente se enviará el formato de solicitud de autorización de servicios definido en el Anexo Técnico No. 3 que hace

²³ Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.

parte integral de la presente resolución.

Artículo 4. Formato y procedimiento para la solicitud de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias. Si para la realización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, en el acuerdo de voluntades se tiene establecido como requisito la autorización, se adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 3 que hace parte integral de la presente resolución.

La solicitud de autorización para continuar la atención, una vez superada la atención inicial de urgencias, se realizará dentro de las cuatro (4) horas siguientes a la terminación de dicha atención. En caso que se requieran servicios adicionales a la primera autorización en el servicio de urgencias o internación, la solicitud de autorización se deberá enviar antes del vencimiento de la autorización vigente, o a más tardar dentro de las doce (12) horas siguientes a su terminación.

En caso de que luego de tres (3) intentos de envío debidamente soportados a los medios de recepción de información establecidos en el artículo 10 de la presente resolución, en un período no menor de cuatro (4) horas, con intervalos entre cada intento no menor a media hora, el prestador de servicios de salud no logre comunicación con la entidad responsable del pago, deberá remitir la solicitud de autorización por correo electrónico como imagen adjunta o vía fax a la dirección territorial de salud en la cual opere el prestador de servicios de salud, así: los ubicados en municipios categoría especial, primera categoría y segunda categoría, lo enviarán a su respectiva dirección municipal de salud, los ubicados en distritos lo enviarán a la dirección distrital de salud y los ubicados en los demás municipios deberán enviarlo a la dirección departamental de salud.

...

Parágrafo 1. La responsabilidad de los datos registrados en la solicitud de autorización de servicios es del prestador de servicios de salud solicitante, los cuales serán tomados de la historia clínica que haya sido diligenciada por el médico tratante.

...

Parágrafo 3. En caso de que el paciente requiera para su atención remisión a otro prestador, el prestador de servicios de salud deberá emplear el formato y seguir el procedimiento establecido en este artículo. Una vez definido el prestador receptor, el prestador remitente deberá diligenciar y enviar al prestador receptor la nota de remisión con la información clínica del paciente". (Se resalta)

...

Artículo 5. Formato y procedimiento para la respuesta de autorización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias y en el caso de autorización adicional. Si para la realización de servicios posteriores a la atención inicial de urgencias, en el acuerdo de voluntades se tiene establecido como requisito la autorización para su respuesta, se adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 4 que hace parte integral de la presente resolución.

...

5. En caso de que la solicitud implique la remisión a otro prestador y no se obtenga respuesta por parte de la entidad responsable del pago, el prestador de servicios de salud deberá informar al Centro Regulador de Urgencias, emergencias y desastres - CRUE de la dirección territorial respectiva, o a la dirección territorial en el caso que

no exista CRUE, quien definirá el prestador a donde debe remitirse el paciente. La entidad responsable del pago deberá cancelar el valor de la atención a la entidad receptora en los términos definidos en el acuerdo de voluntades y en el caso de no existir éste, en las normas vigentes sobre la materia y no podrá devolver la factura o glosarla con el argumento de tratarse de un servicio no autorizado...”.

Artículo 6. Formato y procedimiento para la solicitud de autorización de servicios electivos. *Si en el acuerdo de voluntades se tiene establecido como requisito la autorización para la realización de servicios de carácter electivo, sean éstos ambulatorios u hospitalarios, el prestador de servicios de salud deberá adoptar el formato definido en el Anexo Técnico No. 3 que hace parte integral de la presente resolución, el cual podrá ser enviado por el usuario a la entidad responsable del pago por correo electrónico como imagen adjunta o fax, o presentarlo directamente en los puntos de atención de que disponga la entidad responsable del pago.*

En el caso de que a juicio del profesional tratante, el servicio requerido sea de carácter prioritario, la solicitud deberá ser remitida por la institución prestadora de servicios a la entidad responsable del pago. (...).

Se destaca que, en el referido anexo técnico número 3, que debe ser diligenciado por la entidad que solicita la autorización del servicio, debe indicarse: **Tipo de servicios solicitados** Marque con una “X” la opción correspondiente, si el servicio requerido es posterior a la atención inicial de urgencias, o si se trata de un servicio electivo. **Prioridad de la autorización** “De tratarse de un servicio electivo, indique si a juicio del profesional tratante, el servicio requerido es de carácter prioritario”.

En el caso concreto se tiene que, frente a la solicitud de autorización de los procedimientos ordenados por los médicos tratantes, no fueron allegados los formatos, a pesar de ser requeridos por el *a quo*²⁴, solo se allegó la **bitácora de la solicitud de cateterismo cardíaco**²⁵ presentada por el SES en la que se indica que, el 3 de agosto de 2012 se solicitó el servicio con una prioridad alta, y se describe:

“PACIENTE ANIBAL LOPEZ ESCOBAR C.C. 4337315, SE ENVIA SOLICITUD A LA TERRITORIAL CON CARTA DE INDIGENCIA DADO A QUE EL PACIENTE NO TIENE SEGURIDAD SOCIAL, JUAN TRAE DE VUELTA EL PAQUETE PORQUE NO LO ACEPTARON, QUE DEBEMOS CONSEGUIRLE UN REGIMEN SUBSIDIADO Y QUE LO INCLUYAN EN EL CENSADO DE LA ALCALDIA DE MANIZALES, EN LA TARDE SE COMUNICA MARY LOPEZ PARA INFORMAR QUE NOSOTROS ENVIAMOS MAL LOS PAPELES Y QUE ELLA ESPERA HASTA LAS 6 PM QUE LOS MANDEMOS NUEVAMENTE, SE ENVIAN Y AUTORIZAN PARA SANTA SOFIA CON EL CODIGO 315013 PERO NO LO PUEDE IMPRIMIR PORQUE NO HAY PAGINA Y ACA TAMPOCO SE DEJA IMPRIMIR, QUEDAMOS PENDIENTES PARA EL LUNES A PRIMERA HORA PEDIR LA CITA EN SANTA SOFIA PUES DICE ANDRES QUE NO HAY YA DISPONIBILIDAD DE UNA CITA HOY VIERNES PTE.

²⁴ Fl. 67 Oficio 157 de 9 de marzo de 2017. Archivo expediente digital_2014-00495 RD CNO 1C

²⁵ Fl. 6 a 9 del cuaderno 2 - Pruebas de la parte demandante o FL. 13-18 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO2 PRUEBAS DTE

10/08/2012. LA FAMILIA TRAE AUTORIZACION PARA DIACORSA Y COLOCAN TUTELA, CONFIRMO CON JHONATAN Y EL DICE QUE NO HAY CONTRATO PERO QUE ES UN CASO ESPECIAL QUE LE ENVIE SOPORTES POR CORREO PARA EL CUADRAR CITA, SE ENVIA. 10/08/2012 LA FAMILIA TRAE AUTORIZACIÓN PARA DIACORSA Y COLOCAN TUTELA CONFIRMO CON JHONATAN Y EL DICE QUE NO HAY CONTRATO PERO QUE ES UN CASO ESPECIAL QUE LE ENVIE SOPORTES POR CORREO PARA EL CUADRAR CITA, SE ENVÍA(sic) 13/08/2012. EL FIN DE SEMANA NO HAY RESPUESTA DE PARTE DE DIACORSA. EL PACIENTE FALLECE. SE CIERRA EL CASO". (Se resalta)

También se allegó la **bitácora de la solicitud valoración por electrofisiología**²⁶ presentada por el SES en la que se indica que, el 3 de agosto de 2012 solicitó el servicio con una prioridad alta, se describe:

PACIENTE ANIBAL LOPEZ ESCOBAR C.C. 4337315, SE ENVIA SOLICITUD A LA TERRITORIAL, pero no dan la autorización aun. Pte. 10/08/2012. LLEGA AUTORIZACION PARA SANTA SOFIA PERO ANDRES DICE QUE NO HAY CITAS HASTA LA OTRA SEMANA, DE IGUAL FORMA SE PASA EL FAX ANDRES. PTE. 10/08/2012. LA FAMILIA TRAE AUTORIZACIÓN PARA DIACORSA Y COLOCAN TUTELA CONFIRMO CON JHONATAN Y EL DICE QUE NO HAY CONTRATO PERO QUE ES UN CASO ESPECIAL QUE LE ENVIE SOPORTES POR CORREO PARA EL CUADRAR CITA, SE ENVÍA 10/08/2012. EL FIN DE SEMANA NO HAY RESPUESTA DE PARTE DE DIACORSA. EL PACIENTE FALLECE. SE CIERRA EL CASO.

Ahora, en cuanto a la respuesta a la solicitud de autorización de servicios, para la realización de i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend sod)* y iii) *angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*²⁷ la DTSC emitió la autorización 0315013 del **3 de agosto de 2012** a las 05:03:29 horas, como **"servicios electivos", "No Prioritaria", "Consulta externa"** y en las observaciones se anotó lo siguiente:

"PRESENTA CARTA DE SECRETARÍA DE SALUD MANIZALES NIVEL N - VALIDADO EN CONDICIÓN DE INDIGENCIA - SE AUTORIZA CATETERISMO PARA DX DE LA SOLICITUD/ SEGÚN TARIFA PACTADA PARA CONTRATO ACTUAL - SUJETO AUDITORIA MEDICA de la DTSC - VISTO BUENO MARTA INES RESTREPO - RÉGIMEN SUBSIDIADO - DR. CARLOS GUTIERREZ AUDITORIA MEDICA - DR HOYOS - EN DIACORSA SE HABLÓ CON LIDER AUTORIZACIONES HOSPITALARIAS DR. ALEJANDRO PUENTES".

Lo anterior permite evidenciar que, SES solicitó a la DTSC la autorización para los servicios de i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend sod)* y iii) *angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*, antes del 3 de agosto de 2012, y que la DTSC emitió la autorización, en esa fecha como **"servicios electivos"** y como **"No Prioritaria"**.

²⁶ Fl. 17 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO2 PRUEBAS DTE.

²⁷ FL. 11 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO2 PRUEBAS DTE

En cuanto a la consulta por electrofisiología, se tiene que, la DTSC emitió la autorización 0315272 del **8 de agosto de 2012** a las 04:29:02 horas, para la realización como *“CONSULTA AMBULATORIA DE MEDICINA ESPECIALIZADA – ELECTROFISIOLOGIA”* como *“servicios electivos”, “No Prioritaria”, “Consulta externa”* y en las observaciones se anotó:

“PRESENTA CARTA DE SECRETARÍA DE SALUD MANIZALES NIVEL N - VALIDADO EN CONDICIÓN DE INDIGENCIA - SE AUTORIZA CATETERISMO PARA DX DE LA SOLICITUD/ SEGÚN TARIFA PACTADA PARA CONTRATO ACTUAL - SUJETO AUDITORIA MEDICA de la DTSC - VISTO BUENO MARTA INES RESTREPO - REGIMEN SUBSIDIADO - DR. CARLOS GUTIERREZ AUDITORIA MEDICA - DR HOYOS - EN DIACORSA SE HABLÓ CON LIDER AUTORIZACIONES HOSPITALARIAS DR. ALEJANDRO PUENTES”.

Lo anterior, permite evidenciar que, SES solicitó a la DTSC la autorización para el servicio de consulta especializada – electrofisiología, antes del 8 de agosto de 2012, y que la DTSC emitió la autorización, en esa fecha como *“servicios electivos”* y como *“No Prioritaria”*.

En cuanto al envío de estas autorizaciones se tiene que, inicialmente fueron dirigidas al Hospital Santa Sofia, de acuerdo a las bitácoras elaboradas por SES, la autorización referente al cateterismo quedó pendiente para pedir la cita el lunes 6 de agosto a primera hora y la autorización de la consulta por electrofisiología, solo se indicó que *“ANDRÉS DICE QUE NO HAY CITAS HASTA LA OTRA SEMANA, DE IGUAL FORMA SE PASA EL FAX”*. Posteriormente las autorizaciones fueron dirigidas a Diacora S.A.

Si bien se menciona en los formato de autorización que se habló en Diacorsa con el Líder de Autorizaciones Hospitalarias de esta entidad, únicamente obra constancia de envío por fax, del 10 de agosto de 2012²⁸; lo cual es confirmado por esa entidad mediante Oficio CAM-JUR-588-2017 de octubre 14 de 2017. Igualmente SES remitió correo electrónico a Diacorsa el 10 de agosto de 2012²⁹ indicando que: *“...el paciente requiere de esto muy urgente”*.

Además, en el correo electrónico enviado por Soley Pava de la DTSC con fecha 10 de agosto de 2012 a Bibiana Castro de Servicios Especiales de Salud³⁰ se informa:

“De acuerdo a conversación telefónica en horas de la mañana solicité el diagnóstico, manejo y procedimientos pendientes del paciente ANIBAL LOPEZ ESCOBAR. Ya que solicitaron a Dirección Territorial valoración electrofisiológica y posible cateterismo cardiaco, por lo cual se solicitó al Instituto del Corazón a prestar este servicio, ante lo cual responden que prestarán dicho servicio el próximo jueves o viernes 16-17 de agosto por agenda llena, nuestra institución por aval genera autorización N° 315272 para valoración electrofisiológica y la N° 315013 para posible cateterismo. Si la situación es de urgencia vital le corresponde a su entidad (Servicios Especiales de Salud) a prestar el servicio en forma integral y posteriormente realizar los recobros a la entidad correspondiente”. (Se resalta)

²⁸ F. 41, 42 C 1

²⁹ F. 318 C 1 A

³⁰ F. 39 C. 1

Además, el testigo **Carlos Hernán Estrada Valencia** Gerente de la Clínica Avidanti sucursal Manizales antes Diacorsa, señaló: *“conocí esas solicitudes del servicio y averigüé internamente en la clínica, esas solicitudes fueron materializadas o las conoció la clínica el 10 de agosto del 2012, creo que esa fue la fecha si mi memoria no me falla y las autorizaciones una tenía fecha como del 3 y otra tenía fecha como del 7, pero realmente en la clínica se conocieron el 10”. “La cita se agendó y al paciente se le dio tratamiento electivo por varias razones, no hubo situación que nos permitiera identificar o nos resaltara que era una urgencia, al paciente no lo conocíamos en la clínica., entonces a la solicitud se le dio un tratamiento de electivo, y acabo de mencionar que las solicitudes que conocimos decían consulta externa, entonces el solo hecho de la anotación de consulta externa, lleva una connotación que excluye el manejo de urgencias, eso fue expedido en la Dirección Territorial y la fecha en que se le asignó la consulta mi memoria no me da hasta allá”.*

De lo anteriormente descrito se evidencia que, el SES no le indicó a la DTSC que los servicios cuya autorización solicitaba correspondían a una urgencia. Se reitera que, de conformidad con el Decreto 4747 de 2007 y la Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008 del Ministro de la Protección Social, era deber de la entidad que solicita la autorización, indicar el tipo de servicio: *“si el servicio requerido es posterior a la atención inicial de urgencias, o si se trata de un servicio electivo”* y la prioridad de la autorización: *“De tratarse de un servicio electivo, indique si a juicio del profesional tratante, el servicio requerido es de carácter prioritario”.*

Por otra parte, las pruebas tampoco permiten afirmar que, el SES adelantó alguna otra gestión administrativa ante la red pública de prestadores, para la realización de los procedimientos y exámenes ordenados por los médicos y que tenían el carácter de urgentes.

En cuanto a la obligación del SES de realizar dichas gestiones, el artículo 3º del Decreto 4747 de 2007³¹ define el sistema de referencia y contrarreferencia y establece que, el prestador del servicio de salud, en caso de urgencia, es el encargado de remitir al paciente a otro prestador para la atención o complementación diagnóstica, así:

“Conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicos y administrativos que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago.

La referencia es el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud, a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, de respuesta a las necesidades de salud.

La contrarreferencia es la respuesta que el prestador de servicios de salud receptor de la referencia, da al prestador que remitió. La respuesta puede ser la contrarremisión del paciente con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención prestada al paciente en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica”. (Se

³¹ Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones

resalta)

Por su parte, el Acuerdo 029 de 2011³² de la Comisión de Regulación en Salud, vigente para la época de los hechos, sobre la responsabilidad de remisión del paciente por parte de la prestadora de servicios de salud cuando no cuente con la tecnología necesaria, señala:

“ARTÍCULO 21. ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS. La cobertura de atención inicial de urgencias es obligatoria y su pago está a cargo de la Entidad Promotora de Salud cuando se trata de sus afiliados y la prestación oportuna es responsabilidad del prestador de servicios de salud al que el paciente demande el servicio, incluyendo la apropiada remisión cuando no cuente con las tecnologías necesarias para el caso.

PARÁGRAFO. La atención subsiguiente, que pueda ser diferida, postergada o programada, será cubierta por la Entidad Promotora de Salud en su red adscrita, conforme a lo establecido en el presente Acuerdo y a la definición y contenidos del Plan Obligatorio de Salud”. (Se resalta)

Así, como lo señaló el *a quo*, si bien la entidad pagadora, en este caso, la DTSC o la EPS Condor tenían la obligación de gestionar su red de prestadores, el SES como entidad prestadora de servicios de salud, ante la situación de urgencia que presentaba el paciente, tenía la obligación de realizar las gestiones necesarias ante otros centros de salud que contaran con los servicios requeridos por el paciente.

Al respecto, en la historia clínica si bien se indicó que, se encontraba pendiente la realización del cateterismo y la valoración por electrofisiología, ni en ella, ni en los formatos de autorizaciones y las bitácoras de las solicitudes de servicio se hace referencia a las gestiones realizadas antes del 10 de agosto de 2012 para la remisión del paciente a Diacorsa S.A., o ante otros centros de salud que contaran con los servicios requeridos.

Sobre las gestiones de remisión del paciente, el testigo José Felipe Grajales Valencia, auditor médico de Servicios Especiales de Salud, indicó que, cuando un médico de la institución ordena un examen que no se encuentra dentro de la capacidad de la entidad, inmediatamente se empieza a buscar en la red de servicios de la EPS o si no, se acude a la DTSC para que se ayude con la gestión a través del CRUE. También expuso que se agotan los recursos con las IPS que se conoce cuentan con los servicios requeridos y que una vez se logra la consecución de la cita se media con la EPS o DTSC la autorización del servicio deprecado.

Frente al caso concreto del señor Aníbal, el testigo no brindó una respuesta concreta que permitiera determinar que efectivamente ESE realizó las gestiones administrativas para la remisión del paciente a una institución en que se le pudieran suministrar los servicios requeridos. Cuando se le pregunto si *¿la responsabilidad de informar el carácter de prioritario o vital, o sea, la categorización de la urgencia, es del SES o de la Dirección Territorial de Salud?* Contestó: *“La autorización como tal, sale de la Dirección Territorial de Salud de Caldas en la cual solamente se le está pidiendo el examen, en ningún momento se colocó si era prioritario o urgente, siempre se pide es la cita, si hubiera sido vital y si así lo hubiera afirmado el médico, se habría subido al*

³² Por el cual se sustituye el acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)

paciente en ambulancia para allá, si no se hubiese programado.(...)

Al preguntarse a los médicos tratantes que rendieron declaración, sobre la referencia y contrarreferencia del paciente, fueron claros en indicar que ellos simplemente daban las órdenes médicas y que es desde la parte administrativa del SES desde donde se encargan de gestionar los traslados que sean pertinentes.

Ahora, el hecho que, por la gestión de la hermana del paciente y a través de solicitud la Defensoría del Pueblo del 9 de agosto 2012 dirigido a la DTSC se cambiaron las autorizaciones, no justifica la falta de actividad administrativa del SES dirigida en grado suficiente a lograr la realización de lo ordenado por los galenos en otros centros de salud que sí contaran con los servicios requeridos por el paciente, los cuales eran urgentes dado su estado de salud.

En cuanto al argumento de la apelación consistente en que, el paciente no se podía trasladar a otra institución para la realización de los procedimientos ordenados, la Sala observa en la historia clínica que, el señor Aníbal López Escobar, si bien estuvo en la Unidad de Cuidados Intensivos -UCI desde el 1 de agosto de 2012, el 4 de agosto de 2012 logró ser extubado y ser trasladado a la Unidad de Cuidados Intermedios -UCIN, donde permaneció hasta el 11 de agosto de 2012, lo que permite inferir que, a partir del 4 de agosto de 2021, no exista impedimento para trasladar o remitir al paciente.

Al respecto, el testigo Arlex Duque Arias, médico y cirujano, con entrenamiento en cuidado crítico, señaló que, al paciente *“le habían realizado intubación orotraqueal, requería soporte ventilatorio, requería soporte vasopresor, se inició el manejo, a los 2 días se logró retirar los soportes y se logró retirar la ventilación mecánica y al tercer día el paciente ya se había estabilizado, seguía en espera del cateterismo, más la angioplastia, más la opción de stent si se requería, que fueron ordenados desde el primer día, solicitados como urgencia vital, el paciente estuvo en el servicio aproximadamente 11 días, el día 11 se traslada a la unidad de cuidado intermedio”*.

En cuanto a la posibilidad de traslado del paciente para la realización de los procedimientos ordenados, señaló que: *“el paciente dentro de su hospitalización empezó a presentar la complicación en el servicio de urgencias y por eso fue llevado a la unidad, era un paciente que no permitía un traslado a otra institución por la inestabilidad eléctrica y hemodinámica, siendo un paciente que no se pudo mover a ningún otro sitio en esas condiciones porque corre uno el riesgo de que presente una complicación en el traslado y fallecer”*; sobre si existía la posibilidad de autorizar el traslado del paciente en una ambulancia medicalizada contestó: *“No, el paciente estaba en un riesgo muy alto, el paciente hizo paro en urgencias, y si el paciente hace paro en la ambulancia, las posibilidades de muerte son altísimas, reanimar un paciente en una ambulancia es sumamente complejo”*.

No obstante lo señalado por el testigo, de acuerdo a la historia clínica se tiene que, el paciente a partir del cuarto día fue estabilizado y paso a la unidad de cuidados intermedios y no al día once como erradamente lo señaló el testigo, esto es, que el paciente estuvo en la unidad de cuidados intermedios del 4 al 11 de agosto de 2021; además, al preguntársele sobre lo que hubieran hecho en el caso de que la DTSC o quien fuere competente hubiese dicho que consiguieron la cita para el cateterismo urgente, contestó: *“ahí si valía la pena correr el riesgo de*

trasladar al paciente, como en este caso no teníamos la cita, ni la posibilidad de hacerle, no se justificaba trasladarlo por sí de pronto”.

El testigo Enrique Augusto Ramírez Latorre, médico especialista en cuidado crítico, magister en administración en salud y especialista en auditoría en salud, indicó: *“Sí, el paciente llega indudablemente muy comprometido, el problema que nosotros tenemos con los pacientes que llegan a la unidad de cuidado intensivo, es que cuando uno no tiene la disponibilidad dentro del hospital de un electrofisiólogo o de un hemodinamista, transportar un paciente genera cierto riesgo, uno a veces lo puede asumir cuando el paciente está estable, por lo que veo aquí en las notas, las tensiones de él no eran las mejores, estaba muy soportado, tenía no solamente el soporte ventilatorio, sino que también tenía algunas drogas que le ayudaban a su corazón a latir de manera corriente, cuando eso se quita porque se mete en una ambulancia, se va la luz o no funciona bien, el paciente puede correr un riesgo vital, entonces nosotros pedimos esa evaluación en el momento en que consideremos que se puede transportar, que el paciente está en condiciones, regularmente lo hacemos, pero también depende de la disponibilidad que el asegurador nos genere..., no lo solemos hacer en pacientes intubados, no los mandamos por el riesgo que corre”.*

Cuando se le preguntó: *¿En qué momento considera usted que el paciente se compensó y podía ser trasladado?* contestó: ***“Cuando le dimos salida a cuidado intermedio, cuando el paciente se fue para cuidado intermedio ya estaba compensado, no requería la intervención de cuidado intensivo, como no tenía soportes respiratorios, ni cardiovascular, podía ser trasladado en ese momento a hacerle la coronariografía y la evaluación por electrofisiología”.***

El testigo José Felipe Grajales Valencia, auditor médico, médico especialista en salud pública y especialista en salud, si bien hizo referencia a las contraindicaciones para el traslado del paciente, preciso que, no fue el *“médico tratante, no tuve que ver con la atención del paciente, hago parte de todo el análisis del comité de conciliación que estaba en Servicios Especiales de Salud, en el cual se analizó el caso para determinar sobre las quejas o posibles fallas en la atención que hubo del paciente que mencionan acá en cuestión”.*

De acuerdo a lo anterior es claro que, el paciente sí podía ser trasladado a otra institución para la prestación de los servicios ordenados, con las medidas preventivas del caso, y con un menor riesgo a partir del 4 de agosto de 2012, día en que el paciente logró ser extubado y ser trasladado a la Unidad de Cuidados Intermedios -UCIN; por lo tanto, el argumento de la entidad apelante no prospera.

El argumento del apelante referente a que, así el paciente hubiese sido trasladado a Diacorsa igual no tenían disponible al electrofisiólogo ni al hemodinamista y solo sería agendado para una valoración posterior; no es de recibo, toda vez que, de conformidad con el citado artículo 21 del Acuerdo 029 de 2011³³ de la Comisión de Regulación en Salud, el SES como entidad prestadora de servicios de salud, ante la situación de **urgencia** que presentaba el paciente, tenía la obligación de realizar las gestiones necesarias ante otros centros de salud que contaran con los servicios requeridos por el paciente; por lo que, si Diacorsa no tenía disponible al electrofisiólogo ni al hemodinamista debía realizar las gestiones ante cualquier

³³ Por el cual se sustituye el acuerdo 028 de 2011 que defina, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)

otro prestador de servicios de salud que contara con las tecnologías necesarias para el caso.

Además, el testigo Carlos Hernán Estrada Valencia Gerente de la Clínica Avidanti sucursal Manizales antes Diacorsa, al ser interrogado sobre si el servicio de arteriografía prótesis intracoronaria, stent sod y angioplastia coronaria trasluminar percutánea uno o dos vasos y valoración por electrofisiología a persona que ha sufrido infarto agudo al miocardio, en este caso Aníbal López, se caracteriza como urgencia vital, contestó: *“No en todos los casos, nosotros tenemos un servicio que atiende urgencias cuando el servicio es urgente, que funciona 24 horas y entendemos urgencia, el paciente que demanda, lo vemos en ese servicio y llega puntualmente a requerirlo y una vez los médicos lo evalúan, son los que definen qué tan urgente es el servicio, en el caso de la arteriografía coronaria o el cateterismo, hay programación electiva y **hay programación de urgencia**, la urgencia la determina los médicos que atienden al paciente, si reúne una serie de condiciones para que tenga que ser urgencia y las condiciones físicas del paciente, se sopesa riesgo beneficio...”*.

En cuanto al agendamiento de la cita del señor Abel López, indicó: *“La cita se agendó y al paciente se le dio tratamiento **electivo** por varias razones, **no hubo situación que nos permitiera identificar o nos resaltara que era una urgencia**, al paciente no lo conocíamos en la clínica, entonces a la solicitud se le dio un tratamiento de electivo, y acabo de mencionar que las solicitudes que conocimos decían consulta externa, entonces el solo hecho de la anotación de consulta externa, lleva una connotación que excluye el manejo de urgencias, eso fue expedido en la Dirección Territorial y la fecha en que se le asignó la consulta mi memoria no me da hasta allá”*.

En cuanto a si la atención a Aníbal López Escobar la habrían efectuado de haber sido urgencia vital de inmediato, contestó: *“Si hubiésemos tenido un paciente en el servicio de urgencias, lo hubiésemos conocido, **seguramente pudiesen haber cambiado las decisiones y el momento de la atención**, es posible, pero yo no puedo hablar de supuestos que no conocí”*.

Por lo anterior, el argumento del SES referente a que, así el paciente hubiese sido trasladado a Diacorsa igual no tenían disponible al electrofisiólogo ni al hemodinamista y solo sería agendado para una valoración posterior, no prospera, pues se encuentra acreditado que de haberse indicado que se trataba de una urgencia, Diacorsa hubiese reprogramado la fecha de atención.

En cuanto al argumento referente a que, los exámenes ordenado ya no eran necesarios, y que el cateterismo ya había sido remplazado por la parte medica de SES con medicamentos y marcapasos y el examen de electrofisiología era un examen diagnostico que no significaba salvarle la vida; la Sala evidencia de lo registrado en la historia clínica que, en las notas del 3 al 11 de agosto, los médicos registraron todos los días, que se encontraba pendiente la realización de un cateterismo y valoración por electrofisiología; incluso el 11 de agosto de 2012 se indicó que, se encontraba aún pendiente “coros” y evaluación por electrofisiología, por lo tanto expresamente se indica: *“INSISTIR CON LA EPS, DADO QUE ES UN URGENCIA”*³⁴, finalmente, el 13 de agosto de 2012, hacía la 1:10 de la mañana el paciente fallece, sin que fueran realizados los procedimientos ordenados, lo cual demuestra que dicho servicios si resultaban necesarios aún para el 11 de agosto de 2012.

³⁴ FL. 144 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

Al respecto, el testigo Juan José Bermúdez Echeverry, médico internista, cardiólogo y electro fisiólogo, administrador de servicios de salud, administrador público, al preguntársele si *¿Un paciente con las características de Aníbal López que requería una arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo, inserción o implante de prótesis coronaria stent sod, y angioplastia coronaria trasluminal percutánea uno o dos vasos y valoración por electrofisiología, en cuanto tiempo debe de ser atendido?* contestó: *“La urgencia usted la soluciona con el implante de un marcapasos transitorio, ya eso se vuelve algo diferido algo electivo. A la pregunta: ¿La urgencia vital en electrofisiología consiste en implantar un marcapasos al paciente y esto se le hizo?* contestó: *Eso fue lo que se le hizo al paciente y esa es la urgencia vital en electrofisiología...”*.

El testigo Jaime Alberto Vásquez Maya, médico intensivista, quien atendió al señor Aníbal López Escobar, el 10 de agosto de 2012, indicó que, *“en mi evolución está claro que está pendiente una “coros”, “coros” es una arteriografía coronaria, para aclarar una posible enfermedad coronaria y probable valoración por electrofisiología, en mi evolución dice que está pendiente ese examen”*; aclaró que: *“La “coros” es lo que se conoce como un cateterismo coronario, es un procedimiento diagnóstico y al mismo tiempo puede ser terapéutico”, a través del cual “pueden diagnosticar donde fue la obstrucción, de qué magnitud, cual fue el daño que pudo haber causado y muchas veces a través del cateterismo, pueden destapar estas arterias.*

El testigo si bien precisó que, *“...Desafortunadamente en nuestro país depende de muchas circunstancias y situaciones y entre ellas de la disponibilidad. Lo ideal sería poderle realizar coronariografía a todos los pacientes, pero eso es dentro de una condición ideal que no existe en nuestro país desafortunadamente, incluso esto es del 2012 y actualmente nos pasa lo mismo, no es fácil conseguir un cateterismo urgente muchas veces se puede lograr y eso ha mejorado bastante en los últimos años porque ya hay muchos servicios de Hemodinamia, en ese entonces no sé si existía, podían haber varios pero generalmente no eran suficientes para la patología cardiovascular de nuestra ciudad que es alta. Lo vital se le realizó al paciente que era intentar destapar el vaso y se procedió como debe ser con el actilyse”,* señaló que, después de eso, *“ya [se] usa un cateterismo que se llama de rescate o secundario, no el cateterismo primario, pero es un procedimiento que se indica en los pacientes que tienen infarto, para mirar a ver cómo está, y en ocasiones para intentar destapar los vasos que están tapados”;* que además, *“10 días sí es un tiempo prolongado para realizar un examen como este”*.

Precisó además, que, *“Un examen electivo es un examen que generalmente que el paciente puede requerir pero que no impacta para la mortalidad digámoslo así o para las complicaciones del paciente. Un examen prioritario es un examen que puede tener las mismas características pero que se necesita bien sea para aclarar el diagnóstico o para dirigir el tratamiento; un examen urgente es que el paciente definitivamente lo necesita pero pude darnos algún tiempo para realizarlo que generalmente es corto y el emergente es que si no lo utilizo el paciente se va a morir”*. El emergente es una urgencia vital.

El testigo Arlex Duque Arias, médico y cirujano, con entrenamiento en cuidado crítico, indicó que, el 1º de agosto de 2012 *“una vez hace el diagnóstico decide hacer trombolisis porque no contaba con el recurso de hacer un tratamiento percutáneo que es el cateterismo, más angioplastia, más implante stent porque en la institución en ese entonces no contábamos con unidad de hemodinamia en el SES”*;

luego precisa que: *“al tercer día el paciente ya se había estabilizado, seguía en espera del cateterismo, más la angioplastia, más la opción de stent si se requería, que fueron ordenados desde el primer día, solicitados como urgencia vital, el paciente estuvo en el servicio aproximadamente 11 días”*.

Como quiera que desde que ingresó el paciente el 1º de agosto de 2012, hasta el momento en que falleció el 13 de agosto de 2012, se lee en la historia clínica *“pendiente coros”* se le preguntó si *¿era realmente necesario ese examen para el paciente?* a lo cual contestó: ***“sí, se debe hacer, primero porque es la estratificación, que es como mirar el riesgo en que queda el paciente y puede beneficiar al paciente el hecho de que yo le haga, a pesar de que el paciente se infartó y ya el compromiso de la función cardíaca ya está establecido, si yo le hago angioplastia y por decir algo ese paciente podría haber tenido tapada la circunfleja y la coronaria derecha, si yo se las destapo, les hago angioplastia, les dejo stent, el paciente a futuro puede mejorar y puede tener más sobrevivida”***. Cuando se le preguntó si *¿tiene la certeza de que era urgencia vital la práctica de la arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo?* Contestó: ***“Si, la razón fue porque la trombolisis fue fallida y todos los protocolos dicen que cuando una trombolisis es fallida al paciente no le queda sino un cateterismo de rescate”***.

Lo anterior permite afirmar que, la i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis coronaria stent* sod, ii) *la angioplastia coronaria trasluminal percutánea* uno o dos vasos y ii) *la valoración por electrofisiología* si eran servicios además de urgentes, necesarios para la adecuada atención del paciente y si bien la valoración por electrofisiología dejó de ser una *“urgencia vital”* dado que se realizó el implante de un marcapasos transitorio como lo refiere el testigo Juan José Bermúdez Echeverry, y que al paciente le fueron suministrados varios medicamentos y otros servicios, ello no significaba que los inicialmente ordenados por los médicos tratantes ya no se requerían, pues lo que se evidencia es que, por la no prestación de estos servicios, la salud del paciente se deterioró paulatinamente, quien nunca salió del infarto agudo al miocardio con el que ingresó al servicio de urgencias del SES.

En cuanto al argumento del SES referente a que el paciente no falleció por causa de la patología presentada, sino que correspondió a un proceso de hemorragia digestiva alta y posterior bronco aspiración que no poseen relación alguna con la patología de base, la Sala, de acuerdo a lo registrado en la historia clínica, encuentra que, el 13 de agosto de 2012, se registró a las 01:30 a.m., *“NOTA DE EVENTO: PACIENTE EN MALAS CONDICIONES MUY SOPORTADO, CON POCA RESPUESTA AL MANEJO, HIPOTENSO, DESATURADO, TAQUICÁRDICO, CON NORADRENALINA, VASOPRESINA Y DOPAMINA EN INFUSION A ALTAS DOSIS, ANURICO, CON PARAMETROS DEL VENTILADOR ALTOS, ACIDOTICO, CON INFUSION DE BICARBONATO, PACIENTE QUIEN PRESENTA BRADICARDIA EXTREMA Y ASITOLIA, FALLECE A LAS 1:10 DEL 13 DE AGOSTO DEL 2012, SE EXPIDE CERTIFICADO DE DEFUNCION”*.³⁵

El testigo Jaime Alberto Vásquez Maya, médico intensivista, sobre la causa del fallecimiento, señaló: *“Esto es el día final, y el paciente no sé cuántos días estuvo hospitalizado, pero tan tardíamente no puede hablar uno que el actilyse sea la causa de este sangrado, porque si bien el actilyse tiene riesgo de sangrado, ese riesgo se disminuye con el tiempo y si el paciente duró 12 días, a los 12 días el riesgo de que ese actilyse fuera la causa de un posible sangrado, es muy remoto, pueden existir otros factores*

³⁵ FL. 160 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

que lo hayan llevado a presentar un sangrado digestivo alto, y de hecho nosotros en las unidades de cuidados intensivos **el riesgo de sangrado digestivo existe independiente de la patología y del tratamiento del paciente, ya se ha comprobado que a las 24 o 48 horas, todos los pacientes tienen un riesgo elevado de producir sangrado digestivo**, tanto así que desde el principio nosotros ponemos protección gástrica, como omeprazol, ranitidina u otro protector gástrico, porque el riesgo de sangrado digestivo es independiente de la patología y del tratamiento, lógicamente existen factores que pueden incrementar el riesgo, **pero todos los pacientes intubados y en cuidado intensivo, después de 24 o 48 horas, ya tienen su riesgo de sangrado digestivo.(...)**". (Se resalta)

El testigo Arlex Duque Arias, al respecto indicó que, "el paciente se estabiliza y se pasa a la unidad de cuidado intermedio; finalmente el paciente termina falleciendo no por el infarto sino por **una complicación inherente al tratamiento**, que el tratamiento de base es anti agregación plaquetaria con aspirina, anticoagulación, que implica esto? Muchos riesgos que el paciente pudo haber presentado lo que presentó, un sangrado digestivo que es el riesgo que se corre cuando anticoagula y le da antiagregantes a un paciente y le da un medicamento **Clopidogrel que es una droga que puede causar un sangrado digestivo y eso fue básicamente lo que lo complicó...**".

En cuanto a si la espera del examen deterioró la salud del paciente, señaló: "No veo por qué, porque al paciente mientras estuvo en la unidad, la tendencia fue a estabilizarse, se lograron quitar los vasopresores, porque él estaba en un shock cardiogénico, se logra retirar la ventilación mecánica, se logra sacar al paciente de la unidad, el paciente finalmente terminó con un infarto agudo de miocardio, con una trombolisis fallida y en manejo médico, nunca se hizo un manejo intervencionista que es lo que uno pretendía con ese procedimiento". "La causa de la muerte de él no fue el infarto de miocardio, él estaba en tratamiento médico para su infarto y venía estable hasta que hizo el sangrado digestivo, hizo su complicación y fallece por la complicación, yo no estoy diciendo que porque se le hubiera hecho el procedimiento no se hubiera muerto, puede que le hayan hecho la angioplastia y se hubiera pasado al piso y hubiera hecho la misma complicación". Afirmó además que, la práctica del cateterismo no hubiera evitado el sangrado digestivo, la bronco aspiración, el shock respiratorio y la muerte del paciente.

El testigo Enrique Augusto Ramírez Latorre, médico especialista en cuidado crítico, magister en administración en salud y especialista en auditoría en salud, sobre el estado de ingreso del paciente, en cuanto a la causa del fallecimiento señaló: "La causa de la muerte es una complicación pulmonar, el paciente hace un sangrado digestivo **porque fue un paciente sometido a estrés durante 12 días**, nosotros hacemos una profilaxis gástrica que es una droga para que no aumente la secreción del ácido clorhídrico, tratando de evitar esto, pero a veces el estrés supera el manejo farmacológico, el paciente presentó hematemesis, que es vómito con sangre y ese vómito con sangre fue a dar al pulmón, ese hecho genera que la fibra muscular y de intercambio gaseoso del pulmón se comprometa, se irrite, al irritarse cambia la parte histológica del pulmón y cambia de un tejido elástico a un tejido fibroso, haciendo que el pulmón sea mucho más difícil ventilarlo, es este caso creemos que lo que terminó con la vida del paciente fue el compromiso pulmonar". (Se resalta)

El testigo **José Felipe Grajales Valencia**, auditor médico, médico especialista en salud pública y especialista en salud, sobre las causas del fallecimiento indicó: "Por las siguientes complicaciones, él tenía un trastorno de una arritmia que no se podía manejar, el paciente después de haber sido reanimado hizo un paro, él había sido extubado, ya se había apagado el marcapasos, se había

entrado en unos ritmos que el paciente podía ir hacia una mejoría clínica, pero el paciente nuevamente presenta una alteración de su ritmo, se tiene que volver a prender el marcapasos, se tiene que intubar nuevamente y por tal motivo ya fallece.

De acuerdo a lo anterior, para la Sala es claro que, el paciente no falleció por causa de la patología presentada y que generó las autorizaciones ya descritas, esto es la arritmia cardíaca generada por el infarto al miocardio, sino que correspondió a un proceso de hemorragia digestiva alta y posterior bronco aspiración que no poseen relación directa con la patología de base; sin embargo, esta hemorragia digestiva y bronco aspiración sí tiene relación directa con la falla en que incurrió SES, pues al haberse dilatado la práctica de los exámenes y procedimientos ordenados por los médicos tratantes, por razones administrativas, se impidió que el paciente recibiera el tratamiento médico oportuno y pertinente, lo que conllevó a que el tiempo de hospitalización se extendiera, que se produjera un deterioro paulatino de su estado de salud, y que nunca pudiera salir del infarto agudo al miocardio con el que ingresó al servicio de urgencias, ello a pesar de los esfuerzos realizados por el equipo médico para salvar la vida del paciente.

Además, si bien no existe certeza de que, de haberse realizado los exámenes y procedimientos ordenados por los médicos tratantes, el paciente restablecería su salud, es claro que dicha omisión si fue determinante en el desarrollo de la atención médica y el resultado final.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de 3 de abril de 2020³⁶, sobre la imputación cuando es imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, señaló:

*“Por otra parte, en relación con la carga de la prueba, se ha dicho que corresponde, en principio, al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante **la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios***³⁷. En palabras de la Sala³⁸:

*La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante porque de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, dado que se requiere que dicho daño sea imputable a la administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo.*

La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces considerable, no sólo por

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 3 de abril de 2020. Rad.: 19001-23-31-000-2005-00998-01(43034)

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y de junio 4 de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

³⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Subsección B, sentencia de marzo 22 de 2012, exp. 23132, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio*³⁹.

Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, no han sido soslayadas por la jurisprudencia; por el contrario, para resolver los casos concretos, en los cuales no se cuente con el dictamen serio y bien fundamentado de un experto, que establezca o niegue esa relación, se ha buscado apoyo en las reglas de prueba desarrolladas por la doctrina nacional y foránea.

*Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, desarrollada en el derecho anglosajón; o de la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística*⁴⁰, *que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima.*

*Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata*⁴¹. *La elección de esa teoría se ha hecho por considerar insatisfactoria la aplicación de otras, en particular, la de la equivalencia de las condiciones, según la cual basta con que la culpa de una persona haya sido uno de los antecedentes del daño para que dicha persona sea responsable de él, sin importar que entre la conducta culposa y el daño hubieran mediado otros acontecimientos numerosos y de gran entidad.*

*En varias providencias proferidas por la Sala se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que probaran dicha relación, el juez podía “contentarse con la probabilidad de su existencia”*⁴², *es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en*

³⁹ “[3] Sobre el tema, ver por ejemplo, RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1999, pág. 111”.

⁴⁰ “[4] Sobre el tema: ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2ª.ed. 2007”.

⁴¹ “[5] Sobre el tema ver, por ejemplo, Ricardo de Ángel Yagüez. Responsabilidad Civil por actos médicos. Problemas de pruebas. Civitas, 1ª. ed., 1999, pág. 112”.

⁴² “[6] Cfr. Ricardo de Ángel Yagüez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42”.

el expediente conducían a “un grado suficiente de probabilidad”, que permitían tenerla por establecida.

De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implica la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que haga posible imputar responsabilidad a la entidad que presta el servicio, sino que esta es una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal puede ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios⁴³.

Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso. (Negrillas no original)

En aplicación de la referida regla, el Consejo de Estado⁴⁴, sobre la imputación cuando es imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, señaló:

“No se desconoce que la paciente recibió una atención adecuada de su parto. En efecto, considera la Sala que a pesar de que el despliegue del personal médico en el parto del feto obitado fue adecuado, ello no lo exime de responsabilidad, pues de haberle prestado a la paciente una atención oportuna desde la primera vez que acudió al centro de salud, muy probablemente el feto no hubiera fallecido en el vientre materno, la inducción de parto del feto obitado no hubiera sido requerida, y al estar la paciente y el bebé en mejores condiciones de salud, la madre también habría tenido la oportunidad de sobrevivir.

Como corolario de lo anterior, se deberá revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar se declarará que el Hospital Central Julio Méndez Barreneche de Santa Marta es administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por la pérdida de oportunidad de la señora Luz Stella Otálvaro y su bebé”. (Se resalta)

Adicionalmente, aunque en la historia clínica y los testimonios de los médicos se señala que, el paciente ingresó en un estado crítico, que además presentaba antecedentes personales que desde el principio repercutían en el proceso de recuperación de la salud, ello tampoco tiene efectos liberatorios de la responsabilidad, pues fue precisamente frente a dichas condiciones que los médicos tratantes ordenaron los exámenes y procedimientos que consideraron necesarios para la adecuada atención del paciente.

Finalmente, si bien es cierto que, no es posible afirmar que, el SES haya trasladado a los familiares del paciente la carga de gestión administrativa consistente en enviar las autorizaciones de los servicios médicos deprecados por el paciente, como se menciona en la sentencia apelada, ello no es suficiente para revocar la sentencia, pues la imputación concreta

⁴³ “[8] Ver, por ejemplo, sentencias de 14 de julio de 2005, exps. 15276 y 15332, [C.P. Ruth Stella Correa Palacio]”.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia de 22 de junio de 2017. Rad.: 47001-23-31-000-2001-00394-01(36257).

que se hace al SES es la falta de actividad administrativa dirigida en grado suficiente a lograr la realización de lo ordenado por los galenos, en otros centros de salud que sí contarán con los servicios requeridos por el paciente, los cuales eran urgentes dado su estado de salud.

Conclusión:

Lo antes expuesto permite concluir que, sí hubo una falla del servicio desde el punto de vista administrativo por parte de Servicios Especiales de Salud - SES en los trámites de referencia y contrarreferencia que requería el señor Aníbal López Escobar, esto es, no se observa que la actividad administrativa desplegada estuviera dirigida en grado suficiente a lograr la realización de lo ordenado por los galenos en otros centros de salud que sí contarán con los servicios requeridos por el paciente, los cuales eran urgentes dado su estado de salud. Además, esta situación afectó directamente la salud del paciente y su proceso de recuperación.

Por lo anterior, los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado por SES no prosperan y en consecuencia se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

2.4.2. Imputación del daño a la Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC

Señala la sentencia apelada que, el daño es imputable a esta entidad por cuanto hubo negligencia administrativa en los trámites de referencia y contrarreferencia que requería el señor Aníbal López Escobar, pues no emitió las autorizaciones para los servicios de cateterismo y valoración por electrofisiología de manera inmediata; al emitir estas autorizaciones indicó que no eran prioritarias, cuando en la solicitud de los exámenes emitida el 1 de agosto de 2012 se indicó claramente que la intervención era urgente, y procedió a gestionirlas el 10 de agosto de 2012.

La DTSC en su apelación en síntesis afirmó, - que autorizó los procedimientos el 3 y 8 de agosto de 2012; - que el SES, en ningún momento advirtió que era una urgencia vital y si fuera así, no hubiese tenido la necesidad de solicitar la autorización del procedimiento, sino de llevar al paciente como urgencia vital al prestador que tuviera el servicio; -que el paciente fue afiliado a la EPS Salud Cóndor desde el 6 de agosto de 2012, por lo que, era obligación de esta entidad garantizar la prestación del servicio asistencial a partir de esta fecha; - que a la DTSC no se le reportó sobre la imposibilidad de cumplimiento de las órdenes contenidas en las dos autorizaciones administrativas que ya había expedido; - que la causa de fallecimiento fue diferente a lo relacionado con lo consultado por infarto agudo al miocardio.

SES frente al recurso de apelación del DTSC, reiteró los argumentos expuestos en su escrito de apelación y señaló además que, - los familiares del paciente fueron los que crearon la confusión entre la DTSC con la expedición de las múltiples ordenes; el SES actuó bajo los lineamientos establecidos en el Decreto 1011 de 2006 garantizando en todo momento su cumplimiento tanto desde el punto médico y administrativo en procura de lograr la consecución de los exámenes diagnósticos que necesitaba el paciente en otra institución y que en últimas fueron realizados en el mismo SES.

La Sala, frente a los reparos expuestos por la DTSC en su apelación, de acuerdo a la historia clínica se encuentra acreditado que, el 1º de agosto de 2012 a las 3:54 el médico que valoró al señor Aníbal López Escobar, ordenó realizar: i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend sod)* y iii) *angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*⁴⁵. A las 07:07 p.m., se registra: “PENDEINTE CORONOGRFIA Y COLOCACION STN URGENTE”... “PENDIENTE CATETERISMO CARDIACOS COMO URGENCIA VITAL” .⁴⁶ Igualmente en notas de los días 3 a 10 de agosto se registra que, se encuentra pendiente cateterismo cardiaco y evaluación por electrofisiología.⁴⁷

Se encuentra igualmente acreditado que, frente a los procedimientos ordenados por los médicos tratantes del SES, la DTSC emitió la autorización 0315013 del **3 de agosto de 2012** a las 05:03:29 horas, para la realización de i) *arteriografía coronaria con cateterismo izquierdo*, ii) *inserción o implante de prótesis intracoronaria (stend sod)* y iii) *angioplastia coronaria transluminal percutánea, uno o dos vasos*⁴⁸ como “servicios electivos”, “No Prioritaria”, “Consulta externa”.

En cuanto a la consulta por electrofisiología, se tiene que, la DTSC emitió la autorización 0315272 del **8 de agosto de 2012** a las 04:29:02 horas, para la realización como “CONSULTA AMBULATORIA DE MEDICINA ESPECIALIZADA – ELECTROFISIOLOGIA” como “servicios electivos”, “No Prioritaria”, “Consulta externa”.

De acuerdo con la petición realizada por la Defensoría del Pueblo el 9 de agosto de 2012⁴⁹ y la respuesta de la DTSC⁵⁰, inicialmente las autorizaciones fueron dadas para que fueran realizadas en el Hospital Santa Sofia, pero teniendo en cuenta que, en esa semana no había disponibilidad de esos servicios, se cambiaron las órdenes para que los servicios fueran suministrados en Diacorsa S.A.

De lo anterior y como se señaló en el acápite anterior, no es posible evidenciar que, el SES le hubiera indicado a la DTSC que los servicios requeridos por el paciente correspondían a una urgencia. Al respecto se reitera que, de conformidad con el Decreto 4747 de 2007 y la Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008 del Ministro de la Protección Social, era deber de la entidad que solicita la autorización indicar, el tipo de servicio solicitado: “*si el servicio requerido es posterior a la atención inicial de urgencias, o si se trata de un servicio electivo*” y la prioridad de la autorización: “*De tratarse de un servicio electivo, indique si a juicio del profesional tratante, el servicio requerido es de carácter prioritario*”.

De allí que, la DTSC emitiera las autorizaciones como “servicios electivos”, “No Prioritarios”; al respecto, el Decreto 4747 de 2007⁵¹; en cuanto a la respuesta a la solicitud de autorización de servicios electivos, señala:

Artículo 16. Respuesta de autorización de servicios electivos. Las entidades responsables

⁴⁵ FL. 53 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

⁴⁶ FL. 59 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

⁴⁷ FL. 144 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO 1A

⁴⁸ FL. 11 Archivo expediente digital: 2014-00495 RD CNO2 PRUEBAS DTE

⁴⁹ Fl. 32 C.1

⁵⁰ Fl 34-36 C.1

⁵¹ Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones

del pago de servicios de salud deben dar respuesta a los usuarios de las solicitudes de autorización de servicios electivos tanto ambulatorios como hospitalarios, dentro de los términos, por las vías y en el formato que determine el Ministerio de la Protección Social, sin que el trámite de la autorización pueda ser trasladado al usuario o su acudiente.

Este trámite es de responsabilidad exclusiva de la entidad responsable del pago, así como la garantía al usuario de la integralidad de la atención, en función del modelo de atención establecido en los acuerdos de voluntades suscritos con los prestadores de servicios de salud. El Ministerio de la Protección Social determinará los términos y procedimientos de seguimiento que permitan garantizar la oportunidad en la asignación de citas para la prestación de servicios electivos”.

La Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008 del Ministro de la Protección Social⁵², en cuanto a las respuestas a las solicitudes de autorizaciones de servicios electivos, señala:

Artículo 7. Formato y procedimiento para la respuesta de autorización de servicios electivos. Para la respuesta de autorización de servicios electivos de que trata el artículo 16 del Decreto 4747 de 2007 se adoptará el formato definido en el Anexo Técnico No. 4 que hace parte integral de la presente resolución. Las entidades responsables del pago deben dar respuesta a la solicitud de autorización de servicios, dentro de los siguientes términos:

*1. La respuesta positiva o negativa a la solicitud de autorización de servicios deberá ser comunicada al usuario y enviada al prestador por la entidad responsable del pago, **dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.** En el caso de que el servicio requerido sea de carácter prioritario, la respuesta a la solicitud deberá ser comunicada al usuario y enviada al prestador por parte de la entidad responsable del pago dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.*

2. En caso de ser positiva la respuesta, la entidad responsable del pago contactará telefónicamente al usuario quien deberá seleccionar el prestador de su elección dentro de las posibilidades de la red; la entidad responsable del pago concertará con el usuario la fecha y hora de la cita, o le informará el número telefónico del prestador seleccionado para que el usuario directamente concerte la fecha y hora, así mismo le informará el valor del pago compartido.

3. En caso de ser negativa la respuesta, la entidad responsable del pago deberá diligenciar el formato único de negación de servicios, definido por la Superintendencia Nacional de Salud y seguir el procedimiento por ella definido.

Parágrafo. Las entidades responsables del pago no podrán trasladar al usuario la responsabilidad de ampliación de información clínica o documentos adicionales para el trámite de la autorización de servicios electivos. Excepcionalmente, en el caso de necesidad de información adicional, la entidad responsable del pago se comunicará con el prestador de servicios de salud solicitante. (Se

⁵² Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747 de 2007.

resalta)

Por lo anterior, la Sala no encuentra configurada la falla que se imputa a la DTSC, toda vez que, está acreditado que, esta entidad emitió las autorizaciones, dentro del término señalado en el Decreto 4747 de 2007 y la Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008 del Ministro de la Protección Social, partiendo de la base que, SES en la solicitud de autorización de los servicios no indicó que se trataba de una atención de urgencias, a pesar que era su obligación diligenciar el formato de solicitud de autorización de servicios, indicando: el **Tipo de servicios solicitados** Marque con una "X" la opción correspondiente, si el servicio requerido es posterior a la atención inicial de urgencias, o si se trata de un servicio electivo. **Prioridad de la autorización** "De tratarse de un servicio electivo, indique si a juicio del profesional tratante, el servicio requerido es de carácter prioritario".

Expresamente el párrafo primero del artículo 4º de la citada Resolución 003047 del 14 de agosto de 2008, señala que: *"La responsabilidad de los datos registrados en la solicitud de autorización de servicios es del prestador de servicios de salud solicitante, los cuales serán tomados de la historia clínica que haya sido diligenciada por el médico tratante"*.

Por lo tanto, el error en que se incurrió al emitir las autorizaciones de los servicios como "servicios electivos", "No Prioritarios", situación que no estaba acorde con la realidad del paciente y la orden dada por sus médicos tratantes, no es imputable a la DTSC.

Además, se tiene que, la DTSC una vez fue enterada de la imposibilidad de realizar los procedimientos en el Hospital Santa Sofia, el 9 de agosto de 2012⁵³ procedió a cambiar las autorizaciones para que los servicios fueran suministrados en Diacorsa S.A.

Conclusión:

Con lo anterior, considera la Sala que, no se encuentra acreditada la negligencia administrativa por parte de la DTSC en la emisión y gestión de las autorizaciones para los servicios solicitados por SES, en consecuencia se concluye que, el daño no es imputable a la DTSC.

Por lo tanto, al prosperar el argumento expuesto en el recurso de apelación formulado por la DTSC se revocará en este sentido, la sentencia y en su lugar se declararán probadas las excepciones denominadas "Ausencia de responsabilidad y falla del servicio atribuible a la Dirección Territorial de Salud de Caldas" y "Ausencia de Nexo Causal" propuestas por la DTSC con la contestación de la demanda.

Teniendo en cuenta que se revocará la condena impuesta contra la DTSC, igualmente se revocarán las órdenes contra las aseguradoras La Previsora y Liberty Seguros S.A., que fueron llamadas en garantía por la DTSC y por sustracción de materia resulta innecesario el análisis de los argumentos formulados en sus escritos de apelación.

3. Segundo problema jurídico - ¿Se encuentra debidamente tasada la indemnización por perjuicios

⁵³ Fl. 32 C.1

morales a favor de los demandantes?

En la sentencia recurrida se indicó que, se encuentra probado en el expediente los lazos de parentesco y afecto entre el señor Aníbal López Escobar y los demandantes, en consecuencia las condenó de manera solidaria, a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, la sumas equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes - SMLMV para cada uno de sus padres, 50 SMLMV para los hermanos y 30 SMLMV para los sobrinos.

Al respecto, la Sala, encuentra que se aportaron los registros civiles de nacimiento de los demandantes⁵⁴ con el fin de acreditar el parentesco con el señor Aníbal López Escobar, además, se recibieron las declaraciones de la **señora Carolina Granada Henao**, cuñada de la demandante Lina Marcela López Escobar, quien indicó que:

“Aníbal era habitante de calle y hacía un año él estaba incorporado a la familia y empezó a vivir en la casa que yo vivía, con la mamá, con Lina. Aníbal empezó a vivir con nosotros y fue algo muy importante porque fue una recuperación de una persona que venía de sufrir demasiado en la calle. yo viví con Aníbal y conocí todo lo de él hasta el 1 de agosto de 2012 que Aníbal sintió un dolor en el pecho muy fuerte, el esposo de Lina fue el que llevó a Aníbal al SES de Caldas ellos salieron de la casa más o menos 9:20 9:30 y llegaron a eso de las 10 pasaditas al hospital, cuando ya empezó a llamar Felipe, que como le parece que Aníbal con ese dolor en el pecho lo tenían sentado en una silla y no le habían dado la atención que era, Lina empezó a llamar a la Defensoría y de allá el defensor llamó y le dieron asistencia a él, sabiendo que iba con un infarto al miocardio dos horas y media casi después del tiempo que él había llegado. ya después de esto estuvo Aníbal 13 días hospitalizado y me di cuenta que a Aníbal lo amarraron de las manos y de los pies en una camilla. Aníbal en Juan Felipe y en Miguel Ángel mi hijo fue una figura paterna porque Juan Felipe Trabajaba y quedaba el niño en la casa y Gabriel mi esposo estaba en la cárcel, entonces Aníbal empezó a representar ese espacio en juegos, en compartir, en idas al parque.

PREGUNTADO: ¿De acuerdo con lo que ha manifestado respecto de la muerte de Aníbal y el impacto que causó en la familia a usted que le consta sobre los cambios de vida bruscos en su núcleo familiar? CONTESTÓ: Aníbal fue una persona que se recuperó de la calle y se reintegró nuevamente a la familia, los más afectados fueron la mamá y los niños.

PREGUNTADO: ¿Qué le consta sobre el dolor moral que sufrió toda la familia con la pérdida de Aníbal? CONTESTÓ: en el dolor moral reitero lo del hijo mío, el niño le produjo esa falta mucho estrés y se dañó la carita, lo mismo Juan Felipe fue un niño muy afectado.

...

PREGUNTADO: ¿Por qué sabe usted que el paciente, el señor Aníbal, tenía en ese momento un infarto, usted es médica, lo diagnosticó o por qué afirma usted esa situación? CONTESTÓ: No soy médica, se sabe que el dolor en el pacho tan fuerte representa algo del corazón, ya cuando empezaron a comentar, que nos llamaron, nos dijeron que el diagnóstico de Aníbal era un infarto al miocardio, que necesitaba urgente que le hicieran un cateterismo, eso fue lo que yo me enteré.

...

PREGUNTADO: ¿Cuánto tiempo fue habitante de calle el señor Aníbal? CONTESTÓ: Aníbal fue como unos 10 años.

⁵⁴ Registro Civil de nacimiento de la Luz Marina López Escobar, Fabio López Escobar, Jorge Hernando López Escobar, Lina Marcela López Escobar, Juan Felipe Correa López, Gabriel Jaime López Escobar, Miguel Ángel López Granada (f. 48 a 54 C.1).

...

PREGUNTADO: *¿En qué trabajaba el señor Aníbal?* CONTESTÓ: *El lavaba carros, cuidaba carros, eso era lo que él hacía.*

PREGUNTADO: *¿Quién asumía los costos de manutención del señor Aníbal?* CONTESTÓ: *Mientras estuvo viviendo en la casa, entre todos le colaborábamos y él también cuando salía a trabajar, con alguna cosa colaboraba”.*

En la declaración rendida por la señora Sandra Milena Ramírez Valencia, quien indicó ser amiga de la familia, se indicó:

PREGUNTADO: *Haga un relato de cuanto le conste, lo que sepa, en relación con la muerte del señor Aníbal López Escobar.* CONTESTÓ: *Para ese entonces, yo trabajaba con Lina Marcela en la Defensoría del Pueblo, en ese entonces, él tuvo una enfermedad, se agravó, lo llevaron al hospital y nunca fue atendido hasta que se murió, fueron como 13 días, 15 días que estuvo hospitalizado y nunca le hicieron el examen correspondiente que necesitaba que era un cateterismo, sé que no se lo realizaron porque todo el mundo gestionó, la familia, la defensoría, el Defensor del Pueblo, todos gestionaron el trámite y no fue realizado. Él vivía con toda su familia. Yo visitaba la casa y también me hospedaba allá, porque como vivía en Neira a veces necesitaba quedarme y esa era la casa donde yo me quedaba.*

PREGUNTADO: *¿Él (Aníbal López) vivía allá, entraba y salía, usted que sabe?* CONTESTÓ: *en ese entonces muy juicioso, cuando yo iba a almorzar allá, él estaba.*

PREGUNTADO: *¿Hace cuánto conoce a la familia?* CONTESTÓ: *Desde el 2009, desde que yo inicié las labores en la defensoría del pueblo.*

...

PREGUNTADO: *¿Sobre las relaciones de afecto, ayuda mutua, de lo que le conste con la familia de Aníbal, cómo era él, cómo eran las relaciones de afecto con su núcleo familiar., en los momentos en que usted los visitaba?* CONTESTÓ: *la verdad siempre me quedé allá con ellos a amanecer e ir casi todos los días al medio día a almorzar, una familia unida, una familia de buenos principios, él también un señor muy decente, no tengo nada malo que decir de ellos, todo fue muy bueno, fueron muy queridos conmigo., una familia que se preocupaba por cada uno de ellos, yo vi que cuando él estaba tan enfermo, todos acudieron a ayudarlo y a mirar a ver cómo podían solucionar el problema que él tenía.*

PREGUNTADO: *¿Sabe o se dio cuenta de que Aníbal era habitante de la calle?* CONTESTÓ: *Si, yo ya cuando lo vi estaba ya muy recuperado, pero sí, si me di cuenta de que él era habitante de la calle.*

PREGUNTADO: *¿Cuándo Aníbal estuvo en convalecencia en el hospital, usted compartió con su familia y vio cómo era ésta teniendo a Aníbal hospitalizado?* CONTESTÓ: *En el comportamiento de preocupación, en el comportamiento de que todos querían que le realizaran el trámite, porque ellos querían que no se muriera y pues estaba en una situación realmente grave.*

PREGUNTADO: *Manifiéstele al despacho cuanto le conste de lo ocurrido después de la muerte de Aníbal y cómo impactó a su familia.* CONTESTÓ: *fue mucho, la mamá ya no era la misma, la afectó muchísimo la muerte de Aníbal, se vio muy reflejado en la mamá, todos normalmente, pero la mamá estuvo muy afectada..., ya después ella se enfermó y falleció...*

PREGUNTADO: *¿Qué le consta sobre los cambios bruscos en la vida, el estilo de vida de la familia de Aníbal luego de su muerte?* CONTESTÓ: *se fueron yendo, ya como que cambiaron*

de casa y no sé si eso fue influencia de eso.(...)

En el interrogatorio de parte rendido por la demandante Lina Marcela López Escobar, indicó:

PREGUNTADO: ¿Dónde vivía su hermano Aníbal? CONTESTÓ: Mi hermano Aníbal vivía con mi señora madre, conmigo, mi hijo, mi exesposo, la señora Carolina esposa de mi hermano Gabriel Jaime, los hijos menores de ellos, y vivíamos en el barrio San Cayetano.

PREGUNTADO: ¿Antes dónde vivía él? CONTESTÓ: Mi hermano tuvo una vida difícil, estuvo una época en las calles de Manizales, la familia trató de brindarle toda la ayuda con centros de rehabilitación, pero es complicado caer en el mundo de las drogas, después de mucho tiempo se pudo rehabilitar y estuvo viendo con mi mamá y conmigo en la casa que teníamos en San Cayetano. él vivió con nosotros los últimos 2 años de su vida. (...)

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que, se encuentra acreditado el vínculo de parentesco y los lazos afectivos entre los demandantes y el señor Aníbal López, sin que el simple hecho de que este hubiese sido habitante de calle sea suficiente para desacreditar la existencia del daño moral y su intensidad.⁵⁵

Ahora, de acuerdo con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014⁵⁶, para la reparación del perjuicio moral, en caso de muerte, se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva, entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

En armonía con lo expuesto y de acuerdo con los lazos afectivos probados, se tiene que la indemnización de perjuicios a favor de los demandantes realizada en la sentencia apelada se encuentra acorde con las pautas jurisprudenciales indicadas.

Por lo anterior, en este aspecto se confirmará la sentencia recurrida.

5. Costas en primera instancia.

En cuanto a la condena en costas de primera instancia, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP y, en atención a que las pretensiones primigenias de la parte demandante solo prosperaron de forma parcial, la condena en costas del 5% se modificará al 2%.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A . Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. Rad.: 08001-23-31-000-2009-00826-01(49762) .

⁵⁶ Rad. 660012331000200100731 01 (26.251), c.p. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

6. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

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

RESUELVE:

Primero: Revocar el ordinal segundo de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Lina Marcela López Escobar y otros contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC, Diacorsa SAS - Instituto del Corazón hoy Avidanti y Servicios Especiales de Salud SES – Hospital Universitario de Caldas.

En su lugar, **se declaran probadas las excepciones** de “Ausencia de responsabilidad y falla del servicio atribuible a la Dirección Territorial de Salud de Caldas” y “Ausencia de Nexo Causal” propuestas por la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Segundo: Modificar los ordinales tercero y cuarto de la referida sentencia, los cuales quedaran así:

TERCERO. - DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE a SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD, por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor Aníbal López Escobar.

CUARTO. - CONDENAR a SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD, a pagar a los demandantes, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero:

- *A favor de Martha Escobar de López (madre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Luis Eduardo López Acevedo (padre), la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Luz Marina López Escobar (hermana), la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Fabio López Escobar (hermano), la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Jorge Hernando López Escobar (hermano), la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Gabriel Jaime López Escobar (hermano), la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Lina Marcela López Escobar (hermana), la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- *A favor de Juan Felipe Correa López (sobrino), la suma equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

- *A favor de Miguel Ángel López Granada (sobrino), la suma equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Tercero: Revocar los ordinales sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, y undécimo de la referida providencia, y teniendo en cuenta el error en la numeración de la parte resolutive de la sentencia apelada, se reenumeran los ordinales, los cuales quedaran así:

SEXTO. DECLARAR FUNDADAS las excepciones propuestas por **DIACORSA** que denominó “Ausencia o inexistencia de falla en el servicio”, “Ausencia de nexo causal”, “Inexistencia del daño a la vida de relación como tipología de perjuicios inmateriales” y “hecho exclusivo de un tercero”, con lo cual no se hace necesario analizar la excepción de “excesiva valoración de los perjuicios morales presuntamente causados” al desestimarse las pretensiones respecto de este sujeto procesal.

SÉPTIMO. - DECLARAR FUNDADAS las excepciones propuestas por la EPS Salud Córdor que denominó “inexistencia de dolo o culpa grave de mi representada” y “Ausencia de nexo causal”, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO. - DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “inexistencia de nexo causal”, “carga de la prueba”, “inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado” “Inexistencia de cobertura para los hechos narrados en la demanda”, “imposibilidad de aplicar intereses de mora e indexación”, “límite de la suma asegurada y reembolso”, “Deducible pactado”, propuestas por **Liberty Seguros S.A.**, en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

NOVENO.- En consecuencia, no hay lugar a condenar a **Liberty Seguros S.A.**, a rembolsar suma alguna a la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

DÉCIMO.- DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la actuación de la Dirección Territorial de Salud”, “inexistencia de obligación de indemnizar al asegurado, Dirección Territorial de Salud de Caldas” e “inoperancia de la póliza base del llamamiento como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda”, propuesta por **la Previsora S.A.**, en cuanto al llamamiento en garantía que le realizó la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

UNDÉCIMO. – En consecuencia, no hay lugar a condenar a **la Previsora S.A.**, a rembolsar suma alguna a la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Cuarto: Modificar los ordinales décimo cuarto, y décimo quinto de la referida sentencia los cuales quedaran así:

DÉCIMO CUARTO - Servicios Especiales de Salud, dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

DÉCIMO QUINTO. - CONDENAR EN COSTAS a Servicios Especiales de Salud, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, el dos por ciento 2% del valor de la condena impuesta. Lo anterior conforme a los parámetros establecidos en el artículo 5° numeral primero del Acuerdo 10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

Quinto: Se confirma en todo lo demás la sentencia apelada.

Sexto: Sin condena en costas en esta instancia.

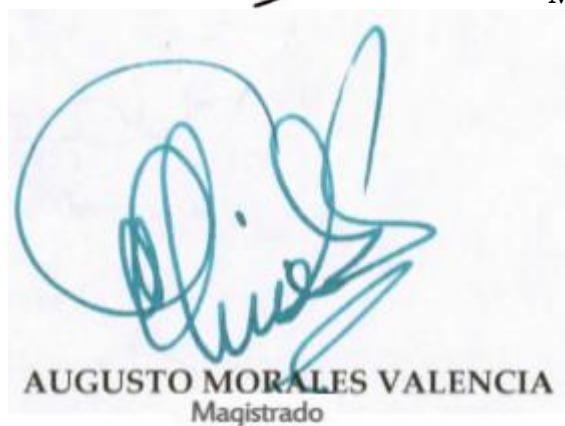
Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, 25 de febrero de 2022

AUTO No. 37

**REF: PROCESO EJECUTIVO MARÍA DULFAY RODAS HENAO Vs NACIÓN
MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO. RADICACIÓN 17 001 33 39 752 2015 00030**

De conformidad con lo establecido en el artículo 125, numeral 2, literal g, de la ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 20 de la ley 2080 de 2021, es competente la Sala para conocer del recurso de **apelación** presentado por la parte **ejecutante** en contra del auto del 2 de septiembre de 2021 proferido por el Juez Quinto Administrativo de Manizales, mediante el cual **no libró mandamiento de pago** en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

La sra María Dulfay Rodas Henao a través de apoderada, presentó demanda ejecutiva en contra de la Nación Ministerio de Educación -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando se libre mandamiento de pago en su favor y en contra de esta entidad por los siguientes conceptos:

-Cinco millones setenta y un mil novecientos treinta y ocho pesos (\$5'071.938) por el valor adeudado sobre el pago de la sentencia.

-El valor de los intereses desde el 30 de marzo de 2019, fecha del pago parcial.

-Por las costas del proceso.

Como título ejecutivo aportó:

-La sentencia del 17 de febrero de 2017 expedida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por la ahora ejecutante contra de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En dicha providencia se declaró probada la excepción de prescripción alegada por la demandada y la nulidad del acto demandado, ordenándose como restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago de los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga la sra María Dulfay Rodas Henao, *“tomando en cuenta el 75% del promedio de la asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, con prescripción del pago del reajuste de las mesadas anteriores al 29 de enero de 2012”*. Lo anterior aplicando la fórmula de indexación.

-La constancia de ejecutoria de la sentencia, la cual se configuró el día 6 de marzo de 2017.

LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

A través de Auto de 2 de septiembre de 2021 el Juez Quinto Administrativo de Manizales, decidió no librar el mandamiento de pago.

Como sustento de la decisión, procedió a establecer las diferencias pensionales desde el año 2012 hasta el año 2019, les aplicó el incremento por el I.P.C. y seguidamente calculó la indexación de esas diferencias. De los valores obtenidos concluyó:

- La diferencia de mesada pensional se calculó desde el 29 de enero de 2012 hasta la fecha de inclusión en nómina, que lo fue en marzo de 2019.
- Se suspendió la causación de intereses desde el 7 de junio de 2017, hasta el 4 de abril de 2018, porque no se solicitó el cumplimiento de la sentencia dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria.
- La indexación se calculó con el IPC series del DANE actualizada al 5 de agosto de 2021.
- Los intereses los calcularon desde la ejecutoria de la sentencia (6 de marzo de 2017) hasta la fecha de pago (30 de marzo de 2019).

- La demandante calculó intereses conforme al C.C.A. y no con la ley 1437 de 2011 como se dijo en la sentencia, ni tuvo en cuenta la interrupción en su causación.
- Los descuentos por aportes de ley se realizan mes a mes una vez establecida la diferencia. En cambio, la ejecutante realiza el descuento después de indexar la diferencia. Ello incrementa en su favor el monto.
- El valor pagado por la entidad fue de \$11'786.437, lo cual cubrió el valor calculado por el juzgado que lo fue de \$8'025.257 por capital y \$1'918.038 por intereses.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la ejecutada refutó la decisión anterior, afirmando: i) es cierto que calculó los intereses conforme al C.C.A, lo cual no procedía, ii) sin embargo aún hay sumas pendientes a su favor aplicando la ley 1437 de 2011, iii) la indexación debe hacerse sobre el capital de manera mensual porque es obligación de tracto sucesivo, iv) la tasa de interés a aplicar es el DTF por los primeros 10 meses y la tasa corriente por los subsiguientes, v) de acuerdo con estos parámetros, a la ejecutante se le adeuda el valor de \$1'463.933, más los intereses desde la fecha de pago parcial hasta que se haga el pago total de la deuda.

CONSIDERACIONES

Toda vez que la ejecutada no discute la liquidación de la base pensional que calculó el juzgado, la Sala se centrará en determinar si es correcta la indexación y los intereses calculados en el auto que no libró mandamiento de pago.

En efecto, el Juez indexó el valor de las mesadas luego de sustraer de cada una el valor del aporte para salud, en tanto la recurrente considera que la indexación es sobre todo el capital mes a mes.

Para dilucidar lo anterior, debe acudir la Sala a la sentencia base de ejecución que sobre la indexación dispuso:

“Los valores a reconocer, corresponden a las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la accionante como pensión de jubilación y lo que le corresponde al liquidarse su pensión con base en lo aquí ordenado, las cuales serán canceladas en los términos fijados por el art. 192 del C.P.A.C.A., y serán debidamente indexadas conforme a lo señalado por el artículo 187 DEL C.P.A.C.A , es decir, actualizados

mediante la aplicación de los ajustes al valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

ÍNDICE INICIAL

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de pagar a la señora María Dulfay Rodas Henao, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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

Ahora bien, en lo que se refiere al sistema de Seguridad Social en Salud el literal b) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 señala que todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales. Al respecto el Legislador estableció dos regímenes bien distintos, denominados respectivamente *Contributivo* y *Subsidiado*, a partir de un criterio relevante: la capacidad económica de los afiliados.

Así, de acuerdo con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 el régimen Contributivo tiene como afiliados obligatorios a las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, **los pensionados** y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago, quienes deben pagar una cotización que, según el caso, deberá ser cubierta directamente por el afiliado o en concurrencia con el empleador.

Sobre la naturaleza de los aportes para la salud la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 1995 explicó:

“(…)

La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen

una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

(...)

Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”.

Este concepto permite aclarar que la indexación de la diferencia pensional y ordenada en la sentencia, aplica al valor de la mesada luego de sustraer el monto del aporte para el servicio de salud, pues éste no lo recibe en ningún caso el cotizante - en este caso el pensionado- sino que se gira directamente a la EPS afiliadora y se rige por las normas que regulan los aportes parafiscales. Es por ello que la Sala encuentra correcta la indexación de la manera como se realizó en la primera instancia.

Y en lo que refiere a los intereses, también le asistió la razón al *a quo* al aplicar los regulados en la ley 1437 de 2011, pues así se ordenó expresamente en la sentencia ejecutada en el ordinal sexto, los que se calculan a la tasa comercial desde la ejecutoria si la entidad no realiza el pago dentro de los 10 meses siguientes a esta, como sucedió en este caso. Por ello no es correcta la liquidación efectuada por la apelante pues aplica el DTF a los primeros 10 meses y luego la tasa comercial, además que no tuvo en cuenta la suspensión del término de causación de intereses al no haber reclamado el cumplimiento dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria, como lo establece el artículo 192 de la citada ley.

Por ende, La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

CONFIRMAR el Auto del 2 de septiembre de 2021 expedido por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales que no libró mandamiento de pago en el proceso ejecutivo promovido por la sra **MARÍA DULFAY RODAS HENAO Vs NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

En firme este Auto regrese al Juzgado de origen previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 046

Manizales, veinticinco (25) febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00088-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Lorllin Alexa Valencia Tabares y Otros
Demandado: Assbasalud E.S.E., Caprecom en Liquidación y otros

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, se declare responsable a las demandadas por los perjuicios causados como consecuencia del fallecimiento del feto producto del embarazo de la joven Lorllin Alexa Valencia Tabares, el 14 de julio de 2014, y en consecuencia se condene a las entidades al pago de los siguientes perjuicios:

-. Perjuicios morales en favor de: - Lorllin Alexa Valencia Tabares y Juan Camilo Toro Saravia, en su condición de padres de la bebé fallecida la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para cada uno de ellos. - José Arley Toro Saravia, Gloria Ensueño Saravia Aguirre, Luz Stella Tabares Agudelo y José Vianey Valencia Cárdenas, como abuelos paternos y maternos respectivamente, la suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de ellos. - Maryuri Valencia Tabares, Edison Vianey Valencia Tabares, Luz Adriana Jaramillo Tabares y Gloria Alejandra Tabares Agudelo, en su condición de hermanos de la afectada, la suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de ellos.

-. Perjuicio fisiológico o a la vida de relación a favor de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares, en su condición de afectada la suma equivalente a 300 SMLMV.

1.2. Fundamento Factivo

Después de hacer referencia a las relaciones familiares de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares y a su convivencia como pareja con el señor Juan Camilo Toro Saravia, indica que se encontraba afiliada en el sistema de seguridad social en salud dentro del régimen subsidiado a Caprecom EPS-S.

Que el 21 de noviembre de 2013, Lorllin Alexa Valencia Tabares luego de haberse practicado prueba de embarazo y obtener un resultado positivo, contando con siete semanas asistió a control prenatal en Assbasalud E.S.E., donde fue valorada por el doctor Germán Andrés Loaiza Vélez.

El 16 de diciembre de 2013, Lorllin Alexa Valencia Tabares se practicó ecografía obstétrica la cual arrojó el siguiente resultado: *“Se analizó la pelvis en cortes longitudinales y transversales, encontrándose los siguientes hallazgos: 3 Útero: Aumentado de tamaño grávido, con presencia de saco gestacional bien localizado, con buena reacción decidual, conteniendo en su interior embrión único vivo con embriocardia positiva. ... FECHA PROBABLE DE PARTO POR ECOGRAFÍA JULIO 8 DE 2014. Líquido amniótico en cantidad y aspecto normal. IMPRESIÓN DIAGNOSTICA: Embarazo de más o menos 11 semanas por ecografía con actividad cardíaca positiva”.*

El 31 de enero de 2014, la gestante acudió al servicio de urgencias de Assbasalud por haber presentado un episodio convulsivo de aproximadamente 2 minutos, asociado a desviación de la mirada, con recuperación espontánea a los 5 minutos aproximadamente, y el galeno tratante registra que no encuentra hallazgos que expliquen el episodio convulsivo, por lo tanto deja a la paciente en observación para vigilancia neurológica, solicita TAC y comenta con San Cayetano con el doctor Villegas quien acepta a la paciente.

El 20 de febrero de 2014, la materna es atendida y valorada por el médico general Andrés Felipe González Serna, quien registra en la nota médica que la paciente no presenta *“NINGÚN SÍNTOMA DE FOCALIZACIÓN NEUROLÓGICA O CAMBIOS FOCALES EN SU COGNICIÓN QUE AMERITEN SOLICITAR IMAGEN CEREBRAL, ASÍ LA CARGA DE RADIONES DE UNA TOMOGRAFÍA COMPUTA ES SUPERIOR A LOS PARÁMETROS ACEPTADOS POR LA OMS PARA GESTACIONES DE 20 SEMANAS, ESTA CARGA PUEDE AFECTAR INCLUSO LA VIDA DEL FETO”.* Y en el diagnóstico se apunta: *“DX Principal // 2068 // COMPLICACIONES ESPECIFICADAS RELACIONADAS CON EL EMBARAZO (OTRAS).”*

El 21 de abril de 2014, a la materna se le practicó valoración de edad gestacional en Assbasalud, por parte del médico ecografista José Edgar Chica Gutiérrez, quien concluyó: *“FETO ÚNICO VIVO, PARA UNA EDAD GESTACIONAL POR ECOGRAFÍA DE APROXIMADAMENTE 28 SEMANAS, 6 DÍAS, CON PERCENTILES ADECUADOS”.*

El 9 de julio de 2014, la madre gestante asiste al S.E.S. Hospital de Caldas, fecha para la cual se encontraba programado el proceso de parto, en dicha institución fue valorada por el médico especialista en ginecología y obstetricia Luis Edilberto Herrera Morales,

quien decidió dar de alta con recomendaciones y signos de alarma para consultar de inmediato.

A las 8:17 a.m., del 12 de julio de 2014, la gestante ingresó al S.E.S. Hospital de Caldas donde fue valorada por la médica general Lorena Zapata Contreras, quedando consignado en la historia clínica: *“Justificación: 4 INGRESO A LA INSTITUCIÓN DEL 12 DE JULIO PARA INDUCCIÓN DE TRABAJO DE PARTO, PRIMER DIA POP CESAREA DONDE SE ENCUNETRA OBITO FETAL. SE TRASLADA A SALA GENERAL PARA SEGUIMIENTO POST OPERATORIO. EN EL MOMENTO CON ESTABILIDAD HEMODINAMICA, UTERO CON BUENA EVOLUCIÓN”*.

Que en la nota médica de la 1:25 a.m. del 14 de julio de 2014 se registró lo siguiente: *“PACIENTE QUIEN PRESENTA MUERTE INTRAUTERINA, FETOCARDIA POSITIVA REGISTRADA SEGÚN NOTA DE ENFERMERÍA COMO NORMAL HASTA LAS 00+00”*. Y a las 4:47 a.m. del mismo día se consignó: *“OBITO FETAL, IMPRESIONA A TERMINO, CON LIQUIDO AMNIOTICO CON MECONIO, NO SE ENCUENTRAN ALTERACIONES APARENTES AL EXAMEN FISICO, SE COMENTA ESTO A GINECOLOGO, Y SE SUGIERE A ENTE ENVIAR TANTO PLACENTA COMO OBITO A ESTUDIO ANATOMOPATOLOGICO.”* En el estudio anatomopatológico de la placenta y el cordón umbilical del 22 de julio de 2014 se determinó en el diagnóstico histológico: *“PLACENTA (ALUMBRAMIENTO) – HISTOLOGÍA NORMAL”*.

2. Contestación de la demanda

2.1. S.E.S. Hospital de Caldas: se opuso a las pretensiones de la parte actora al considerar que la atención brindada a la paciente durante su ingreso y permanencia fue suficiente, oportuna, diligente, cuidadosa y además utilizando todos los medios disponibles en la institución, tal y como consta en la historia clínica. Formuló las excepciones:

- Ausencia de nexo causal: Sostiene que en la historia clínica de la señora Lorllin Alexa Valencia se puede observar que Servicios Especiales de Salud le brindó toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo al estado de gestación que presentaba, poniendo a su disposición y uso los recursos humanos y científicos disponibles. Agrega que durante el periodo probatorio demostrará que el desenlace final de la gestación no obedeció a mala praxis, incuria médica o deficiencia en la atención médica brindada.

- Excesiva tasación de perjuicios: Indica que los perjuicios morales y daño a la vida de relación solicitados no guardan relación con los parámetros establecidos por la jurisprudencia de unificación de 28 de agosto de 2014.

- Culpa exclusiva de la paciente: Anota que la paciente de acuerdo con lo anotado en la historia clínica, concretamente en la atención del 21 de noviembre de 2013, realizada por la especialidad de ginecología obstétrica presentaba riesgo medio por consumo de licor dentro del primer trimestre de gestación. Que de acuerdo con la literatura médica el consumo de alcohol durante el embarazo, y en especial durante el primer trimestre, puede producir alteraciones físicas o neurológicas irreversibles en el feto y causar hasta

la muerte prenatal.

2.2. Assbasalud E.S.E.: Se opuso a las pretensiones de la parte actora al considerar que carecen de causa eficiente y de respaldo fáctico y probatorio. Que de conformidad con el informe pericial de necropsia la causa de la muerte del producto de la señora Lorllin Alexa, fue un sufrimiento fetal, esto es un factor intraparto, el cual ocurrió el 14 de julio de 2014 en el S.E.S. Hospital de Caldas y en donde no intervino la E.S.E. Assbasalud.

Formuló la excepción denominada **“Inexistencia del nexo causal”**: basada en que los hallazgos descritos en la necropsia, corresponden a cambios y alteraciones propias de un sufrimiento fetal agudo ocurrido en el momento mismo del parto, y no guarda ningún tipo de relación causal con el embarazo ni el transcurso del mismo, sino que están necesariamente relacionados con el desarrollo del trabajo de parto, el cual se desarrolló en su totalidad en el S.E.S. Hospital de Caldas. Que de esa manera, no es posible acreditar el nexo de causalidad entre la atención médica brindada a la paciente en Assbasalud, en fechas previas al proceso de parto y el infortunado fallecimiento del feto ocurrido durante el alumbramiento, etapa está en la que no intervino personal médico adscrito a la entidad.

2.3. Par Caprecom Liquidado: no contestó la demanda.

2.4. La Previsora S.A.: (llamada en garantía por S.E.S Hospital de Caldas). Se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó que no le consta ninguno de los hechos de la demanda por no haber intervenido en ellos. **Frente a la demanda** planteó las excepciones:

- Inexistencia de nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la atención prestada por el S.E.S.: que tal como lo planteó el apoderado del S.E.S. en la contestación de la demanda con base en la historia clínica de la atención brindada en la institución se tiene que a la señora Lorllin Alexa se le brindó durante su ingreso y permanencia toda la atención médica y diagnóstica indispensable, oportuna y diligente de acuerdo al estado que presentaba, con el cuidado requerido, con la observación de los protocolos de atención, con la práctica de paraclínicos necesarios, con valoraciones por la especialidad de ginecoobstetricia y con hospitalización para el trabajo de parto.

- Excesiva tasación de perjuicios: Señala que los perjuicios extrapatrimoniales solicitados en la demanda, resultan excesivos respecto a lo establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

- Culpa exclusiva de la víctima: Sostiene que en la historia clínica de Assbasalud y en los mismos hechos de la demanda se señala que la paciente ingirió licor durante el primer trimestre del embarazo por lo que en el curso del proceso se deberá establecer las consecuencias y posibles repercusiones en lo sucedido, ya que esto demuestra falta de cuidado e interés por su salud y por la salud del feto.

Frente al llamamiento en garantía señaló que, la póliza que se encontraba vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos y la reclamación atendiendo la modalidad de

seguro, esto es *claims made*, es la 1002508 con vigencia del 30/04/2015 al 30/04/2016, ya que la conciliación prejudicial fue radicada el 21 de agosto de 2015 y celebrada el 27 de octubre de 2015.

Formuló la excepción “**Límite de valor asegurado**”: señaló que en el evento que se condene al asegurado se debe tener en cuenta que la póliza de responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse agotada por pagos hechos con anterioridad, con cargo a la misma vigencia de aquella. Así mismo afirma que cualquier pago deberá ceñirse a las condiciones del contrato de seguro, esto es coberturas, exclusiones, deducibles y límites.

2.5. Seguros del Estado S.A.: (llamada en garantía por Assbasalud). Se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto a los hechos de la demanda señala que no le constan, por lo que debían probarse. **Frente a la demanda** planteó las excepciones:

- **Ausencia de responsabilidad en cabeza de Assbasalud:** Sostiene que la historia clínica de la señora Lorllin Alexa, da cuenta de la ausencia de responsabilidad de Assbasalud, allí se documenta de manera clara cada una de las atenciones brindadas a la gestante, las cuales se ajustaron al principio de la *lex artis*.

- **Inexistencia de nexo causal en cabeza de Assbasalud E.S.E.:** que si bien está demostrado el fallecimiento de la bebé de la demandante, no está probado que dicha muerte se deba a la mala atención brindada por Assbasalud, razón por la cual no se predica la relación de causalidad entre el daño alegado y la atención brindada por la institución.

- **Ausencia de responsabilidad por parte de Assbasalud por cuanto las obligaciones de sus médicos son de medio y no de resultado:** Argumenta que en materia de responsabilidad médica tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido de forma reiterada que se aplica el régimen de la culpa probada, por lo cual al demandante le corresponde probar los hechos y circunstancias con los cuales endilga al demandado la conducta culposa generadora del daño, quien se exime probando una actitud diligente, perita y prudente; ello toda vez que la obligación médica es de medio y no de resultado.

- **Excesiva tasación de los perjuicios morales:** que en el hipotético evento de una sentencia condenatoria, deberá tener en cuenta los parámetros definidos por el Consejo de Estado para el reconocimiento del daño moral.

Frente al llamamiento en garantía formuló las excepciones:

- **Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan:** Sostiene que en el eventual caso que el fallo llegue a ser adverso, éste debe circunscribirse a lo pactado en el contrato de seguro, por ello deben analizarse cada una de las relaciones jurídicas existentes dentro del proceso, esto es, la que se genera entre los demandantes y Assbasalud y la que se configura entre la Assbasalud y la compañía aseguradora Seguros del Estado.

- **Límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía - suma asegurada:** La compañía aseguradora sólo responde hasta la concurrencia de la suma asegurada, ello en virtud del artículo 1079 del Código de Comercio.

- **Deducible a cargo del asegurado:** En la póliza de seguros de *Responsabilidad Civil Profesional Clínicas Y Hospitales* identificada con el # 42-03-101000328 y 42-03101000423, se pactó un deducible del 10.00% del valor de la pérdida o un mínimo de \$1.000.000.

- **Ausencia de cobertura del evento en la vigencia de las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No 42-03-101000328 y 42-03-101000423, mediante las cuales se llamo en garantía, por cuanto dichas pólizas se expidieron bajo la modalidad *claims made*:** Afirma que la fecha del siniestro corresponde a la fecha en la cual se suscribió el acta de la audiencia de conciliación extrajudicial entre la víctima y la entidad asegurada, esto es el 21 de octubre de 2015, de tal manera que como las pólizas fundamento del llamamiento tuvieron su vigencia hasta el 03/03/2014 (42-03-101000328) y el 03/03/2015 (42-03-101000423), para la fecha de la reclamación del siniestro no se encontraban vigentes, y en tal razón se debe declarar la ausencia de cobertura.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones: “*Ausencia de nexo causal*” formulada por el Ses Hospital de Caldas e “*Inexistencia del nexo causal*”, planteada por la E.S.E. Assbasalud; en consecuencia negó las pretensiones de la demanda y la condenó en costas.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis probatorio y jurídico concluyó que, la parte actora demostró el daño, esto es, la muerte de la bebé de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares ocurrida el 14 de julio de 2014.

Sin embargo, en cuanto a la imputación señaló que, de la prueba documental, la testimonial de los especialistas que atendieron a la gestante y los dictámenes periciales recaudados, le permiten afirmar que no se demostró la responsabilidad de las entidades demandadas por la atención médica suministrada a la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares durante todo el proceso de gestación y su término, pues si bien quedó probada la muerte del feto por una hipoxia, no se pudo determinar, tal y como lo aseguró la perito doctora Sandra María Vélez Cuervo, que ello obedeciera a un “*déficit en la atención médica*”, por el contrario, tuvo origen de manera desafortunada en un hecho súbito e inesperado.

3. Recurso de apelación

La **parte demandante** solicitó revocar el fallo y en su lugar acceder a sus pretensiones, para fundamentar lo anterior señaló que, se encuentra demostrado que el personal médico que atendió a la joven Lorllin Alexa, actuó de manera negligente, negándole una atención oportuna que requería, sin tener en cuenta las circunstancias de la paciente y en especial su estado de gestación, pues como se evidencia en la historia clínica durante

el lapso de las 07:20 p.m. y las 10:04 p.m., se pudo evidenciar que no se reportó ningún acontecimiento, o procedimiento, sólo hasta las 01:25 a.m. del 14 de Julio de 2014, fue declarada que la paciente presentaba muerte intrauterina, perdiendo tiempo valioso que hubiese podido evitar el in suceso y salvar la vida del feto.

Que la falla en el acto obstétrico se demuestra con: -. La demora en la atención a la joven Lorllin Alexa. - Efectivamente la paciente y el bebe entraron sanos, el 12 de Julio de 2014.- Se utilizaron medicamentos como la oxitocina, el cual no tuvo resultado efectivo, pero que si ocasionaban un sufrimiento fetal por cuanto la madre no respondía al trabajo de parto. - No se optó por la cesárea a pesar de que la paciente estaba pasada en su tiempo de gestación. - No hubo valoración por profesionales en la especialidad de Ginecología - Obstetricia, entre el 12 y 14 de Julio. - El embarazo tuvo un desarrollo normal y en ningún momento auguraba complicación alguna para su alumbramiento; fue así que, ante la demora en los procedimientos y la prestación del servicio médico hospitalario, se ocasionó el fallecimiento del feto. - Hubo demora para actuar frente al retraso del alumbramiento, presentándose complicaciones que trajeron como resultado la muerte del feto, a ello se debe agregar aspectos tales como, el feto se encontraba *meconiado* (sic), hubo sufrimiento fetal agudo y en sus órganos internos presentaba signos de hipoxia generalizada.

Sintetizó apartes de la declaración del médico forense José Fernando Marín Arias, el médico patólogo Jorge Eduardo Paredes, del médico patólogo Harold Adrián Dávila Giraldo, y de la médica Sandra María Vélez Cuervo para afirmar que, *“no dan cuenta ellos de la forma exacta como se presentó la muerte fetal y no puede dar las explicaciones del porqué de la “hipoxia severa” o “sufrimiento fetal” y mucho menos asociarlos ellos a que la muerte se haya producido por motivos de carácter natural”*, por lo que las demandadas deben ser declaradas responsables por el fallecimiento de la bebe y la afectación en la humanidad de la joven Lorllin Alexa.

Concluyó que, existe prueba indiciaria de la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo; que los indicios, están edificados sobre la demostración de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que, si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.

4. Pronunciamientos sujetos procesales segunda instancia

La asegurado La Previsora, solicitó confirmar el fallo de primera instancia, por considerar que no existió omisión por parte del SES Hospital de Caldas, en tanto a la demandante y su bebé, le fueron brindadas todas las atenciones médicas requeridas, en tanto el servicio fue idóneo, adecuado, diligente y oportuno, por lo tanto, los daños alegados son ajenos al despliegue de las actuaciones de la entidad.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se centra en establecer: *¿El daño consistente en el fallecimiento de la bebé de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares ocurrida el 14 de julio de 2014 es imputable a las entidades demandadas?*

Se resalta que, en la sentencia recurrida se encontró demostrada la existencia el daño consistente en el fallecimiento de la bebé de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares ocurrida el 14 de julio de 2014, asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

2. Tesis del tribunal

El daño consistente en el fallecimiento de la bebé de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares ocurrida el 14 de julio de 2014 no es imputable a Assbasalud por cuanto se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no es posible determinar una falla en el servicio, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica en su contra. Tampoco es imputable a S.E.S. Hospital de Caldas, por cuanto no existen pruebas suficientes que permitan aseverar de manera categórica que hubo un error en el procedimiento médico quirúrgico prestado a la paciente, o una mala atención médica o del incumplimiento de protocolos o que los profesionales de la salud no fueran idóneos; por el contrario, los indicios evidencian que el daño tuvo origen en un hecho súbito e inesperado. Por lo anterior, tampoco resulta imputable a Caprecom EPS-S.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la imputación, la carga de la prueba, la prueba indiciaria; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el análisis del caso concreto.

3. Fundamento jurídico

3.1. La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones

relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales¹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”*².

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el

¹ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación".³

3.2. La prueba indiciaria

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, en jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado se ha indicado que, tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado bien debe ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, incluida la utilización de indicios⁴.

En relación con el nexo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha admitido que, en circunstancias en las que no sea posible esperar certeza o exactitud sobre la existencia del mismo, puede tenerse por acreditado si se observaba un "*convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad*"⁵.

Sin embargo, dicha postura fue precisada en el sentido de indicar que, se trata de una regla de prueba en virtud de la cual el nexo puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, sin que se trate de una excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el lazo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño para que se estructure

³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006 (exp. 15.772), reiterada entre otras, en sentencia del 20 de febrero de 2008 (exp 15.563): "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

⁵ Por ejemplo: Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, exp. 52001-23-31-000-1999-00981-02(27000), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. "En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médicas sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al Juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v. gr. la prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume".

la responsabilidad de la administración⁶.

Con más precisión, el Consejo de Estado señaló que el acto obstétrico tiene una dinámica propia dentro del tratamiento, el cual ha sido reseñado en los siguientes términos:

“En relación con la responsabilidad médica en el servicio de obstetricia, la Sala se había inclinado por considerar que en los eventos en los cuales el desarrollo del embarazo haya sido normal y, sin embargo, éste no termina satisfactoriamente, la obligación de la entidad demandada es de resultado⁷.

“En decisiones posteriores se insistió en que la imputación de la responsabilidad patrimonial debía hacerse a título objetivo, pero siempre que desde el inicio, el proceso de gestación fuera normal, es decir, sin dificultades evidentes o previsibles, eventos en los cuales era de esperarse que el embarazo culminara con un parto normal.

“(…).

“No obstante, en providencias más recientes se recogió dicho criterio para considerar que los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por la prestación del servicio médico de obstetricia no pueden ser decididos en el caso colombiano bajo un régimen objetivo de responsabilidad; que en tales eventos, la parte demandante no queda relevada de probar la falla del servicio, sólo que el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, pero que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio de dicha falla⁸”.

“En síntesis bajo el cobijo de la tesis que actualmente orienta la posición de la Sala en torno a la deducción de la responsabilidad de las entidades estatales frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende la reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia

⁶ Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, *ibidem.*, en la cual se sostuvo: “En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. // De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios”.

⁷ Original de la cita en la sentencia del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878 dijo la Sala: “...en el campo de la obstetricia, definida como ‘la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presenta normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles. En casos como estos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y no con una patología’.”.

⁸ Original de la cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de abril de 2011, exp.17001-23-31-000-1995-02036-01(19801).

de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado, la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica”⁹ (Se deja destacado en subrayas).

Se concluye entonces que, la posición actual del Consejo de Estado se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, *“debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño”*.¹⁰

4. Hechos acreditados

-. En la clínica Assbasalud E.S.E.¹¹ se suministró a la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares atención médica, principalmente referente a controles prenatales, desde el 15 de noviembre de 2013 hasta el 8 de julio de 2014.

-. En S.E.S Hospital De Caldas¹² se suministró a la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares los siguiente atención médica, de acuerdo a la historia clínica relacionada con el parto, el 9, 12, 13 y 14 de julio de 2014; en este último día a la 1:25 a.m. se registró: *“PACIENTE QUIEN PRESENTA MUERTE INTRAUTERINA, FETOCARDIA POSITIVA REGISTRADA SEGÚN NOTA DE ENFERMERÍA COMO NORMAL HASTA LAS 00+00”*.

-. En el Informe de estudio anatomopatológico, practicado por el médico patólogo Harold Adrian Dávila Giraldo, se describen los siguientes hallazgos:

“DESCRIPCION MACROSCOPICA:

para estudio se recibe placenta y cordón umbilical, espécimen que en conjunto pesa 766 gramos, disco placentario de 18x13x6.5 cm de aspecto edematoso global con membranas de color verdusco en algunas áreas; se realizan secciones encontrando cotiledones compactos

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 17.512.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 10 de abril de 2019. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890)

¹¹ Archivos: 03fls221-307 c1 y 04fls.308-419 c1.1.

¹² Archivos: 02fls102-120 c1 y 03fls.221-307 c1

de apariencia hemorrágica difusa, el segmento de cordón umbilical mide 57 cm de longitud x 1 cm de diámetro con apariencia congestiva difusa y presencia de tres estructuras vasculares a la sección. Se procesan muestras representativas con (1) representación de cordón umbilical, (2 a 5) muestreo seriado de membranas y tejido placentario. DG/15-07

DESCRIPCION MICROSCOPICA:

Los cortes histológicos muestran vellosidades coriónicas maduras, vascularizadas, congestivas, tapizadas por un trofoblasto de aspecto usual, las cuales muestran ocasionales nodos sincitiales y algunos depósitos de fibrina intervellotario. Las membranas corioamnióticas y el cordón umbilical no presentan alteraciones histológicas específicas.

DIAGNOSTICO HISTOLOGICO:

PLACENTA (ALUMBRAMIENTO): HISTOLOGÍA NORMAL".¹³

-. En la sustentación del informe, el perito señaló:

-En el caso particular la descripción macroscópica habla de una placenta con cordón umbilical, que en conjunto pesa 766 gramos, con aspecto edematoso global con membranas de color verdusco en algunas áreas se realizan secciones encontrando cotiledones compactos de apariencia hemorrágica difusa, el segmento de cordón umbilical mide 57 cm de longitud x 1 cm de diámetro mayor con apariencia congestiva difusa y presencia de tres estructuras vasculares, y se procesan muestras representativas.

-En las membranas ovales viene envuelto el bebé, y el color verduzco ocurre cuando el bebé hace defecación. Eso puede ocurrir en cualquier momento del parto, sin que ello esté relacionado con defectos del niño. Caso contrario es el hallazgo de alteraciones del cordón umbilical. Añade que en este caso la medida del cordón era adecuada, tenía sus tres estructuras vasculares y tampoco se mostraba alguna inserción.

-No se describen calcificaciones de la placenta, las cuales se presentan en placentas envejecidas.

En el estudio histopatológico del 05 de abril de 2015, realizado por el médico patólogo Jorge Eduardo Paredes Duque, se indica:

"Descripción macroscópica

Se procesan muestras con técnica convencional de hemotoxilina eosina, por parte del histotecnólogo.

Descripción microscópica

Se observan cortes de tejidos fetales con riñón y bazo que muestran zonas de hemorragia intersticial. El hígado de aspecto usual para su edad. Los cortes de cerebro y de cerebelo tienen cambios moderados de hipoxia con presencia de halos preinucleares y pericelulares. El corazón sin cambios ostensibles. Los cortes de pulmón tienen docimasia óptica negativa. Hay cortes de páncreas y de suprarrenal sin cambios patológicos. Hay representación de cordón umbilical que tiene las arterias de paredes engrosadas con aumento del músculo liso. No hay cambios inflamatorios.

Diagnósticos

¹³ Archivo: 01fl. 64 cdno 1

Cambios globales de hipoxia.

Hiperplasia muscular lisa de pared de arterias umbilicales

Comentario

Correlacionar con la macro y los antecedentes los cambios del cordón son consistentes con trastorno hipertensivo del embarazo".¹⁴

-. En la sustentación del informe en audiencia de pruebas, el perito señaló:

-De acuerdo a su estudio pudo determinar que fue una criatura que nació muerta. En el informe se registró que no hubo cambios inflamatorios, esto es que no hubo hallazgos de enfermedades o infecciones que pusieran en riesgo a la criatura.

-Lo que si identificó fueron unos cambios en el cordón umbilical, los cuales se asocian a varias patologías, pero ante la ausencia de un proceso inflamatorio o infeccioso en las muestras analizadas, esos cambios se pueden describir como relacionados a trastornos hipertensivos durante el embarazo.

-El bebé tuvo problemas de oxigenación que le generaron una hipoxia y ella se puede relacionar a un estrés fetal o sufrimiento fetal agudo.

-Aclara que no tuvo acceso a la historia clínica de la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares.

-. En el informe pericial de necropsia elaborado por el médico forense José Fernando Marín Arias, se señala:

"PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA

Se trata del cadáver de un recién nacido de sexo femenino quien al examen de necropsia presenta:

- 1. Al examen externo el feto se halla completo y bien formado, sin huellas de trauma, con presencia de meconio a nivel del orificio anal.*
- 2. Al examen interno no presenta huellas de trauma ni evidencia de malformaciones en las cavidades corporales ni en sus contenidos viscerales.*
- 3. Los órganos internos presentan signos de hipoxia generalizada, el cerebro presenta hemorragia subaracnoidea (sic) y hemorragia en ventrículos laterales, el timo, los pulmones, el corazón, el hígado y las glándulas suprarrenales presentan áreas hemorragia en la superficie.*

ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSION PERICIAL: Con la información disponible hasta el momento de practicar la necropsia, la información aportada en el acta de inspección a cadáver, la historia clínica y los hallazgos de la autopsia se puede establecer que se trata de un recién nacido de sexo femenino a término, quien fallece in útero por un sufrimiento fetal agudo cuya causa desencadenante se desconoce. Debe esperarse a obtener los resultados del estudio histopatológico solicitado. No se anexaron la placenta ni el cordón umbilical para su respectivo estudio".¹⁵

-. En la sustentación del informe en audiencia de pruebas, el perito señaló:

¹⁴ Fls. 115 a 119 C. 4

¹⁵ Informe No. 014010117001000190, fl. 157 C. 1.

-De acuerdo con la historia clínica la materna presentaba un embarazo de 40 semanas y presentaba unos factores de riesgos relacionados con dos episodios convulsivos, infección en vías urinarias y presentar RH negativo, no había presentado actividad uterina y por ello se decidió hospitalizar para iniciar proceso de maduración cervical, luego se traslada a trabajo de parto y finalmente se realiza cesárea por muerte intrauterina.

-En el examen externo se halló un feto completo, bien formado, sin huellas de trauma y con presencia de meconio a nivel del orificio anal.

-Al examen interno no presenta huellas de trauma ni evidencia de malformaciones en las cavidades corporales ni en sus contenidos viscerales. Los órganos internos presentan signos de hipoxia generalizada, el cerebro presenta hemorragia subaracnoidea y hemorragia en ventrículos laterales, el timo, los pulmones, el corazón, el hígado y las glándulas suprarrenales presentan áreas de hemorragia en la superficie.

-Con ello se concluyó que el neonato fallece dentro del útero por un sufrimiento fetal agudo cuya causa no se conocía y había que esperar los resultados de los estudios solicitados.

-Para el estudio no se allegaron el cordón umbilical ni la placenta.

-No se encontraron signos que el feto hubiera hecho meconio dentro del útero.

-. En el dictamen rendido por la médica y especialista en ginecología y obstetricia Sandra María Vélez Cuervo¹⁶, se señaló en sostenéis:

-¿Cuáles fueron las causas desencadenantes de la muerte intrauterina de la bebé?

RESPUESTA: Según el estudio anatomopatológico la causa fue una hipoxia periparto (denominada aun por algunos como sufrimiento fetal intraparto)

-Determinar las posibles causas que generaron el sufrimiento fetal agudo de la bebé de la joven Lorllin Alexa Valencia Tabares.

RESPUESTA: Por historia clínica no hay suficientes datos para esclarecer una causa. Existen algunos factores asociados, pero que por los registros cardiotocográficos del bebé previo al fallecimiento no son muy precisos, ellos son posible placenta postmadura por la edad gestacional, pero el estudio de la placenta no menciona hallazgos de calcificaciones o de necrosis, que sugieran envejecimiento placentario. La circular de cordón en el pie, que pudiera haber causado compresión, pero la localización en el pie no es un hallazgo tan significativo.

-Determinar las causas o motivos por los cuales la bebé de la joven Lorllin Alexa Valencia Tabares presentó meconio y si ello es normal dentro del procedimiento de parto.

RESPUESTA: El meconio es un hallazgo común en fetos que superan las 39 semanas, no necesariamente ello sugiere un fenómeno hipóxico. Ver correlación clínico médico legal.

-¿Si después de cumplir 40 semanas de gestación, se eleva el riesgo de la madre gestante y qué consecuencias puede traer consigo?

RESPUESTA: Sí, después de las 40 semanas, la placenta se considera que puede estar envejeciendo, es por ello que entre la semana 40 y la 41 se realiza seguimiento más estrecho del bienestar fetal.

¹⁶ fl. 86 a 97 cdno 4

Según guías entre la semana 40 y 41 se realizan monitoreos fetales cada 3 días, y se evalúa además el bienestar materno

- Evaluar las atenciones médicas brindadas a la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares en Assbasalud ESE, en el tiempo de su gestación, en lo relacionado con el riesgo obstétrico, su oportuna remisión a un centro hospitalario de alta complejidad, el estado de salud del binomio madre hijo en la última valoración en Assbasalud E.S.E., y las condiciones de ingreso a la Institución Hospitalaria Servicios Especiales de Salud.

RESPUESTA: Durante el control prenatal se evidencia un adecuado cumplimiento de guías, solicitud de paraclínicos, remisión a ginecobstetricia y a neurología para aclarar cuadro neurológico, evaluación por su riesgo nutricional y por el tipo de sangre.

Se trataba de una paciente que presentó 2 episodios convulsivos, de causa no clara, fue evaluada por ginecólogo y por neurólogo, se realizó electroencefalograma.

Los paraclínicos de control prenatal fueron solicitados según las recomendaciones de las guías.

Al cumplir las 40 semanas, se realizó adecuada y estrecha vigilancia del bienestar materno y fetal, como lo recomiendan los protocolos.

Cerca de las 41 semanas se cita para inducción del trabajo de parto, el cual se realiza de manera adecuada, según las notas con monitoreo continuo de la frecuencia cardiaca fetal, y nunca se detectaron desaceleraciones, según lo consignan en la historia clínica.

Por el personal de enfermería se realizó vigilancia cada hora, según consta en la historia clínica.

En el evento de la muerte fetal, fue un evento inesperado, y no obedece en este caso a mala atención médica o incumplimiento de protocolos”.

-. En la sustentación del informe en audiencia de pruebas, la perito precisó:

-Para elaborar el dictamen acudió a la historia clínica parcial en lo correspondiente a los controles prenatales, la valoración por neurólogo, se tuvo toda la historia perinatal completa y el resultado de los informes de patología. Así mismo, se acudió a la revisión de los momentos críticos del control prenatal, de la atención de la urgencia y la terminación de la gestación. Se realiza un análisis de las conductas adoptadas y se correlaciona con los protocolos vigentes a la ocurrencia de los hechos.

-La paciente tenía 20 años, primigestante, con un antecedente de convulsiones que fueron valoradas por neurología a través de encefalograma, ingreso a la institución hospitalaria por haber cumplido el tiempo de gestación, pero sin actividad uterina.

-El hecho de haber cumplido la materna las 40 semanas de gestación, no implica que deba nacer el producto, pues de acuerdo con las guías se debe realizar un control y monitoreo materno fetal para verificar el bienestar de la paciente y el bebé, por ello si existe bienestar materno fetal la paciente puede ser dada de alta y se cita para dentro de los 3 días posteriores.

-Pasados los 3 días la paciente debe reconsultar y se repiten los exámenes, si la evaluación arroja un resultado positivo, se puede citar nuevamente para los próximos 3 o 4 días para una nueva evaluación. Si transcurrido el periodo anterior, esto es a las 41 semanas, la paciente no ha tenido trabajo de parto entonces en ese momento si se debe hospitalizar no para terminar la gestación ese mismo día, pero

si para iniciar el proceso de terminación de la gestación, si no existe maduración cervical se utilizan medicamentos para ello.

-En este caso, se ejecutaron las conductas descritas y además se realizó monitoreo fetal continuo, el cual nunca mostró anormalidad, sin embargo luego que la paciente en un momento tuvo que ser desconectada para hacer uso del baño, cuando se monitorea nuevamente no se encuentra fetocardia, es decir fue un evento inesperado;

-En el parto no hay hallazgos importante, sólo se describe el hallazgo del líquido amniótico con meconio, sin presencia del mismo en los pulmones y el cordón enredado en el pie.

-Sugiere que la posible causa del fallecimiento puede estar relacionada con la circular de cordón en el pie y ante el cambio de posición, ello pudo generar compresión y esto a su vez una interrupción de la circulación.

-Descartó la presencia de preclamsia en este evento, teniendo en cuenta el periodo convulsivo de la materna y la condición neurológica diagnosticada.

-De acuerdo con la condición de la materna, no se sugería la práctica de una cesárea para la terminación de la gestación.

-El embarazo se desarrolló dentro de la normalidad, salvo el evento convulsivo.

-Este es un caso en el que no se pudo determinar con exactitud qué sucedió y qué causó la muerte del bebé, es decir no se pudo establecer cuál fue la causa de la hipoxia descrita.

-La atención en salud en el S.E.S. Hospital de Caldas, estuvo por encima de los estándares internacionales, ya que se realizó una vigilancia y monitorización electrónica permanente.

-. El declarante Oscar Julián López Uribe, médico general, con especialidad en pediatría y neonatología y quien labora en el Hospital de Caldas desde 2012, señaló:

-Participó en el proceso de cesárea practicada a la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares, porque fue llamado por el ginecobstetra por la existencia de un mortinato que se encontró sin frecuencia cardíaca.

-Encontró un producto a término que tenía signos de muerte reciente, revisó estructuras anatómicas externas y vías aéreas sin encontrar ninguna anormalidad, revisó el cordón umbilical el cual estaba bien, tenía coloración roja en la córnea lo que indica que desde la muerte habían pasado algunos minutos entre la muerte y la cesárea, el líquido amniótico tenía meconio, pero el producto no estaba impregnado del mismo.

-Las causas de presencia de meconio pueden ser fisiológicas por madurez del bebé o por el trabajo de parto, estas son las más frecuentes, pero también puede estar relacionada con causas patológicas, sin embargo en este caso no puede establecer las causas de la presencia del meconio.

-Con base en el informe anatomopatológico indica que no encuentra ninguna anormalidad que llame la atención, salvo la presencia de meconio.

-. El declarante Andrés Leonardo Naranjo Cardona, médico cirujano, especialista en ginecología y obstetricia, y que labora en el Hospital de Caldas señaló:

- Cuando recibió a la paciente Lorllin estaba en inducción de trabajo de parto por haber llegado a las semana 41 de gestación.
- La gestación a término se da entre la semana 37 y la 41, cuando la gestante llega a la semana 41 y no ha iniciado trabajo de parto se lleva a cabo el proceso de inducción del mismo.
- A la paciente se le realizó un proceso de monitoreo materno fetal durante el proceso de inducción, la paciente nunca entró en un trabajo de parto, sólo de parto.
- En la cesárea practicada a la paciente no se encontró una causa del fallecimiento del producto.
- La paciente tenía dos ecografías previas que no mostraban riesgos para el proceso de parto.
- En la institución por protocolo se tiene establecido un monitoreo fetal continuo, y en este caso nunca se presentó una desaceleración de la frecuencia cardiaca fetal que advirtieran un riesgo.
- La materna se encontraba en buenas condiciones, el feto igualmente no reportaba ninguna anomalía.
- Desafortunadamente ocurrió una muerte súbita e inesperada del feto y frente a la cual no se puede establecer su causa.

5. Análisis del caso concreto

Procede la Sala a verificar si, en efecto, como lo alega la parte actora, el daño acaeció como consecuencia de una falla médica imputable a las entidades demandadas Assbasalud E.S.E y S.E.S. Hospital de Caldas.

Aduce la parte demandante que, se encuentra demostrado que el personal médico que atendió a la joven Lorllin Alexa, actuó de manera negligente, negándole una atención oportuna que requería, sin tener en cuenta las circunstancias de la paciente y en especial su estado de gestación, pues como se evidencia en la historia clínica durante el lapso de las 07:20 p.m. y las 10:04 p.m., se pudo evidenciar que no se reportó ningún acontecimiento, o procedimiento, sólo hasta las 01:25 a.m. del 14 de Julio de 2014, fue declarada que la paciente presentaba muerte intrauterina, perdiendo tiempo valioso que hubiese podido evitar el in suceso y salvar la vida del feto.

Que la falla en el acto obstétrico se demuestra con: -. La demora en la atención a la joven Lorllin Alexa. - Efectivamente la paciente y el bebé entraron sanos, el 12 de Julio de 2014.- Se utilizaron medicamentos como la oxitocina, el cual no tuvo resultado efectivo, pero que si ocasionaban un sufrimiento fetal por cuanto la madre no respondía al trabajo de parto. - No se optó por la cesárea a pesar de que la paciente estaba pasada en su tiempo de gestación. - No hubo valoración por profesionales en la especialidad de Ginecología - Obstetricia, entre el 12 y 14 de Julio.- El embarazo tuvo un desarrollo normal y en ningún momento auguraba complicación alguna para su alumbramiento; fue así que, ante la demora en los procedimientos y la prestación del servicio médico hospitalario, se ocasionó el fallecimiento del feto. - Hubo demora para actuar frente al retraso del alumbramiento, presentándose complicaciones que trajeron como resultado la muerte del feto, a ello se debe agregar aspectos tales como, el feto se encontraba

meconiado (sic), hubo sufrimiento fetal agudo y en sus órganos internos presentaba signos de hipoxia generalizada.

5.1. La imputación a la E.S.E. Assbasalud

La Sala evidencia de la historia clínica referente a la atención que se suministró en esta institución que, el 15 de noviembre de 2013, la señora Lorllin Alexa Valencia Tabares acudió al servicio médico por consulta, por cuadro de evolución de aproximadamente tres días presentando dolor bajito y orina muy amarilla, el médico tratante ordenó realización entre otros, prueba de gravidez, la cual confirmó el embarazo, por lo que se recomienda el inicio de controles prenatales.

El 17 de diciembre de 2013 se registra atención médica por control prenatal, se realiza inspección física, indicándose como fecha probable de parto para el 8 de julio de 2014. Se registran controles prenatales en los días 23 de enero, 4 de febrero, 20 de marzo, 21 y 24 de abril, 22 de mayo, 3 de junio, 3 y 8 de julio de 2014.

El 31 de enero de 2014 se registra atención de urgencias, por dolor de cabeza y que en la mañana convulsionó, se pasa a valoración, se realizan exámenes sin encontrar hallazgos que expliquen el episodio convulsivo, se dejó en observación, se ordena Tac de cráneo simple, y teniendo en cuenta que lleva más de 6 horas en control neurológico y no presentó episodios convulsivos, se encuentra estable clínica y hemodinamicamente se da salida a la paciente.

El 4 de abril de 2014 se registra atención por dolor bajo y flujo, se diagnostica dolor localizado en otras partes inferiores del abdomen y lumbago no especificado y se recomienda *“S/O UROANALISIS (CON SONDA) FFV”*. En nota del 21 de abril siguiente se indica: *“En el momento no se observan anomalías potencialmente diagnosticables por este método, a esta edad gestacional y a este nivel de complejidad. Este no es un estudio sensible para valorar algunas alteraciones morfológicas, tiene sus limitaciones”*.

El 08 de julio de 2014, Assbasalud E.S.E. realizó visita de intervención en la residencia de la gestante, se registró que gestante está a término, esperando trabajo de parto, se diligenció remisión inmediata, está con flujo en poca cantidad, no está con ningún otro síntoma ya terminó controles y se dan recomendaciones del caso.

De acuerdo a lo anterior se evidencia que, fueron realizados los controles prenatales de forma periódica; en las notas de la historia clínica se registraron y calificaron los siguientes riesgos en el embarazo: riesgo bajo relacionado con la ingesta de alcohol en el primer mes de gestación; infección de vías urinarias; riesgo alto relacionado con episodios convulsivos de la materna, riesgo isoinmunización - *riesgo por RH materno* y riesgo por posición podálica. A pesar de los riesgos descritos, el embarazo transcurrió con normalidad.

Adicionalmente, no obra en el proceso elemento de convicción alguno que permita inferir que, en Assbasalud le fue negando una atención oportuna o que debía suministrársele otro tipo de atención o tratamientos distintos a los que le fueron

suministrados. Tampoco se acreditó que los profesionales de la salud no fueran idóneos.

Al respecto, en el dictamen rendido por la médica y especialista en Ginecología y Obstetricia Sandra María Vélez Cuervo¹⁷ señaló:

“Durante el control prenatal se evidencia un adecuado cumplimiento de guías, solicitud de paraclínicos, remisión a ginecobstetricia y a neurología para aclarar cuadro neurológico, evaluación por su riesgo nutricional y por el tipo de sangre).

Se trataba de una paciente que presento 2 episodios convulsivos, de causa no clara, fue evaluada por ginecólogo y por neurólogo, se realizó electroencefalograma.

Los paraclínicos de control prenatal fueron solicitados según las recomendaciones de las guías.

Al cumplir las 40 semanas, se realizó adecuada y estrecha vigilancia del bienestar materno y fetal, como lo recomiendan los protocolos”.

En consecuencia, para la Sala frente a Assbasalud se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no es posible determinar una falla en el servicio, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica en su contra.

5.2. La imputación a S.E.S. Hospital de Caldas

La Sala evidencia de la historia clínica referente a la atención que se suministró que, la gestante acudió el 09 de julio de 2014 a esta institución por cuanto la fecha probable de parto era el día anterior; ingresó en buenas condiciones generales, sin actividad o contracción uterina ni salida de líquido o sangre, luego de practicado tacto vaginal y monitoreo fetal electrónico se decidió dar de alta con recomendaciones.

El 12 de julio de 2014 a las 08:15:50 a.m., volvió la materna a la institución indicando que, fue citada a inducción del parto; se registró que la gestante cursaba con 40 semanas y 6 días, que percibía movimientos fetales, negando actividad uterina. El ginecobstetra decide hospitalizar para iniciar maduración cervical con *misoprotol*. A las 09:49 a.m., se registra formulación de medicamentos: *JERINGA DESECH 3CC C/A CON EMBOLO CUERPO Y PISTON + CIERRE ROSCADO DE AJUSTE HERMETICO . Oxitocina. JERINGA TUBERCULINA 1CC 27Ga CON EMBOLO CUERPO Y PISTON + CIERRE ROSCADO DE AJUSTE HERMETICO “vita K”.*

El 13 de julio de 2014 a las 05:38 a.m. se registra: *“Paciente quien refiere mov fetales+. Refiere actividad uterina en aumento. Se reevalua cuello posterior permeable a un dedo borramiento del 50% membranas integras se coloca segunda dosis de misoprostol 25mcg intravaginal a las 5+30 am”.* “A las 06:28 p.m. se registra que la paciente se encuentra en fase latente de parto, con monitoreo fetal adecuado, adecuada evolución de su trabajo de parto.

A las 12:15 p.m., se registra que la paciente se encuentra en aparentes buenas condiciones generales, con escaso aumento de actividad uterina, el médico tratante

¹⁷ fl. 86 a 97 cdno 4.

decide trasladar de servicio a la paciente para iniciar trabajo de parto con uso de oxitocina. En las notas de las 3:14 p.m., 6:28 p.m., **7:20 p.m.** y **10:04 p.m.** se registra actividad uterina de contracciones y monitoreo fetal; en esta última se indica:

“Subjetivo:

PERCIBE MOVIMIENTOS FETALES

FCF BASAL 142 LAT/MIN

ACTIVIDAD UTERINA 3 CONTRACCIONES EN 10 MINUTOS DE 25 SEGUNDOS INTENSIDAD ++, TACTO VAGINAL CUELLO POSTERIOR PERMEABLE A DOS DEDOS BORRAMIENTO DEL 50%

Indicaciones

MONITORIA FETAL CONTINUA

En las notas de enfermería del 13 de julio de 2014, que hacen parte de la historia clínica, a partir de las 7:00 p.m., se registró:

HORA: 07:00 p.m. TITULO: NOTA DE RECIBO - Recibo paciente en cama tranquila, consciente, orientada, en aparentes, buenas condiciones generales, de un embarazo único de 41 semanas, lev permeables en MSI pasando ssn de base y en Y goteo de 5 unidades de oxitocina cerrado, feto con movimientos +, fcf 135x', con actividad uterina regular, sin presencia de perdidas vaginales, continua monitorizada para vigilar fcf, y actividad uterina

HORA: 07:15 p.m. TITULO: EVOLUCIÓN - Paciente que es vx por la DRa Andrea residente de gineco quien realiza TV encontrando cuello intermedio permeable a dos dedos, B: 50%, membranas integras, fcf 148x', continua con monitorización continua

HORA: 10:00 p.m. TITULO: EVOLUCIÓN - Paciente que es vx por la DRa Andrea residente de gineco quien realiza TV encontrando cuello posterior permeable a dos dedos, B: 50%, membranas integras, fcf 143x', continua con monitorización continua.

En la atención del 14 de julio de 2014, se registró:

01:25 a.m.:

"...

Subjetivo

1AM

NO SE AUSCULTA FETOCARDIA

LUEGO DE IR AL BAÑO, AL INTENTAR MONITOREO FETAL NO SE AUSCULTA FETOCARDIA, SE TRASLADA ECOGRAFO, NO SE ENCUENTRA FETOCARDIA, NO HAY MOVIMIENTOS FETALES. HASTA EL MOMENTO DEL TRASLADO AL BAÑO SEGÚN PERSONAL DE ENFERMERIA, FETOCARDIA NORMAL SIN DESACELARACIONES EN MONITOREO FETAL.

Objetivo

BUENAS CONDICIONES GENERALES, HIDRATADA, AFEBRIL, CARDIOPULMONAR SATISFACTORIO, ABDOMEN UTERO GRAVIDO, NO SE AUSCULTA FETOCARDIA, NO PERMITE REALIZAR TACTO VAGINAL, MIEMBROS SIN EDEMAS, NEUROLOGICO SIN DEFICIT.

Análisis

PACIENTE QUIEN PRESENTA MUERTE INTRAUTERINA, FETOCARDIA

*POSITIVA REGISTRADA SEGÚN NOTA DE ENFERMERIA COMO NORMAL
HASTA LAS 00+00*

Indicaciones

*VIGILAR ACTIVIDAD UTERINA - SSN 0.9% 100 CC HORA - CONTROL DE
SIGNOS VITALES, AVISAR CAMBIOS...”*

En la cesárea practicada se describe que el producto estaba a término; del sexo femenino; sin alteraciones aparentes; presentaba rigidez en las extremidades; líquido amniótico con meconio grado 2, con abundante presencia de estos en tráquea; cordón umbilical *normoinsertado*, sin nudos, y circular de cordón en pie derecho; ano perforado y ante los hallazgos se envió tanto óbito como placenta a estudio anatomopatológico.

La Sala, de acuerdo a lo anterior evidencia que, el 12 de julio de 2014, con 41 semanas de embarazo ingresó nuevamente al SES Hospital de Caldas por cita para inducción de parto, al tener movimientos fetales positivos, sin actividad uterina y sin pérdidas vaginales, se decidió iniciar proceso para maduración cervical, vigilancia y monitorización fetal permanente; se deja hospitalizada bajo supervisión y el 14 de julio de 2014 a la 1:00 a.m., luego de haberse desconectado el monitoreo continuo por uso del baño de la gestante, no se encontró frecuencia cardíaca fetal.

El apelante afirma que, en la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que durante el lapso de las 07:20 p.m. y las 10:04 p.m., del 13 de julio de 2014 no se reportó ningún acontecimiento, o procedimiento, sólo hasta las 01:25 a.m. del 14 de Julio de 2014, donde se declaró que la paciente presentaba muerte intrauterina. Al respecto la Sala observa, de acuerdo a la historia clínica, y en especial a las notas de enfermería que, en efecto entre las 07:20 p.m. y las 10:00 p.m. no hubo registros, sin embargo ello no es indicio fuerte de la existencia de una falla del servicio.

Ello principalmente porque, según lo registrado en la historia clínica y en las notas de enfermería, a las 7:15 p.m., 7:20 p.m., y 10:00 p.m., la paciente fue valorada por la médico residente de ginecología, encontrando cuello intermedio permeable a dos dedos, borramiento al 50%, membranas integra, y frecuencia cardíaca entre 143x' 148x', es decir, no se evidenció algún signo de alarma, que llevara a cambiar el tratamiento que se venía suministrando.

Al respecto, en el dictamen rendido por la médica y especialista en Ginecología y Obstetricia Sandra María Vélez Cuervo¹⁸ señaló que, en el caso expuesto se evidencia la aplicación de los protocolos durante el proceso de inducción del trabajo de parto, se realizó monitorización fetal continua, pero de forma abrupta se presenta muerte fetal, sin obedecer ello a déficit en la atención médica; que además:

“Cerca de las 41 semanas se cita para inducción del trabajo de parto, el cual se realiza de manera adecuada, según las notas con monitoreo continuo de la frecuencia cardíaca fetal, y nunca se detectaron desaceleraciones, según lo consignan en la historia clínica.

Por el personal de enfermería se realizó vigilancia cada hora, según consta en la historia

¹⁸ fl. 86 a 97 cdno 4.

clínica.

En el evento de la muerte fetal, fue un evento inesperado, y no obedece en este caso a mala atención médica o incumplimiento de protocolos”.

Sobre las causas del fallecimiento fetal, en la sustentación del estudio histopatológico, el médico patólogo Jorge Eduardo Paredes Duque¹⁹, señaló que, el bebé tuvo problemas de oxigenación que le generaron una hipoxia y ella se puede relacionar a un estrés fetal o sufrimiento fetal agudo; pero que no tiene certeza de la causa de la muerte.

En la sustentación del Informe Pericial de necropsia, elaborado por el médico forense José Fernando Marín Arias²⁰ en cuando a las condiciones de riesgo del embarazo señaló que, no había una claridad de la fecha de la última menstruación para establecer realmente el tiempo de gestación; la paciente convulsionó en dos ocasiones y tenía una infección de vías urinarias; había una incompatibilidad en el RH de la sangre, ella era RH negativo y supone que el padre era RH negativo y además era una primigestante; que esas condiciones hacen que el embarazo se considerara de alto riesgo. En cuanto a las causas del fallecimiento señaló que, los órganos internos presentan signos de hipoxia generalizada, el cerebro presenta hemorragia subaracnoidea y hemorragia en ventrículos laterales, el timo, los pulmones, el corazón, el hígado y las glándulas suprarrenales presentan áreas de hemorragia en la superficie; con ello concluyó que el neonato fallece dentro del útero por un sufrimiento fetal agudo cuya causa no se conocía.

El testigo Andrés Leonardo Naranjo Cardona, médico cirujano, especialista en ginecología y obstetricia, que labora en el Hospital de Caldas señaló que, la materna se encontraba en buenas condiciones, el feto igualmente no reportaba ninguna anomalía, por ello infiere que desafortunadamente ocurrió una muerte súbita e inesperada del feto y frente a la cual no se puede establecer su causa.

De acuerdo a lo anterior, no se encuentra acreditada una demora en la atención de la señora Lorllin Alexa, por el contrario se evidenció que la atención fue oportuna y constante. Los argumentos referentes a los efectos adversos en el feto de los medicamentos como la oxitocina, que no se optó por la cesaría oportunamente, que no hubo valoración por profesionales en la especialidad de ginecología - obstetricia, y que hubo demora para actuar frente al retraso del alumbramiento, si bien son situaciones que pudieron incidir el resultado final, no son suficientes para afirmar que por ello se presentó una falla del servicio y por tanto que el daño es imputable al Hospital de Caldas. Las pruebas son claras en indicar que, se trató de una muerte súbita e inesperada del feto y frente a la cual no se puede establecer su causa.

Ahora, si bien la paciente y el bebé entraron sanos, el 12 de Julio de 2014 y el embarazo tuvo un desarrollo normal a pesar de las condiciones de riesgo que se presentaron, esto tampoco permitir inferir con seguridad una falla en la atención durante el trabajo de parto; las pruebas evidencian todo lo contrario, en el dictamen rendido por la médica y especialista en ginecología y obstetricia Sandra María Vélez Cuervo²¹, se evidencia la

¹⁹ fls. 115 a 119 Cdno 4

²⁰ fl. 157 cdno 1

²¹ fl. 86 a 97 cdno 4.

aplicación de los protocolos durante el proceso de inducción del trabajo de parto, se realizó monitorización fetal continua, pero de forma abrupta se presenta muerte fetal, sin obedecer ello a déficit en la atención médica.

Así, a juicio de la Sala, no existen en el expediente elementos suficientes que permitan aseverar de manera categórica que hubo un error en el procedimiento médico quirúrgico prestado a la paciente, o una mala atención médica o el incumplimiento de protocolos o que los profesionales de la salud no fueran idóneos.

5.3. Conclusión

El daño no es imputable a Assbasalud por cuanto se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no es posible determinar una falla en el servicio, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica en su contra.

Tampoco es imputable a S.E.S. Hospital de Caldas, por cuanto no existen pruebas suficientes que permitan aseverar de manera categórica que hubo un error en el procedimiento médico quirúrgico prestado a la paciente, o una mala atención médica o el incumplimiento de protocolos o que los profesionales de la salud no fueran idóneos; por el contrario, los indicios evidencian que el daño tuvo origen en un hecho súbito e inesperado. Por lo anterior, tampoco resulta imputable a Caprecom EPS-S.

En consecuencia, al no encontrarse acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, debe confirmarse la sentencia apelada, que negó a las pretensiones de la parte demandante.

6. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Lorllin Alexa Valencia Tabares y otros contra E.S.E. Assbasalud, S.E.S. Hospital de Caldas y Caprecom En Liquidación.

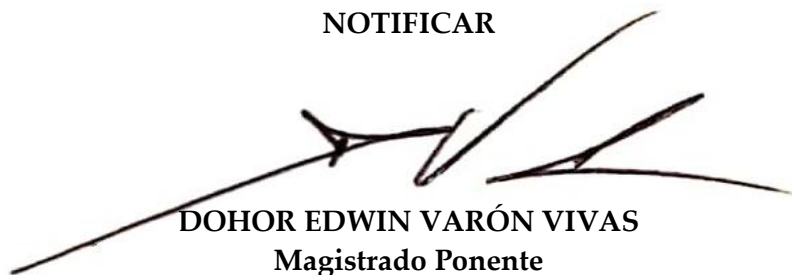
Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, al abogado Héctor Jaime Giraldo Duque.

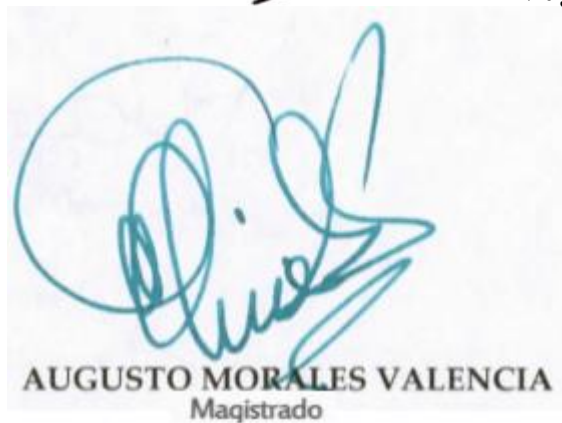
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-39-005-2016-00117-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Blanca Isabel Giraldo Rendón
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 27

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 26 de marzo de 2019, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1) Que se declare la nulidad de la Resolución No. 8698-6 de 10 de diciembre de 2014, suscrita por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas, que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada por la demandante.

2) Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4791-6 de 9 de junio de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas, que confirmó la Resolución No. 8698-6 de 10 de diciembre de 2014.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicito se ordene, a título de restablecimiento del derecho, lo siguiente:

- 1) Reconocer y pagar a la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho en condición de cónyuge supérstite del señor Orlando de Jesús Salazar Gallego, liquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante de la prestación y efectiva a partir del 19 de julio de 1992.*
- 2) Incluir a la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón en la nómina de pensionados y seguir pagando mensualmente la pensión de sobrevivientes a que tiene derecho.*
- 3) Pagar el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde la fecha*

del fallecimiento del causante de la prestación, esto es 19 de julio de 1992, hasta cuando se verifique la inclusión en nómina de pensionados, teniendo en cuenta las actualizaciones e intereses a que haya lugar.

- 4) Que los dineros que se paguen a la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón sean debidamente indexados.*
- 5) Que se pague a la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento proferirse la sentencia que ponga fin al proceso, los intereses a que haya lugar hasta cuando se verifique el pago de las sumas adeudadas.*
- 6) Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses.*
- 7) Disponer el pago de las costas y agencias en derecho a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante.*

2. Hechos.

El señor Orlando de Jesús Salazar Gallego nació el 1° de agosto de 1955 y prestó sus servicios en el sector educativo desde el 19 de agosto de 1976 hasta el 18 de julio de 1992 como docente en el Instituto Nocturno Supía del municipio de Supía, Caldas, nombrado mediante Decreto 643 del 23 de agosto de 1976.

El señor Salazar Gallego contrajo matrimonio con la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón el 6 de octubre de 1979, procrearon 3 hijos, y falleció el día 18 de julio de 1992, momento para el cual convivía con la señora Giraldo Rendón bajo el mismo techo y unidos por vínculos de afecto, ayuda y apoyo.

La señora Blanca Isabel Giraldo Rendón radicó petición de reconocimiento de pensión de sobrevivientes el 21 de agosto de 2014 ante la Secretaría de Educación del departamento de Caldas.

Mediante Resolución No. 8698-6 del 10 de diciembre de 2014 la Secretaría de Educación del departamento de Caldas negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por considerar que no se cumplían los requisitos para acceder a ella, en especial un tiempo de servicios de 18 años, decisión que fue confirmada mediante la Resolución No. 4791-6 del 9 de junio de 2015.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 4, 13, 29, 48 y 58. Ley 100 de 1993, artículos 46, 47, 48 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad puesto que se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse. Indicó que al comparar el

régimen especial que regula las prestaciones sociales de los docentes, con el régimen general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes, observa que el general es más beneficioso que el especial pues requiere una fidelidad de 26 semanas cotizadas mientras que el especial requiere como mínimo 18 años de labor como docente, lo que genera una situación de desigualdad evidente, que sólo puede ser zanjada aplicando para efectos de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el régimen general.

Para sustentar tal violación trajo a colación sentencias como la C-461 de 1995, sentencia del 10 de julio de 2014 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, con radicado 05001-23-31-000-2005-04218-01 (2713-13), entre otras, que hacen referencia al principio de favorabilidad en materia pensional y del derecho a la pensión. Estimó que la aplicación del régimen especial sólo genera una discriminación injusta que va en contra vía de los principios que fundamentan el estado social de derecho.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora y sobre los hechos adujo que no le constan.

Manifestó que la parte demandante no cumple con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 para acceder al derecho que reclama, comoquiera que no demostró la dependencia económica respecto del causante, tal y como lo exige el artículo 13 de la norma en cita. Luego, propuso como excepciones las que denominó: “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “ausencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad”, “prescripción”, “sustitución pensional – pensión de sobrevivientes – declaratoria por autoridad competente”, “buena fe” y “genérica”. (fls. 68-84, C. 1)

4.2. Departamento de Caldas.

La entidad se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora y sobre los hechos adujo que no le constan.

Considera que no es la entidad encargada de reconocer y pagar la prestación económica solicitada y agregó que sólo actúa como intermediario, recibiendo y radicando las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial de acuerdo con los requisitos previos establecidos por la Fiduprevisora S.A. (fls. 89-91, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 26 de marzo de 2019, se negaron las pretensiones de la parte demandante.

Como sustento de dicha decisión, el a quo planteó que si bien es cierto el Consejo de Estado en un principio consideró que en materia laboral podía ser aplicada la Ley 100 de 1993 de forma retrospectiva, también lo es que, posteriormente, rectificó dicha posición estimando que la norma aplicable en cada caso es aquella que se encuentre vigente al momento de consolidación del derecho, vale decir, tratándose de la pensión de sobreviviente sería la fecha de la muerte del afiliado. Por lo tanto, si la muerte ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es posible con base en el artículo 288 ibídem, aplicarla retrospectivamente acudiendo al principio de favorabilidad en tanto ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley conforme lo estipulado en la Ley 153 de 1887.

En el caso concreto determinó que la Ley 100 de 1993 no se encontraba vigente para el momento en que falleció el señor Orlando de Jesús Salazar (18 de julio de 1992), razón por la cual, acogiendo la postura del Consejo de Estado, concluyó que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con base en el referido régimen general. (fls. 184 – 192, C. 1)

6. Recurso de Apelación

6.1. Parte demandante.

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que con la misma se quebrantan los principios constitucionales de protección especial a la familia, seguridad social y favorabilidad, en tanto desconoce los 16 años de servicio docente prestado por el causante, los cuales ameritan la aplicación de la ley más favorable a los intereses de su cónyuge supérstite, esto es, la Ley 100 de 1993.

Arguye que la aplicación del principio de favorabilidad no puede estar atado a la fecha de consolidación del derecho como sí al tiempo de cotización que en este caso, supera ampliamente al exigido en el régimen general, circunstancia que debe ser tomada en cuenta para acceder a lo petitionado. Advierte que el principio de favorabilidad es de rango constitucional y por lo tanto no puede decirse en el fallo que su aplicación riñe con la ley 153 de 1887. Estima que se debe dar prelación a la norma constitucional en consonancia con el artículo 288 de la Ley 100, el cual dispone que todo trabajador o servidor público tiene derecho a que le sea aplicada cualquier disposición consagrada en dicha norma, que le sea más favorable frente a lo dispuesto en normas anteriores y que regulen la misma materia.

Sobre el sentido y alcance del principio de favorabilidad en materia laboral cita las sentencias SU-005 de 2018, T-084 de 2014. De igual manera, cita en su favor la sentencia 13001-23-31-000-2000-0093-01 (1707-02) del 6 de marzo de 2003 proferida por la Consejera de Estado Ana Margarita Olaya Forero, en la cual se indica que el régimen especial no puede ser obstáculo para beneficiarse del régimen general cuando éste resulta más favorable al trabajador, precisando que en el caso de la pensión de sobrevivientes es más favorable el régimen de la Ley 100 de 1993 frente a otros como el Régimen especial de la Policía Nacional; advierte que si se cumple los requisitos para acceder a la pensión bajo el régimen general y no se cumplen con los del régimen especial, debe accederse en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad. Finalmente, alude al carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes para insistir en la necesidad de que se emita un fallo favorable a las pretensiones de la parte actora. (fls. 198 a 214, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante. Reitera los argumentos expuestos en primera instancia e insiste en que el a quo no tuvo en cuenta el tiempo de servicio efectivamente cotizado por el causante y debidamente acreditado con el acervo probatorio acopiado; destaca que fueron 16 años de cotización ininterrumpida por parte del afiliado, que le permiten a la cónyuge sobreviviente acceder a la pensión al amparo del régimen general de la ley 100 de 1993 en virtud del principio de favorabilidad expresamente consagrado en el artículo 288 del referido precepto legal. (fls. 7 a 9, C. 2)

7.2. Nación – Ministerio de Educación -FNPSM. Solicita que se nieguen las pretensiones de la parte actora de conformidad con los recientes pronunciamientos sobre la materia. (fls. 12-13, C. 2)

La intervención de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado no guarda relación con el objeto del proceso.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales las entidades demandadas negaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y confirmaron dicha negativa.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte demandante se condene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Orlando de Jesús Salazar Gallego a partir del momento en

que se causó el derecho.

1. Problemas jurídicos.

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Es procedente aplicar el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 cuando resulta ser más favorable que el régimen especial de los docentes, tratándose de la pensión post mortem?*
- *¿Puede ser aplicado el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 a un hecho acaecido antes de su expedición y entrada en vigencia?*
- *¿Le asiste derecho a la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón a que se reconozca y pague pensión de sobrevivientes conforme al régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993?*
- *En caso afirmativo, ¿la parte actora cumple los requisitos para el reconocimiento y pago de la prestación reclamada?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** marco normativo de la pensión de jubilación *post mortem* de docentes; **ii)** aplicación del régimen general de pensiones cuando es más favorable que el régimen especial; **iii)** irretroactividad de la Ley 100 de 1993; y **iv)** examen del caso concreto.

2. Marco normativo de la pensión de jubilación *post mortem*

La pensión de jubilación *post mortem* para docentes se consagró como una prestación especial para amparar a los beneficiarios de aquellos servidores que fallecieran sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión ordinaria. Se encuentra regulada en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972¹, que sobre el particular estableció:

ARTICULO (sic) **7o.** *En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos dieciocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.*

¹ "Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, al servicio del Ministerio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios.".

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe entenderse que el límite temporal de 5 años previsto en el artículo anterior, se encuentra derogado por la Ley 33 de 1973², pues ésta transformó en vitalicia las pensiones de las viudas y, en su artículo 4 derogó las disposiciones que le fueran contrarias³.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1973, el artículo 3 de la Ley 71 de 1988⁴ extendió las previsiones sobre sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge supérstite o compañero(a) permanente, a los hijos menores o inválidos, y a los padres o hermanos inválidos que dependieran económicamente del pensionado⁵.

De conformidad con el recuento normativo, se puede concluir preliminarmente lo siguiente: **i)** existe un derecho pensional en caso de muerte de un docente oficial sin cumplir los requisitos para la pensión; **ii)** ese derecho se configura si laboró al menos 18 años en forma continua o discontinua; y **iii)** el derecho pensional recae a favor de ciertos beneficiarios, dentro de los cuales se encuentra el cónyuge o compañero(a) permanente e hijos menores o inválidos.

3. Aplicación del régimen general de pensiones cuando resulta ser más favorable que el régimen especial.

En atención al principio de favorabilidad, el Consejo de Estado en varias de sus providencias⁶ ha admitido la aplicación del régimen general de pensión de sobrevivientes previsto en la Ley

² “Por el cual se transforman en vitalicia las pensiones de las viudas.”.

³ **ARTICULO** (sic) **1o.** Fallecido particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidación o vejez, o un empleado a (sic) trabajador del sector público, se este (sic) oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.

PARAGRAFO (sic) **1o.** Los hijos menores del causante incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieran económicamente de el (sic), tendrán derecho a recibir en concurrencia con la cónyuge supérstite, la respectiva pensión hasta cumplir la mayoría de edad, o al caso se aplicaran las reglas contempladas en el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo y en las disposiciones que lo modificaron aclararon.

Si concurrieren cónyuges e hijos la mesada pensional se pagará, el 50% al cónyuge y el resto para los hijos por partes iguales.

La cuota parte de la pensión de (sic) devenguen los beneficiarios acrecerá a la que perciben las demás cuando falte alguno de ellos o cuando el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.

PARAGRAFO (sic) **2o.** A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, obtengan derecho causado a disfrutar, de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta Ley.

⁴ “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones.”.

⁵ **ARTICULO** (sic) **3o.** Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.

2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

⁶ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 9 de agosto de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00087-01(0108-17)); del 7 de octubre de 2010 (Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09)); del 18 de febrero de 2010 (Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08)); del 16 de abril de 2009 (Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06)); y del 13 de marzo de 2008 (Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00123-01(3945-04)).

100 de 1993, en aquellos casos en los que resulta más beneficioso que el régimen especial previsto por el Decreto 224 de 1972.

4. Irretroactividad de la Ley 100 de 1993

Ahora bien, aun cuando en algunos casos se prefiera, como se indicó, la aplicación del régimen general por estimar que el régimen pensional especial resulta menos favorable que aquel, lo cierto es que también se ha precisado que la ley a aplicar debe ser en todo caso, la que se encuentre vigente al momento en el que se causó el derecho.

En sentencia del 25 de abril de 2013⁷, la Sección Segunda del Consejo de Estado **rectificó** su posición frente a la aplicación retrospectiva del régimen general de pensiones en virtud del principio de favorabilidad e igualdad y consideró que la ley que resulta aplicable es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho. Se dijo en dicha providencia:

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010⁸ y noviembre 1º de 2012⁹, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.

A igual conclusión llegó dicha Corporación en providencia del 5 de marzo de 2015¹⁰, en la que consideró que no es procedente conceder el derecho reclamado aplicando retrospectivamente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, porque por esta vía se desconocería el principio de irretroactividad de la ley establecido en la Ley 153 de 1887.

La anterior postura se aceptó igualmente en fallo de tutela del 21 de abril de 2016¹¹, en el que

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 25 de abril de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01611-01(1605-09).

⁸ Cita de cita: Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00832-01 (0548-09) Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 12 de 1975, a pesar de que el fallecimiento había ocurrido en octubre de 1970.

⁹ Cita de cita: Radicación No. 13001-23-31-000-2005-02358-01 (0682-11) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en que se reconoció una pensión de sobrevivientes con base en la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, a pesar de que el deceso del causante se produjo el 20 de febrero de 1991. En esta oportunidad el doctor Gerardo Arenas Monsalve salvó el voto en los siguientes términos: “Nótese además, desde el punto de vista práctico, el complejo problema que surge con la tesis mayoritaria que no se comparte, de aplicar el régimen general de la Ley 100 de 1993 a situaciones que se resolvieron plenamente antes de su vigencia. Como se trata de pensiones, y éstas no tienen término de prescripción, todos los derechos pensionales de sobrevivientes, resueltos en su momento aplicando válidamente la legislación anterior, resultan ahora sorpresivamente litigiosos, es decir, susceptibles de discusión judicial, así el fallecimiento del causante se haya producido en vigencia de esa legislación anterior, y así se hayan reconocido los derechos derivados del régimen anterior. El principio constitucional de la sostenibilidad financiera, establecido en la Carta desde el Acto Legislativo No. 1 de 2005 queda en entredicho, con una extensión tan amplia y generalizada de la aplicación del régimen general”.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 3 de marzo de 2015. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00772-01(0328-14).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 21 de abril de 2016. Radicación número: **44001 23 33 000 2015 00141 01 (2414-17)**

se sostuvo que “(...) la posición actual del Consejo de Estado consiste en (sic) improcedencia de aplicar la Ley 100 de 1993 a situaciones que se consolidaron antes de la entrada en vigencia de esa norma en virtud del principio de favorabilidad, pues debe tenerse en cuenta la disposición normativa vigente en el momento de los hechos que dieron origen a la consolidación del derecho pensional”.

La posición del Consejo de Estado¹² sobre el tema que concita la atención de la Sala, fue reiterada en proveído del año 2018, en el cual consideró lo siguiente:

Ahora bien, la demandante solicita aplicar el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 el cual permite el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con fundamento en el principio de favorabilidad y la retrospectividad de la mencionada ley toda vez que sólo exige que el causante hubiera cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte¹³, lo cual, resulta improcedente [...]

*En efecto, tal como lo ha señalado esta Sección¹⁴, **la posibilidad de exigir la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los términos señalados en el artículo 288 citado ante el cotejo con lo indicado en normas anteriores a su vigencia, requiere que el derecho reclamado con base en la normativa anterior se hubiere consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que esta última estuviera rigiendo en el caso concreto.** /Resaltado de la Sala/*

En el mismo sentido, señaló que no es factible conceder el derecho reclamado y aplicar retrospectivamente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, porque por esta vía -conforme la nueva posición - se desconocería el principio de irretroactividad de la ley derivado de la Ley 153 de 1887.

Lo citado en precedencia permite concluir la improcedencia de aplicar la Ley 100 de 1993 a situaciones que se consolidaron antes de la entrada en vigencia de esa norma en virtud del principio de favorabilidad, pues debe tenerse en cuenta la disposición normativa vigente en el momento de los hechos que dieron origen a la consolidación del derecho pensional.

En las anteriores condiciones, toda vez que en el presente caso la situación se consolidó en vigencia del Decreto Ley 224 de 1972, dado que el deceso del señor Adolfo Manuel Almenarez ocurrió el 5 de febrero de 1972, no es procedente la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como lo deprecia la señora María Magdalena Pimiento Murgas. [...]

Y de manera más reciente, la Alta Corporación¹⁵ reiteró su postura, señalando que:

“Así las cosas, si bien en un comienzo este Cuerpo Colegiado, en virtud del principio de favorabilidad, aplicó retrospectivamente la Ley 100 de 1993 y reconoció la pensión de sobrevivientes a beneficiarios de empleados públicos cuyo deceso ocurrió antes de su entrada en vigor (1° de abril de 1994), lo cierto es que actualmente tal criterio fue rectificado y no es dable que las disposiciones del régimen general de seguridad social cobijen situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad, por cuanto el derecho pensional se causa a partir del fallecimiento y se emplea la norma que regía en ese momento.”

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicación número: 44001 23 33 000 2015 00141 01 (2414-17)

¹³ Normativa modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 en los siguientes términos: “[...] Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: [...]”

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno 0328-2014

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). 05001-23-33-000-2015-00627-01 (0691-2016)

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado evocó la sentencia de la Corte Constitucional (T-116 de 4 de marzo de 2016 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-5.189.408), en la que se hacen precisiones importantes en torno a la retrospectividad de la ley aplicable en materia pensional, en especial a la prestación periódica de sobrevivientes, destacando de la misma lo siguiente:

..."[...] conforme a la norma legal vigente para la fecha del fallecimiento del señor Jaiber Llanos Guzmán y la jurisprudencia expuesta, es indudable concluir que el presente asunto no puede ser resuelto con base en la Ley 100 de 1993, pues la situación de hecho que origina el presunto derecho que hoy se discute (muerte del agente), tuvo ocurrencia en vigencia de otro régimen tanto constitucional como legal; además es importante aclarar que la irretroactividad de la ley no se contrapone al principio de favorabilidad, pues este último concepto sólo es predicable cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales o cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones, en tal sentido no es posible, como lo pretende la actora, invocar dicho principio cuando la norma cuya aplicación solicita no estaba rigiendo para la fecha en que ocurrió el deceso el agente, y porque no hay lugar a diferentes interpretaciones, entre una y otra normatividad, en tanto que las dos regulaciones son claras en regular el tema, sin lugar a equívocos." (Subrayado fuera del texto original).

7.18. Así pues, de la lectura de los anteriores apartes de los fallos cuestionados, este Tribunal estima que las autoridades judiciales demandadas examinaron la posibilidad de acudir al axioma protector del trabajador consagrado en la Constitución para resolver el caso, pero evidenciaron que el supuesto fáctico del mismo les impedía aplicar:

(i) El principio de favorabilidad, ya que no era posible escoger entre la aplicación del Decreto 2063 de 1984 y la Ley 100 de 1993, toda vez que esta última norma no estaba vigente al momento en que ocurrió el supuesto fáctico que da origen al derecho pensional.

(ii) El principio *in dubio pro operario*, puesto que no existe un conflicto de interpretación de la norma vigente aplicable al caso, esta era el Decreto 2063 de 1984].

(iii) El principio de la condición más beneficiosa, porque los supuestos fácticos y jurídicos que dan origen al derecho pensional se consolidaron con anterioridad tránsito legislativo del Decreto 2063 de 1984 a la Ley 100 de 1993.

7.21. Al respecto, la Sala precisa que recientemente en la Sentencia T564 de 2015, teniendo en cuenta la rectificación de jurisprudencia efectuada en el año 2013 por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el sentido de entender que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, esta Corporación sostuvo que "una postura como la inicialmente adoptada por el Consejo de Estado y actualmente sostenida por esta Corte Constitucional, tal y como se propuso en la sentencia T-587A de 2012, desconoce la naturaleza de lo que es la aplicación retrospectiva de una norma, en cuanto omite tener en cuenta en su argumentación el elemento que puede tildarse de definitorio de esta figura, esto es, la ausencia de consolidación definitiva de la situación jurídica".

7.22. Sobre el particular, se evidencia que en esta última providencia la Corte acogió el concepto de retrospectividad definido en el fallo C-068 de 2013, en el que el pleno de este Tribunal indicó que "la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran"

5. Examen del caso concreto

En el *sub examine* se encuentra acreditado que el señor Orlando de Jesús Salazar Gallego contrajo matrimonio católico con la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón, el 11 de octubre de

1979, tal y como se desprende del Registro Civil de Matrimonio que obra a folio 23 del expediente.

Igualmente se pudo establecer que el señor Orlando de Jesús Salazar Gallego, el 1 de septiembre de 1976 se posesionó como docente interino del colegio integrado Instituto Supía, según Acta visible a folio 27 ibidem. Y permaneció en dicho cargo hasta el 18 de julio de 1992, vale decir, se desempeñó en el cargo docente por un lapso aproximado de 15 años y 10 meses. Sus aportes fueron realizados a la extinta Cajanal. (fls. 29, C. 1)

El señor Orlando de Jesús Salazar Gallego falleció el 18 de julio de 1992 de conformidad con el Registro Civil de Defunción visible a folio 24 del cartulario.

Obran igualmente en el expediente, declaraciones extrajuicio sobre el vínculo matrimonial entre el señor Orlando de Jesús Salazar Gallego y la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón, así como las condiciones de convivencia y los hijos que procrearon durante el matrimonio. (fls. 33 – 36, C. 1)

Finalmente, se observa toda la actuación administrativa adelantada por la demandante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, incluidos los actos administrativos cuya nulidad se solicita. (fls. 37 a 50, C. 1)

Ahora bien, la parte actora insiste ante esta instancia en el derecho que según afirma, le asiste a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Salazar Gallego, quien en vida prestó sus servicios como docente durante más de 15 años e hizo las respectivas cotizaciones al sistema; y aunque no reúne los requisitos para acceder a dicha prestación al amparo del régimen especial consagrado en el Decreto 224 de 1972 – puesto que no alcanzó a reunir 18 años de servicio -, considera que ese número considerable de semanas o años de servicio deben resultar suficientes para que se aplique el principio de favorabilidad y en consecuencia, se le estudie su prestación al amparo de los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; régimen general en virtud del cual se exige solamente la cotización de 50 semanas dentro de los tres años últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento del afiliado para tener derecho a la pensión de sobrevivientes.

En relación con la aplicación de la Ley 100 de 1993 por considerar que es más favorable para la parte demandante que el régimen especial, se recuerda que para que sea procedente acudir a dicha normativa y no contrariar el principio de irretroactividad de la ley, aquella debía estar vigente para cuando se causó el derecho a la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, esto es, para la fecha de fallecimiento del señor Orlando de Jesús Salazar Gallego.

Dado que para el 18 de julio de 1992, fecha en que murió el señor Salazar Gallego, la Ley 100

de 1993 no se encontraba vigente¹⁶, estima este Tribunal que en el presente caso tampoco resulta aplicable el régimen general de pensiones.

Dicha conclusión tiene soporte en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, citada en precedencia. Así mismo, en los lineamientos de la Corte Constitucional en punto a la aplicación del principio de favorabilidad - tantas veces invocado por la parte actora - comoquiera que, tal y como ésta misma lo explica, este principio *“sólo es predicable cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales o cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones”*; y en este caso, la única norma aplicable al momento de causación del derecho era el Decreto 224 de 1972, cuya sentido y alcance no ofrece duda.

Ha de tenerse en cuenta igualmente que, la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, tampoco procede en el *sub iudice* toda vez que no se encuentran situaciones iniciadas al amparo del régimen especial y consolidadas bajo el régimen general.

En conclusión, estima esta Corporación que al no desvirtuarse la legalidad de los actos atacados, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por lo tanto se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas.

No se condena en costas a la demandante toda vez que la demanda estaba razonablemente fundada en derecho (art. 47 L.2080/21)

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 26 de marzo de 2019, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Blanca Isabel Giraldo Rendón contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo: Sin costas.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio

¹⁶ De conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, ésta entró a regir a partir del 1º de abril de 1994.

de Educación – FNPSM, a la abogada María Alejandra Almanza Núñez, con Tarjeta Profesional No. 273.998, de conformidad y en los términos de la sustitución de poder a ella conferida. (fls, 14-16, C. 2)

Cuarto: 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

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022).

A.I. 043

RADICADO:	17-001-23-33-000-2016-00430-00
NATURALEZA:	Reparación Directa
DEMANDANTE:	Luz Dary Villegas Ramírez y otros
DEMANDADOS:	ICBF y otro

I. ANTECEDENTES

En el presente asunto, fue proferida sentencia de primera instancia el día 26 de marzo de 2021, corriendo término de ejecutoria para efectos del recurso de apelación los días 6 a 19 de abril de 2021.

El día 4 de mayo de 2021, la Secretaría de esta Corporación allegó el proceso a con constancia¹ a Despacho, informando que habían sido presentados recursos de apelación oportunamente por el CEDER, Seguros del Estado, ICBF y la parte demandante.

Mediante providencia del 21 de mayo de 2021², fueron concedidos los recursos de apelación. Con posterioridad a la ejecutoria de anterior actuación, la Secretaría allegó solicitud elevada por las partes, para que se citara a audiencia de conciliación por acuerdo mancomunado, cabe advertir que dicha solicitud había sido presentada ante la Secretaría el día 20 de abril de ese mismo año, no obstante la Secretaría omitió pasar al Despacho la misma, razón por la cual esta sede judicial, no tuvo forma de resolverla.

Posteriormente, el proceso fue remitido al Consejo de Estado para que se diera trámite a los recursos de apelación, no obstante, el *a quem* al advertir la solicitud de conciliación, mediante providencia del 13 de diciembre de 2021, ordenó devolver el proceso para que se diera trámite a la solicitud de conciliación.

Por lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas

¹ Pág. 229 archivos digitales “Cuaderno 1C” y “17001233300020160043000 C.1C”

² Pág. 230 ibidem

RESUELVE

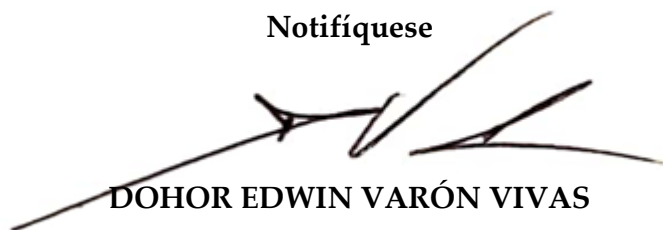
Primero: Estarse a lo resuelto por el Consejo de Estado- Sección Tercera a través de providencia del 13 de diciembre de 2021.

Segundo: Dejar sin efectos, el auto del 21 de mayo de 2021, a través del cual fueron concedidos los recursos de apelación presentados contra la sentencia del 26 de marzo de 2021.

Tercero: Fijar fecha para llevar a cabo audiencia especial de conciliación para el día 6 de abril de 2022 a partir de las 9:00 am, para tal efecto, las partes podrán acceder a la diligencia en el siguiente enlace: <https://call.lifesizecloud.com/13620087>

RECHAZAR por improcedente el recurso de apelación formulado en contra del auto del 19 de agosto de 2021 por medio de cual se dispuso aprobar la liquidación de costas efectuada en el presente asunto.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 047

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2016-00438-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: María Margoth Betancur Jaramillo y otros
Demandado: E.S.E. Hospital San José de Viterbo y Oncólogos de Occidente S.A.S.
Vinculados: Hospital Universitario San Jorge de Pereira, Asmet Salud E.P.S S.A.S.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, se declare responsables a las demandadas por los perjuicios causados al no haberle garantizado la atención médico-asistencial requerida por el señor Jhon Faber Ortiz Londoño, en adelante JFOL de manera oportuna, adecuada y eficiente para la patología presentada, situación que fue determinante en su deceso.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales así: Jhon Hanier Ortiz Betancur en su calidad de padre del fallecido, la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V., Omar Ortiz Mesa y María Margoth Betancur Jaramillo, en su condición de padres de crianza y a la vez de abuelos del fallecido, la suma equivalente a 100 S.M.L.M.V., Yenni Ortiz Betancur, Luz Mirian Ortiz Betancur, Liliana Del Socorro Betancur y Omar Ortiz Betancur, en su condición de tíos y su vez de hermanos del fallecido, la suma equivalente a 50 S.M.L.M.V.

1.2. Fundamento Factivo

Después de hacer referencia a las relaciones familiares del señor JFOL con los demandantes, relata la atención recibida, en el Hospital San José de Viterbo cuando ingresó por urgencias el 19 de julio del 2014, por presentar dolor intenso en ambos hombros de ocho días de evolución, con dolor más intenso en el hombro derecho que se irradia a región dorsal; en la clínica Aman de Manizales del 04 de agosto del 2014, con

antecedente de 20 días de dolor agudo interescapular, con diagnóstico de contractura y manejado en unidad local con relajante muscular y antiinflamatorio con nula respuesta. En el Instituto del Corazón de Manizales a partir del 07 agosto del 2014 a las 7:00 am., remitido de la Clínica Aman; en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira a partir del 11 de septiembre de 2014, cuando acude a consulta externa con neurocirujano y finalmente en Oncólogos de Occidente a partir del 19 de septiembre de 2014, cuando es valorado por los especialistas Julián Rivera Díaz y Dra. Ana María Barrera Sánchez.

Señala que existió una falla en el servicio médico por las siguientes razones:

-Existe falta de oportunidad en un paciente que desde que le iniciaron los síntomas no fue estudiado adecuadamente en el hospital San José de Viterbo, y nunca le ordenaron estudios complementarios ni siquiera remisión para valoración especializada.

-Existe falta de oportunidad porque el paciente estuvo ambulatorio dos meses sin recibir ningún tipo de tratamiento excepto la cirugía realizada el 07 de agosto del 2014.

-Fueron dos meses de papeleos, valoraciones ambulatorias, exámenes complementarios. Esto aplazó de manera significativa el manejo adecuado por oncología que se debió iniciar de manera casi inmediata más cuando se tenía un reporte de biopsia que indicaba un tumor de origen neurológico invasivo de mal pronóstico en crecimiento. Se vino a iniciar la radioterapia y quimioterapia cuando el paciente estaba demasiado complicado.

-Existe falta de oportunidad ya que el paciente fue valorado ambulatoriamente por Oncólogos de Occidente y sólo autorizan inicio de terapia oncológica; sin embargo, no lo hospitalizan y simplemente le extienden órdenes. Vienen a ingresarlo por remisión de urgencias del Hospital San Jorge el 03 de octubre del 2014, donde catalogan que es una urgencia Oncológica.

-Existe falla en el servicio ya que el paciente estando inmunocomprometido le dan de alta para su casa con alto riesgo de complicarse con una infección, situación que ocurrió porque el paciente presentaba lesiones ulcerosas en el pene que se complicaron hasta el punto de diseminarse a otras regiones como abdomen y glúteos compatibles con una infección por bacterias anaerobias.

-Existe falla en el servicio porque el paciente ingresa proveniente de su casa ya con signos de respuesta inflamatoria sistémica producto de infección que llegó al sistema sanguíneo (estado séptico) y no recibió atención de manera inmediata, es atendido por medico solamente dos horas después de ingresar a la Clínica Oncólogos de Occidente.

-Existe Falla en el servicio porque el paciente es ingresado a Unidad de Cuidados Intensivos 7 horas después de haber ingresado a la Clínica. A este servicio llega ya estuporoso en paro respiratorio.

-El paciente no falleció por el tumor directamente como se espera en estos casos, falleció por otra causa muy diferente, esto es una sepsis producto del descuido médico y como agravante no fue atendido de manera inmediata cuando presentaba síntomas graves lo que se vino a dar siete horas después de estar esperando una atención objetiva y eficaz.

-La muerte del paciente se debió a una sumatoria de fallas y omisiones en que incurrieron tanto el Hospital San José de Viterbo, como la sociedad Oncólogos de Occidente S.A.S., cuyas consecuencias se proyectaron en el tiempo hasta el momento de su deceso, esto es 20 de octubre de 2014.

2. Contestación de la demanda

2.1. Hospital San José de Viterbo: no contestó la demanda.

2.2. Oncólogos de Occidente: se opuso a las pretensiones de la parte actora al considerar que, el tratamiento y hospitalización brindados durante el 2 y el 15 de octubre de 2014, fue adecuado e ideal para el manejo de la patología que presentaba el paciente, esto es un tumor maligno *neuroectodermico primitivo periférico intradural y extramedular nivel T2 y T4, en estadio III*, el cual es de muy mal pronóstico. Que si bien el paciente cursó con una infección de vías urinarias por sonda vesical, también lo es que durante la hospitalización recibió terapia antibiótica, precisando que no se prescribió manejo antibiótico para la casa, toda vez que ya se había realizado su tratamiento completo de manera intrahospitalaria.

Que el paciente fue ingresado nuevamente al servicio de hospitalización el 20 de octubre, es decir 5 días después del egreso hospitalario y luego de ser comentado telefónicamente el estado de salud del paciente con la oncóloga pediatra y atendiendo la recomendación dada por la misma, sin embargo las condiciones en las que llegó el paciente eran regulares y por ello tuvo que ser ingresado inmediatamente a la UCI, lugar donde finalmente falleció. Formuló las excepciones:

- **Ausencia de culpa con la prestación del servicio:** Sostiene que en las obligaciones de medio, como la que se deriva del ejercicio de las profesiones liberales, entre ellas la medicina, es necesario precisar el grado de compromiso a título de culpa en el que pudo incurrir la institución prestadora del servicio de salud, a través de su personal médico, de tal suerte que no puede imputarse imprudencia o negligencia al grupo humano que tuvo a su cargo la atención del paciente, toda vez que el acto médico se cumplió adecuadamente y los protocolos para la atención se cumplieron cabalmente.

- **Inexistencia del nexo causal:** Señala que uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil, es la existencia del nexo causal, y para que exista este, el hecho daño que se imputa a la entidad, debe ser consecuencia de su actuar culposo, situación que no se presenta en este caso, toda vez que los procedimientos y decisiones adoptadas siempre se mostraron conducentes y necesarias con el objeto de ofrecer una oportunidad de vida al paciente cuya enfermedad a tratar era un tumor maligno.

- **Alcance del servicio médico requerido:** Afirma que el tratamiento formulado fue el debido de acuerdo al criterio de los profesionales que lo asistieron, así mismo que al paciente se le brindó una atención integral en las mejores condiciones.

- **Inexistencia de falla al momento de la atención:** Reitera que ni se ha configurado el elemento culpa, como presupuesto indispensable para establecer la existencia de una responsabilidad médica, ya que se suministraron todos los recursos con que disponían y que fueron pertinentes para la buena y oportuna atención del paciente, por ello no se puede indicar que existió alguna de falta o negligencia por parte del personal médico.

- **Buena fe:** Afirma que el médico, utilizando su razón y sus conocimientos científicos, prevé, discierne y previene el advenimiento de una complicación. Agrega que la culpa nace de la incorrecta utilización de estas capacidades y se compara con la de aquel otro médico que usualmente las hubiese hecho funcionar en forma adecuada.

- **Inexistencia de imputación del daño en cabeza de Oncólogos del Occidente:** Arguye que al analizar los hechos de la demanda, puede observarse que la institución a través del servicio de consulta ambulatoria y hospitalización estuvo atenta a prestar la atención al paciente y siguió los postulados de la *lex artis*, lo cual hace que no exista responsabilidad de su parte.

2.3. Asmet Salud EPS S.A.S: se opuso a las pretensiones de la parte actora al considerar que, en este tipo de litigios es necesario establecer un acto que se imputa, el daño y la relación de causalidad entre esos dos elementos; situación que no se predica en el presente asunto, como quiera que Asmet Salud sólo podría ser considerada como responsable, en el evento en el que se demostrara que la misma retardó la expedición de una autorización de servicios de salud, o que se negó a la entrega de un medicamento o que no tenía a disposición del afiliado una red que prestara los servicios requeridos, circunstancias que no se presentaron con la atención de su usuario. Planteó las excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Considera que desde el punto de vista pasivo, no es la persona llamada a responder por las pretensiones, toda vez que las mismas están dirigidas específicamente contra la IPS Hospital San José de Viterbo y la Sociedad Oncólogos de Occidente, y los efectos de esa decisión no pueden hacerse extensivos a Asmet Salud pues de ser así, se incurriría en una decisión extra petita, ello por cuanto no existe un litis consorcio necesario entre la IPS Hospital San José de Viterbo y la EPS Asmet Salud, ya que cada institución responde de acuerdo a sus funciones.

- **Indebida integración del contradictorio:** Dice que en la audiencia inicial el Despacho decidió resolver oficiosamente la excepción prevista en el numeral 9 del artículo 100 del CGP, al considerar que dentro de los hechos objeto de la demanda estuvieron involucrados otros actores diferentes a los demandados, ya que el joven Ortiz Londoño fue atendido en la E.S.E Hospital Universitario San Jorge y se encontraba afiliado a la

EPS Asmet Salud; sin embargo discrepa de dicha postura, toda vez que en su criterio se trata de un litis consorcio facultativo, puesto que el accionante podía demandar a cualquiera de los actores, sin que por la falta de uno de ellos se generara un fallo inhibitorio, ya que cada uno tiene unas funciones diferenciadas dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

- Cumplimiento por parte de Asmet Salud EPS SAS, de las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en salud en el ámbito del régimen subsidiado:

Indica que de conformidad con la Ley 100 de 1993, las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado se encuentran obligadas a garantizar la prestación de todos los servicios de salud contenidos en el plan obligatorio de salud a través de la contratación con las IPS tanto públicas como privadas. Añade que en el presente asunto, Asmet Salud EPS le la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan obligatorio de salud, de la siguiente manera: a) Los servicios de baja complejidad a través del Hospital San José de Viterbo, conforme al contrato de prestación de servicios No B-496-14; b) Los servicios de mediana complejidad, bajo la modalidad por evento o actividad fueron proporcionados mediante la contratación con la IPS Clínica Aman, de acuerdo con el contrato B436-14; c) Los servicios de mediana y alta complejidad bajo la modalidad por evento o actividad, se suministraron por medio de la contratación con la IPS Instituto del Corazón, en virtud del contrato No B-466-14; d) Los servicios de mediana y alta complejidad bajo la modalidad por evento o actividad, se garantizaron a través de la contratación con la E.S.E Hospital Universitario San Jorge de Pereira, con el contrato No R-608-14 y e) Los servicios alta complejidad bajo la modalidad por evento o actividad, se brindaron por medio de la contratación con la IPS Oncólogos de Occidente, en virtud del contrato No B- 490-14.

- Inexistencia de la responsabilidad civil de que trata el artículo 2341 del código civil, respecto del comportamiento observado por mi representada: Sostiene que no intervino en ningún momento en la atención médica, ni participó en el desarrollo de su manejo médico ni mucho menos tuvo incidencia en la elaboración de su diagnóstico y la remisión para valoración y manejo por parte de oncología, la cual fue autorizada inmediatamente se radicó dicha solicitud.

- Inexistencia de solidaridad entre Asmet Salud EPS SAS y las IPS en el presunto daño causado: Refiere que de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, estableció que el contrato de prestación de servicios que suscribe la EPS con la IPS es de naturaleza privada y por tanto se rige por el derecho privado. Agrega que en virtud del acuerdo de voluntades, Asmet Salud acordó con las IPS la exclusión de cualquier tipo de responsabilidad solidaria con las IPS que le prestaron los servicios a su afiliado.

- Prescripción: Pide que se declare la prescripción de todos los derechos que se vean afectados por el fenómeno extintivo de las obligaciones.

2.4. E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira: se opuso a las pretensiones de la parte actora al considerar que, en la demanda no se realizó ninguna imputación de

responsabilidad a la entidad, lo cual resulta razonable ya que al revisarse la historia clínica del paciente no se encuentra ningún reproche en su atención médica. Formuló las excepciones:

- **Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad:** Sostiene que no fue convocada a la audiencia de conciliación prejudicial.

- **Inexistencia del nexo de causalidad:** Señala que la historia clínica permite evidenciar que la atención brindada al paciente en cada uno de sus ingresos al centro asistencial fue adecuada, oportuna y de acuerdo con la capacidad instalada, sin que la misma haya incidido en el deceso del paciente.

2.5. Liberty Seguros S.A.: (llamada en garantía por la sociedad Oncólogos de Occidente). Frente a los hechos de la demanda indicó que no le constaban, por cuanto no participó en alguno de ellos, y frente a las pretensiones sostuvo que se oponía a las mismas, ya que Oncólogos de Occidente no causó el daño alegado por la parte actora. Frente a la demanda formuló las excepciones:

- **Cumplimiento de las obligaciones por parte de Oncólogos de Occidente:** Asevera que Oncólogos de Occidente cumplió a cabalidad con la atención del paciente, la verificación del diagnóstico, los exámenes complementarios, los tratamientos desplegados y el ingreso a la UCI, y no puede afirmarse que el personal médico actuó con negligencia, descuido o culpa.

- **Diligencia y cuidado de Oncólogos de Occidente en la atención prestada al paciente:** Sostiene que el actuar del personal de Oncólogos de Occidente se ajustó a las normas y protocolos de la ciencia médica para la atención del paciente, su obrar fue diligente, prudente, oportuno y con la pericia que exigía la lex artis.

- **Inexistencia del nexo causal:** Afirma que no existe prueba que permita demostrar que la conducta de los médicos tratantes haya sido deficiente y en consecuencia la causa eficiente de la muerte del paciente.

- **Carga de la prueba:** Argumenta que en los términos del artículo 167 del C.G.P., los accionantes tienen la obligación de demostrar los hechos en los que funda el petitum, y comprobar las razones de hecho y de derecho.

- **Ausencia o indebida acumulación de pretensiones:** Indica que las pretensiones planteadas en la demanda “no gozan de la precisión y claridad, además de la coherencia, con que las mismas deben ser propuestas; porque pese a que la demanda fue corregida y reformada, el capítulo de pretensiones es insuficiente, dado que hace una enunciación de perjuicios solicitados, sin que se determinen ni se concreten que clase de perjuicios materiales o inmateriales se está reclamando.

- **Insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios y cuantificación exagerada:**

Considera que las pruebas aportadas y solicitadas con la demanda no son suficientes para demostrar los valores que se reclaman en la demanda.

- **Irreal tasación de perjuicios:** Manifiesta que la tasación de los perjuicios morales desconoce lo sentado en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014 por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Frente al llamamiento en garantía señaló que es cierto la existencia de la póliza de responsabilidad civil profesional clínicas, hospitales, sector salud 374901, como también son ciertas las vigencias de las referidas pólizas, precisa que la póliza fue expedida bajo la modalidad *Claims made* y por ello debe tenerse en cuenta la vigencia al momento en que le fue presentada la reclamación a Oncólogos de Occidente.

Propuso las excepciones: *"Inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado"; "Límite de la suma aseguradora y reembolso", "Cobertura restringida o sublimitada por daños morales y fisiológicos"; "Deducible pactado".*

2.5. Equidad Seguros: (llamada en garantía por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira). Frente a las pretensiones de los accionantes manifestó que acoge de manera integral la defensa hecha por la llamante y por ello se opone a cada una de ellas. Añade que la parte actora no argumenta la más mínima falla en cabeza del Hospital San Jorge. Formuló las excepciones:

- **Inexistencia de nexo de causalidad y genérica:** Solicita que se acojan en su integridad las excepciones propuestas por la entidad demandada E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

- **Ausencia de culpa y consecuentemente de responsabilidad de la demandada E.S.E. Hospital Universitario San Jorge y la llamada en garantía:** Refiere que la llamante en garantía obró dentro de los parámetros requeridos para el caso, poniendo al alcance del paciente todas las gestiones y diligencias para el tratamiento médico necesario dada la sintomatología que presentaba cuando ingresó a dicha institución, siendo valorado por las diferentes especialidades que requería, desplegando en el actuar del personal médico un total ajuste a la *lex artis*, con lo cual se puede concluir con toda certeza la ausencia de culpa del Hospital Universitario San Jorge.

Frente al llamamiento en garantía señala que se deben tener en cuenta en el fallo los términos y condiciones consignados en la póliza y las normas que regulan en contrato de seguro. Propuso las excepciones: *"Definición de amparo de la póliza", "Modalidad de cobertura Claims made por reclamación", "Límites asegurados de la póliza", "Deducibles", "Ausencia de responsabilidad por parte de la aseguradora como consecuencia de una sentencia a favor de la demandada llamante en garantía", "Garantías a cargo del asegurado", "Existencia de otros seguros".*

2.6. Allianz Seguros S.A.: (llamada en garantía por la E.S.E. Hospital Universitario San

Jorge de Pereira). Se opuso a las pretensiones de la parte demandante por cuanto carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, ya que no se logra acreditar los elementos estructurales de la responsabilidad; además que en las pretensiones no se pide la declaratoria de responsabilidad y condena en contra del Hospital San Jorge. Planteó las excepciones:

- **Inexistencia de litisconsorcio necesario entre la parte pasiva del proceso y carencia de competencia del Juez para vincular al Hospital Universitario San Jorge:** Indica que en los términos del artículo 1571 del Código Civil el acreedor ostenta la facultad de decidir de qué deudor reclama el pago de la obligación solidaria, de manera que legítimamente puede solicitar la satisfacción de la misma por parte de sólo uno de los deudores, sin que deba vincularse a los demás, por ello no puede hablarse de la integración de un litisconsorcio necesario entre ellos.

- **Caducidad del medio de control:** Alega que el daño reclamado se soporta en el fallecimiento de JFOL, por lo que el término de caducidad debe contarse desde ese momento, esto es 20 de octubre de 2014, y por ello al momento en que se integró al proceso al Hospital Universitario San Jorge, ya había operado la caducidad del medio de control. Adiciona que como en este evento la vinculación de la entidad se realizó bajo la figura de litisconsorte necesario, el término de caducidad no se interrumpe con la presentación de la demanda, sino con la notificación a todas las partes que lo conforman.

- **Inexistencia de responsabilidad por la falta de acreditación probatoria de los elementos estructurales de la responsabilidad:** Señala que en el presente asunto la responsabilidad se debe estudiar desde la óptica de la falla probada del servicio y en tal sentido se deberá demostrar el daño y la imputación.

- **Cumplimiento a todos los reglamentos, lex artis y prestación del servicio médico asistencial en forma oportuna, perita y diligente:** Sostiene que de acuerdo con la historia clínica del paciente, la atención médica brindada por el Hospital San Jorge estuvo ajustada a las guías y protocolos de acuerdo con la condición médica del mismo, se atendieron de manera oportuna las disposiciones referentes al sistema de referencia y contrarreferencia y las prescripciones médicas se brindaron de conformidad con la *lex artis*.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Arguye que como no existe ninguna atribución causal realizada por la parte demandante, y que además no se demostró ninguna falla del servicio por parte del Hospital Universitario San Jorge, tal entidad no tiene legitimidad en la causa para fungir como demandada.

- **Enriquecimiento sin causa:** Expone que no es posible imponer una condena y ordenar el resarcimiento de un detrimento por perjuicios no demostrados o presuntos, o si se carece de la comprobación de su magnitud y realización, ya que no es admisible la presunción en esa materia, de manera que una indemnización sin fundamentos fácticos ni jurídicos necesariamente se traducirá en un lucro indebido.

Frente al llamamiento en garantía señala que si bien es cierto que con el Hospital Universitario San Jorge en calidad de asegurado se suscribieron los contratos de seguros 022040279/0 y 022222063/0, también lo es que estos contienen una serie de condiciones que vinculan a las partes. Formuló las excepciones: *“La modalidad de cobertura de la póliza de seguro de responsabilidad civil No 1003070 es la denominada claims made”, “Inexistencia de amparo y consecuentemente de obligación indemnizatoria en tanto no se realizó el riesgo asegurado”, “Límites máximos de responsabilidad del asegurador y condiciones de la póliza que enmarcan las obligaciones de las partes”, “Coaseguro e inexistencia de solidaridad”, “Deducible pactado”, “Exclusiones”.*

2.7. Mapfre Seguros Generales de Colombia: (llamada en garantía por la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge). Señaló que acoge en su integridad la defensa hecha por la demandada E.S.E. Hospital Universitario San Jorge, y por ello se opone a cada una de las pretensiones no reconocidas por la llamante en garantía. Frente a la demanda formuló las excepciones:

- **Inexistencia de nexo de causalidad y genérica:** Solicita que se acojan en su integridad las excepciones propuestas por la llamante en garantía.

- **Ausencia de culpa y consecuentemente de responsabilidad de la demandada E.S.E. Hospital Universitario San Jorge y la llamada en garantía:** Refiere que la llamante en garantía obró dentro de los parámetros requeridos para el caso, poniendo al alcance del paciente todas las gestiones y diligencias para el tratamiento médico necesario dada la sintomatología que presentaba cuando ingresó a dicha institución, siendo valorado por las diferentes especialidades que requería, desplegando en el actuar del personal médico un total ajuste a la *lex artis*, con lo cual se puede concluir con toda certeza la ausencia de culpa del Hospital Universitario San Jorge.

En cuanto al llamamiento en garantía señala que se opone, toda vez que el seguro expedido por Mapfre Seguros contempla la modalidad claims made, es decir por reclamación, y para la fecha de la reclamación a la aseguradora, que se surtió con la notificación del llamamiento en garantía -25 de septiembre de 2019-, la vigencia del seguro ya había expirado, tanto en calidad de aseguradora directa -30 de enero de 2017-, como de coaseguradora de Allianz Seguros -30 de enero de 2018-, quedando sin amparo para las reclamaciones presentadas con posterioridad a dichas fechas.

Propuso las excepciones: *“Modalidad de cobertura Claims made por reclamación”, “Existencia de otros seguros”, “Coaseguro cedido”, “Ausencia de responsabilidad por parte de la aseguradora como consecuencia de una sentencia a favor de la demandada llamante en garantía”, “Garantías a cargo del asegurado”, “Obligaciones del asegurado en caso de un acontecimiento adverso”.*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Indebida integración del contradictorio”, e “Inexistencia de litisconsorcio necesario entre la*

parte pasiva del proceso y carencia de competencia del Juez para vincular al Hospital Universitario San Jorge y Asmet Salud E. P. S.”. Así como las excepciones de “Ausencia de culpa con la prestación del servicio, Inexistencia del nexo causal, Alcance del servicio médico requerido, Inexistencia de falla al momento de la atención, Buena fe e Inexistencia de imputación del daño en cabeza de Oncólogos del Occidente”. En consecuencia negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que, el fallecimiento del señor JFOL ocurrido el 20 de octubre de 2014, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción, sin embargo no puede atribuirse responsabilidad a las entidades demandadas debido a que, no se probó que la actuación de su personal fue inadecuado, negligente, omisivo o con inobservancia de los protocolos médicos, carga que recaía en cabeza de la parte actora, la cual se limitó a aportar la historia clínica, sin aportar una prueba técnica que permitiera establecer que el diagnóstico fue tardío, que el tratamiento no era idóneo, que se le quebrantó o impidió la posibilidad de sobrevivir o que se cometieron fallas en la prestación del servicio, pues se recuerda que desistió del dictamen pericial.

4. Recurso de apelación

La **parte demandante** solicitó revocar el fallo y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el fallo dejó a un lado la certeza de la existencia de una oportunidad que se perdió, teniendo en cuenta, el mal diagnóstico, la falta del tratamiento oportuno y la edad de la víctima, acreditada con la historia clínica, de la cual concluye que:

- *Existe falta de oportunidad en un paciente que desde que le iniciaron los síntomas no fue estudiado adecuadamente en el hospital San José de Viterbo, y nunca le ordenaron estudios complementarios ni siquiera remisión para valoración especializada.*
- *Existe falta de oportunidad porque el paciente estuvo ambulatorio dos meses sin recibir ningún tipo de tratamiento excepto la cirugía realizada el 07 de agosto del 2014. Fueron dos meses de papeleos, valoraciones ambulatorias, exámenes complementarios. Esto aplazó de manera significativa el manejo adecuado por oncología que se debió iniciar de manera casi inmediata más cuando se tenía un reporte de biopsia que indicaba un tumor de origen neurológico invasivo de mal pronóstico en crecimiento. Se vino a iniciar la radioterapia y quimioterapia cuando el paciente estaba demasiado complicado.*
- *Existe falta de oportunidad ya que el paciente fue valorado ambulatoriamente por Oncólogos de Occidente y solo autorizan inicio de terapia oncológica, pero no lo hospitalizan; le extienden simplemente órdenes. Vienen a ingresarlo por remisión de urgencias del Hospital San Jorge el 03 de octubre del 2014. Donde catalogan que es una urgencia Oncológica. (Desde dos meses atrás era una urgencia oncológica; ya estaba con parálisis de miembros inferiores con sonda vesical por incapacidad de eliminar la orina, dolores supremamente fuertes. Sin embargo, estos argumentos no fueron suficientes).*
- *Existe falla en el servicio ya que el paciente estando inmunocomprometido le dan de alta para su casa con alto riesgo de complicarse con una infección, situación que ocurrió por que el paciente presentaba lesiones ulcerosas en el pene que se complicaron hasta el punto de diseminarse a otras regiones como abdomen y glúteos compatibles con una infección por*

bacterias anaerobias.

- *Existe falla en el servicio por que el paciente ingresa proveniente de su casa ya con signos de respuesta inflamatoria sistémica producto de infección que llego al sistema sanguíneo (estado séptico) y no recibió atención de manera inmediata, es atendido por medico solamente dos horas después de ingresar a la Clínica Oncólogos de Occidente.*
- *Existe Falla en el servicio porque el paciente es ingresado a UCI (Unidad de cuidados intensivos) siete (7) horas después de haber ingresado a la Clínica. A este servicio llega ya estuporoso en paro respiratorio. Ya los procedimientos realizados fueron infructuosos.*
- *Como conclusión final el paciente no falleció por el tumor directamente como se espera en estos casos, falleció por otra causa muy diferente que fue una sepsis producto del descuido médico y como agravante no fue atendido de manera inmediata cuando presentaba síntomas graves lo que se vino a dar siete horas después de estar esperando una atención objetiva y eficaz.*
- *La muerte del paciente se debió a una sumatoria de fallas y omisiones en que incurrieron tanto el Hospital San José de Viterbo, Caldas, como la sociedad Oncólogos De Occidente S.A.S., cuyas consecuencias se proyectaron en el tiempo hasta el momento de su deceso.*

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿El daño consistente en el fallecimiento del señor JFOL o la perdida de oportunidad de recibir un tratamiento oportuno y adecuado para recuperar su salud es imputable al Hospital San José de Viterbo y o a la sociedad Oncólogos de Occidente S.A.S.?*

2. Tesis del tribunal

El daño consistente en el fallecimiento del señor Jhon Faber Ortiz Londoño - JFOL ocurrido el 20 de octubre de 2014 o la perdida de oportunidad de recibir un tratamiento oportuno y adecuado para recuperar la salud no es imputable al Hospital San José de Viterbo o a la sociedad Oncólogos de Occidente S.A.S., por cuanto se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio, no es posible determinar la existencia de una falla en el servicio.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la imputación, la carga de la prueba, la prueba indiciaria; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el análisis del caso concreto.

3. Fundamento jurídico

3.1. La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que

le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *“venite ad factum, iura novit curia”*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales¹.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”*².

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución

¹ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación".³

3.2. La prueba indiciaria

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, en jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado se ha indicado que, tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión actividades médico-asistenciales, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado bien debe ser analizada bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello implica, el nexo de causalidad puede acreditarse por diversas vías, incluida la utilización de indicios⁴.

³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006 (exp. 15.772), reiterada entre otras, en sentencia del 20 de febrero de 2008 (exp 15.563): "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño".

En relación con el nexo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha admitido que, en circunstancias en las que no sea posible esperar certeza o exactitud sobre la existencia del mismo, puede tenerse por acreditado si se observaba un *“convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad”*⁵.

Sin embargo, dicha postura fue precisada en el sentido de indicar que, se trata de una regla de prueba en virtud de la cual el nexo puede demostrarse por vía indirecta, es decir, a través de indicios, sin que se trate de una excepción al deber que le asiste a la parte demandante de acreditar lo que tradicionalmente se ha denominado como el lazo de causalidad que debe existir entre la atención médica y el daño para que se estructure la responsabilidad de la administración⁶.

Se concluye entonces que, la posición actual del Consejo de Estado se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, *“debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño”*.⁷

4. Hechos acreditados

-. El fallecimiento del señor JFOL ocurrido el 20 de octubre de 2014, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción⁸.

-. En la clínica de la E.S.E. Hospital San José de Viterbo⁹ se suministró al señor JFOL atención médica, desde el 19 de julio y 4 de agosto de 2014, de la historia clínica se destaca:

19/07/14

11+54:

Motivo de consulta: dolor a nivel de ambos hombros especialmente el derecho.

⁵ Por ejemplo: Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, exp. 52001-23-31-000-1999-00981-02(27000), C.P. Mauricio Fajardo Gómez. *“En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médicas sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al Juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v. gr. la prueba indiciaria) para formar su convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume”*.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, *ibidem.*, en la cual se sostuvo: *“En cuanto a la prueba del vínculo causal, ha considerado la Sala que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’”, que permita tenerlo por establecido. // De manera más reciente se precisó que la exigencia de “un grado suficiente de probabilidad”, no implicaba la exoneración del deber de demostrar la existencia del vínculo causal entre el daño y la actuación médica, que hiciera posible imputar a la entidad que prestara el servicio, sino que esta era una regla de prueba, con fundamento en la cual el vínculo causal podía ser acreditado de manera indirecta, mediante indicios”*.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 10 de abril de 2019. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890)

⁸ Fl. 11 Archivo: ANEXOS.pdf - Expediente Electrónico

⁹ Archivos: 49 HistoriaClinicaHptalSanJose y 51TranscripciónHistoriaClinicaHptalSanJose

Enfermedad actual: paciente de 19 años de edad con cuadro clínica de 8 días de evolución consistente en dolor a nivel de ambos hombros especialmente en hombro derecho que se irradia a región dorsal. Niega otra sintomatología.

DIAGNOSTICO: M624 contractura muscular

Conducta: paciente de 19 años de edad que presenta contractura muscular a nivel de músculos paravertebrales en región dorsal. Se inicia manejo y se dan recomendaciones generales en cuanto a postura y manejo de cargas pesadas.

04/08/14

07:24:

Motivo y Enf Actual: MC. "NO PUEDO CAMINAR". EA: PACIENTE CON CUADRO CLINICO DE 3 HORAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN DISMINUCION DE LA FUERZA SUBJETIVA EN EXTREMIDADES INFERIORES CON IMPOSIBILIDAD PARA LA MARCHA, POR LO QUE CONSULTA. HABIA CONSULTADO EN VARIAS OCASIONES PREVIAMENTE REFIRIENDO DOLOR EN REGION SUBESCAPULAR IZQUIERDA CON CONTRACTURA AL EXAMEN FISICO POR LO QUE ESTABA SIENDO MANEJADO AMBULATORIAMENTE CON ANALGESIA Y RELAJANTE MUSCULAR. CONSULTO ANOCHE POR PERSISTENCIA DE DOLOR SIN HALLAZGOS AL EXAMEN FISICO Y RECONSULTA POSTERIORMENTE POR EL CUADRO ACTUAL.

Revisión por sistemas: NO PICOS FEBRILES, NIEGA ANTECEDENTE TRAUMATICO, REFIERE SENSACION INTERMITENTE DE PARESTESIAS EN EXTREMIDADES INFERIORES (...)

Causa Externa: Enfermedad general

Tipo de Diag: Impresión diagnostica

Conducta: PACIENTE QUE INGRESA POR LIMITACION PARA LA MARCHA CON DISMINUCION SUBJETIVA DE FUERZA Y SENSIBILIDAD EN EXTREMIDADES INFERIORES, SIN EMBARGO AL EXAMEN FISICO SIN ALTERACION NEUROLOGICA CLARA DADO QUE LA ALTERACION DE FUERZA Y SENSIBILIDAD SE PRESENTA DE MANERA SEGMENTARIA POR LO QUE NO ES POSIBLE IDENTIFICAR NIVEL NEUROLOGICO AFECTADO, QUEDA COMO 2 OPCION TRASTORNO DE SOMATIZACION A DESCATAR POR LO QUE SE INICIA VIGILANCIA NEUROLOGICA Y REVALORACION POSTERIOR PARA DEFINIR CONDUCTA.

10:54

Subjetivo: PACIENTE REFIERE DOLOR EN REGION SUBESCAPULAR IZQUIERDA, PERDIDA DE LA SENSIBILIDAD EN MIEMBROS INFERIORES, REFIERE INCAPACIDAD PARA LA MARCHA Y DOLOR EN REGION SUPRAPUBICA.

Objetivo: FC=70 FR=19 TA=110/70 T=36.85°C SO2=95%, CONCIENTE, ORIENTADO, ALERTA, NORMOCEFALO, PINRAL, MUCOSAS HUMEDAS, PARES CRANEALES CONSERVADOS, CUELLO MOVIL, TORAX SIMETRICO, EXPANSIBLE, ABDOMEN BLANDO, DEPRESIBLE, DOLOR A LA PALPACION EN REGION SUPRAPUBICA, SE PALPA GLOBO VESICAL, NO SIGNOS DE IRRITACION PERITONEAL, EXTREMIDADES EUTROFICAS, SE PALPA

HIPERTONIA MUSCULAR EN MMII, ROT CON HIPERREFLEXIA EN MMII, BABINSKI NEGATIVO, SNC SIN DEFICIT APARENTE, NIVEL SENSITIVO COMPROMETE A PARTIR DE NIVEL T7, GLASGOW 15/15.

Análisis: DX: 1) SINDROME DE MOTO NEURONA INFERIOR 2) SINDROME DEL CONO MEDULAR? 3) SINDROME DE PACIENTE CON CUADRO DE DEFECIT NEUROLOGICO MOTOR Y SENSITIVO PROGRESIVO, DE POSIBLE ORIGEN MIELOPATICO. PACIENTE NIEGA ANTECEDENTES TRAUMATICOS O QUIRURGICOS, NIEGA ANTECEDENTES FAMILIARES DE ENFERMEDADES NEURODEGENERATIVAS. SE DECIDE CONTINUAR CON MANEJO ANALGESICO Y **SE INICIAN TRAMITES DE REMISION A CENTRO DE NIVEL SUPERIOR PARA REALIZACION DE ESTUDIOS DE NEUROIMAGEN Y VALORACION POR SERVICIO DE NEUROLOGIA.**

Plan de tratamiento: - OBSERVACION

- TAPON VENOSO HEPARINIZADO
- TRAMADOL 100MG IV CADA 12 HORAS PASAR A GOTEIO LENTO
- Sonda VESICAL A PERMANENCIA
- S/S CUADRO HEMATICO, PARCIAL DE ORINA
- CONTROL DE SIGNOS VITALES Y AVISAR CAMBIOS
- INICIAR TRAMITES DE REMISION

-. En la clínica de Oncólogos de Occidente¹⁰ se suministró señor JFOL atención médica, de la historia clínica se destaca:

02/10/14

17:32

NOTA MEDICA DE HOSPITALIZACION ADULTOS

Subjetivo

INGRESO AL SERVICIO HOSPITALIZACION ALTA COMPLEJIDAD

INGRESO (02-10-14), DIA HOSPITALARIO 1

DX

-TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO INTRADURAL Y EXTRAMEDULAR NIVEL 13 T4

-INFECCION DE VIAS URINARIAS ASOCIADA A Sonda VESICAL

-PARESIA MSD

-PARAPLEJIA MIEMBROS INFERIORES

PACIENTE DE 19 AÑOS DE EDAD CON AP CUADRO DE UN AÑO DE EVOLUCIÓN DE DOLOR DORSAL AGUDIZACIÓN HACE 2 MESES REALIZAN ESTUDIOS ENCONTRANDO LESION TUMORAL A NIVEL DE T4 15, FUE LLEVADO A RESECCION QUIRURGICA EL 7 DE AGOSTO POR LA DRA PAEZ. DESDE HACE MES Y MEDIO HEMIPLEJIA DERECHA CON COMPROMISO DE ESFINTERES.

PATOLOGIA (13.08.14 CITOSALUD PAT14-011904) NEOPLASIA MALIGNA MAL DIFERENCIADA.

RNM COLUMNA TORÁCICA SIMPLE Y CONTRASTADA (06.08.14) MASA QUE

¹⁰ Archivo: 02Anexos - Expediente Electrónico

COMPROMETE LOS ARCOS POSTERIORES DE LOS CUERPOS DE T4 Y-15 CON EXTENSION AL CANAL RAQUIDEO CENTRAL Y EFECTO COMPRESIVO SOBRE EL GORDON MEDULAR, MIELOPATIA COMPRESIVA EN LOS NIVELES T4 15.

PACIENTE QUIEN INGRESA AL SERVICIO DE URGENCIAS DEL HOSPITAL SAN JORGE POR PRESENCIA DE PICOS FEBRILES ASOCIADOS A EPISODIOS DE CONVULSION TONICOCLOMICA GENERALIZADA, POSIBLE FOCO INFECCIOSO URINARIO, TAC DE CRANEO SIMPLE REPORTADA COMO NORMAL UROANALISIS QUE SE ANEXA NO CONCLUYENTE, HEMOGRAMA CON LEUCOCITOSIS Y NEUTROFILIA, INMUNOHISTOQUIMICA DEL 29-09/14 QUE REPORTA TUMORNEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO.

ES VALORADO POR EL DR RIVERA HEMATONCOLOGO QUIEN INDICA HOSPITALIZACION PARA MANEJO CON RADIOTERAPIA Y DETERMINACION DE NUEVAS CONDUCTAS SEGUN RESULTADO DE INMUNOHISTOQUIMICA.

(-)

Analisis

REALIZAN ESTUDIOS ENCONTRANDO LESION TUMORAL A NIVEL DE T4 TS QUIEN INGRESA AL SERVICIO PARA VALORACION Y MANEJO POR RADIOTERAPIA, ADEMAS INICIO DE MANEJO POR EL DR RIVERA HEMATONCOLOGO QUIEN SEGUN INMUNOHISTOQUIMICA INICIARA MANEJO ESPECIFICO. SE INICIA MANEJO DE DOLOR, ANTIBIOTICO, VALORACIÓN POR LAS ESPECIALIDADES, NUTRICION, PSICONCOLOGIA, MANEJO INTERDISCIPLINARIO.

23:20

Subjetivo

INGRESO AL SERVICIO HOSPITALIZACION ALTA COMPLEJIDAD INGRESO (02-10-14), DIA HOSPITALARIO 1 DX

-TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMARIO PERIFERICO INTRADURAL Y EXTRAMEDULAR NIVEL T3 T4

-INFECCION DE VIAS URINARIAS ASOCIADA A Sonda VESICAL -PARESIA MSD

-PARAPLEJIA MIEMBROS INFERIORES

REFIERE MEJORIA DEL DOLOR CON MORFINA

(-)

PACIENTE DE 19 AÑOS DE EDAD CON AP CUADRO DE UN AÑO DE EVOLUCIÓN DE DOLOR DORSAL, AGUDIZACIÓN HACE 2 MESES REALIZAN ESTUDIOS ENCONTRANDO LESION TUMORAL A NIVEL DE T4 TS, FUE LLEVADO A RESECCION QUIRURGICA EL 7 DE AGOSTO POR LA DRA PAEZ. DESDE HACE MES Y MEDIO HEMIPLEJIA DERECHA CON COMPROMISO DE ESFINTERES.

PATOLOGIA (13.08.14 CITOSALUD PAT14-011904) NEOPLASIA MALIGNA MAL DIFERENCIADA. RNM COLUMNA TORACICA SIMPLE Y CONTRASTADA (06.08.14) MASA QUE COMPROMETE LOS ARCOS POSTERIORES DE LOS CUERPOS DE T4 Y T5 CON EXTENSION AL CANAL RAQUIDEO CENTRAL Y

EFFECTO COMPRESIVO SOBRE EL CORDON MEDULAR, MIELOPATIA COMPRESIVA EN LOS NIVELES T4 T5 PACIENTE QUIEN INGresa AL SERVICIO DE URGENCIAS DEL HOSPITAL SAN JORGE POR PRESENCIA DE PICOS FEBRILES ASOCIADOS A EPISODIOS DE CONVULSION TONICOCLONICA GENERALIZADA, POSIBLE FOCO INFECCIOSO URINARIO, TAC DE GRANEAL SIMPLE REPORTADA COMO NORMAL UROANALISIS QUE SE ANEXA NO CONCLUYENTE, HEMOGRAMA CON LEUCOCITOSIS Y NEUTROFILIA INMUNOHISTOQUIMICA DEL 29-09/14 QUE REPORTA TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO ES VALORADO POR EL DR RIVERA HEMATONCOLOGO QUIEN INDICA HOSPITALIZACION PARA MANEJO CON RADIOTERAPIA Y DETERMINACION DE NUEVAS CONDUCTAS SEGÚN RESULTADO DE INMUNOHISTOQUIMICA(...)"

03/10/14

09:54

Subjetivo

PACIENTE DE 19 AÑOS DE EDAD CON DX MEDICO DE TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO INTRADURAL Y EXTRAMEDULAR NIVEL 13 T4-INFECCION DE VIAS URINARIAS ASOCIADA A Sonda VESICAL - PARESIA MSD-PARAPLEIA MIEMBROS INFERIORES. INAPETENTE. ALIMENTACION SOLIDA SUBOPTIMA. SIN MOLESTIAS GASTRICAS QUE INTERFIERAN CON SU ALIMENTACION. HABITO INTESTINAL IRREGULAR (ESTREÑIMIENTO), SEGUN RECuento GLOBAL DE NUTRIENTES CUBRE EL 75% D SUS REQUERIMIENTOS CALORICOS TOTALES. COMPROMISO DE SU ESTADO NUTRICIONAL CON PERDIDA DE MASA MUSCULAR Y PANICULO ADIPOSO. VALORACION GLOBAL SUBJETIVA CLASIFICACION C.

(...)

DX NUTRICIONAL: DESNUTRICION PROTEICA CALORICA MODERADA.

15:25

Subjetivo

PACIENTE QUE POR ORDEN MEDICA SOLICITAN VALORACION POR TERAPIA RESPIRATORIA INTRAHOSPITALARIA CON DIAGNOSTICO DE TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO INTRADURAL Y EXTRAMEDULAR NIVEL 13 T4, INFECCION DE VIAS URINARIAS ASOCIADA A Sonda VESICAL. (...) Plan Tratamiento

A LA VALORACION TERAPEUTICA ENCUENTRO PACIENTE CON DISTENSIBILIDAD Y ELASTICIDAD PULMONAR DISMINUIDA, SE RECOMIENDA REALIZAR INCENTIVO RESPIRATORIO AL DIA DEJO SIN COMPLICACIONES SE DAN RECOMENDACIONES Y CUIDADOS DEJO EN COMPAÑIA DE FAMILIAR.

04/10/14

7:02

Subjetivo

EVOLUCION MEDICA DM

DIAS DE HOSPITALIZACION: 3 (INGRESO 02/10/14)

DIAS TRATAMIENTO ANTIBIOTICO: 5 (29/09/2014)}

SESIONES DE RADIOTERAPIA: 2 (INICIO 3/10/2014)

DIAGNOSTICO

-TUMOR NEUROECTODERMICO PRIMITIVO PERIFERICO INTRADURAL Y EXTREMEDULAR NIVEL T3 T4, COMPRESION MEDULAR

-INFECCION DE VIAS URINARIAS ASOCIADA A SONDA VESICAL

-PARESIA MSD

PARAPLEJIA MIEMBROS INFERIORES (...) Análisis (...)

4/10/2014, 9:40 HORAS > ANEMIA LEVE, RESTO DE HEMOGRAMA NORMAL, IONOGRAMA Y FUNCION RENAL NORMAL PACIENTE EN SU DIA 3 DE HOSPITALIZACION, SESIONES DE RADIOTERAPIA 2, VALORADO EL DIA DE AYER POR HEMATO ONCOLOGO Dr. RIVERA DEFINE ECO CARDIOGRAMA Y FUNCION RENAL COMENTAR PACIENTE CON HEMATO ONCOLOGA PEDIATRA Dra. RUIZ SOLICITA GAMAGRAFIA RENAL VALORARA PACIENTE PARA DEFINIR MANEJO.

05/10/14

17:01

Análisis

...PACIENTE ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, AFEBRIL, BALANCE HIDRICO NEGATIVO SIN SIGNOS DE DESHIDRATACION, CON MAL CONTROL DEL DOLOR SE AJUSTA ANALGESIA Y SOLICITA VALORACION POR ALGESIOLOGIA, DEPOSICIONES NEGATIVAS DESDE HACE TRES DIAS SE INICIA LAXANTE, PENDIENTE SESIÓN RADIOTERAPIA DEL DIA DE HOY CONTINUA MANEJO EN LA UNIDAD SE CARGAN PARACLINICOS DE CONTROL PARA MAÑANA.

06/10/14

15:35

Análisis

ENCUENTRO PACIENTE EN POSICIÓN SEMIFLOWER, DESPIERTO, ALERTA, HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, FC 991.PM FR 19RPM PA 120/75 PAN 98 °T 37.6°C SATO? 95% FI02 21%, CON AUMENTO DE TONO EN MIEMBROS INFERIORES, CADERA EN ABDUCCION, EXTREMIDADES SIN EDEMA, BABISKY +, CLONUS, PIE CAIDO BILATERA, EQUILIBRIO ALTERADO, ESPASMOS EN REGION CERVICAL

Plan Tratamiento

A LA VALORACIÓN SE ENCUENTRA PACIENTE QUE REQUIERE DE MANIOBRAS DE TERAPIA FISICA, SE INICIA SESIÓN DE TERAPIA FISICA CON EJERCICIOS DE MOVILIZACIÓN ARTICULAR, DESCARGAS DE PESO COMO ESTIMULO PROPIOCEPTIVO, SE REALIZA MOVILIZACIÓN ESCAPULO PELVICA, SE REALIZAN TECNICAS NEUROPROPIOCEPTIVAS (KABATH) Y SE FINALIZA CON ESTIRAMIENTOS DE GRANDES GRUPOS MUSCULARES. TOLERA TRATAMIENTO SE DAN RECOMENDACIONES E INDICACIONES.

DEJO ESTABLE DENTRO DE SU CONDICIÓN CLINICA.

22:38

Analisis

...PACIENTE CON ESTABILIDAD HEMODINAMICA, EN MANEJO CON RADIOTERAPIA, PERSISTE CON DOLOR, PARACLINICOS DE CONTROL DE HOY HEMOGRAMA DENTRO DE LIMITES NORMALES, FUNCION RENAL CONSERVADA, HIPONATREMIA LEVE, CONTINUA MANEJO EN LA UNIDAD, SE ESPERA VALOR/CLON POR ALGESIOLOGIA, DRA RUIZ INDICA ADICIONAR METADONA AL MANEJO DADO QUE PERSISTE CON DOLOR, ADEMAS DDMMETASONA 8MG IV CADA 12HORAS EN NOCHE PACIENTE TRANQUILO CON MEJOR CONTROL DEL DOLOR, CONTINUA MANEJO EN LA UNIDAD.

07/10/14

09:21

Análisis

...PACIENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, HOY 5 SESION DE RADIOTERAPIA, DESDE ANOCHE CON FIEBRE, SI PRESENTA NUEVO PICO FEBRIL SE HEMOCULTIVARA, SS CH Y PCR, HOY ES VALORADO POR PSIQUIATRA DRA CAROLINA JARAMILLO TORO, QUIEN INDICA INICIAR MANEJO CON DULOXETINA CADA DM, CONTINUA MANEJO EN LA UNIDAD.

12:12

Analisis

ENCUENTRO PACIENTE EN CAMA EN POSICION SUPINO CON POCOS CAMBIOS DE POSICION, CON DISTENSIBRIDAD Y ELASTISIDAD PULMONAR DISMINUIDA PACIENTE CON PALIDEZ GENERALIZADA, SIN EVIDENCIA DE SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA CON SIGNOS VITALES ESTABLES CON FC:94X FR:20X SAT:92% SE AUSCULTA RUIDOS RESPIRATORIOS NORMALES LEVEMENTE DISMINUIDOS SIN PRESENCIA DE RUIDOS SOBREAGREGADOS Y SIN MOVILIZACIÓN DE SECRECIONES

Plan Tratamiento

SE LE REALIZA TERAPIA RESPIRATORIA CONSISTENTE EN INCENTIVO RESPIRATORIO MOVILIZANDO 1100W PACIENTE COLABORADOR PARA REALIZAR INCENTIVO RESPIRATORIO Y EJERCICIOS RESPIRATORIOS PASIVOS DURANTE EL DM DEJO SIN COMPLICACIONES SE DAN RECOMENDACIONES Y CUIDADOS.

15:43

Analisis

ENCUENTRO PACIENTE EN CAMA EN POSICIÓN SEMIFLOWER, DESPIERTO, ALERTA, UBICADO EN SUS TRES ESFERAS MENTALES COLABORADOR, HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, DOLOR DE 7/10 EN MMSS DERECHO, SENSIBILIDAD ALTERADA, LLENADO CAPILAR PRESENTE, CLONUS,

BABINSKY POSITIVO, FUERZA NO EVALUABLE EN MMII. EQUILIBRIO ALTERADO.

Plan Tratamiento

SE INICIA SESIÓN DE TERAPIA FISICA CON MOVILIZACIÓN ARTICULAR DE SUS 4 EXTREMIDADES, DESCARGAS DE PESO COMO ESTIMULO PROPIOCEPTIVO, TRANSICIONES DE SUPINO A SEDENTE, SE TRABAJA EQUILIBRIO EN SEDENTE, SE REALIZAN TECNICAS NEUROPROPIOCEPTIVAS (KABATH) Y SE FINALIZA CON ESTIRAMIENTOS DE GRANDES GRUPOS MUSCULARES. TOLERA TRATAMIENTO, SE DAN RECOMENDACIONES Y CUIDADOS. DEJO ESTABLE DENTRO DE SU CONDICIÓN CLINICA.

08/10/14

16:17

PACIENTE CON ESTABILIDAD HEMODINAMICA BUEN BALANCE HIDRICO, PARCIAL CONTROL DE DOLOR, HOY INICIARA PRIMER DIA DE QUIMIOTERAPIA EN RONDA CON DRA RUIZ SE DECIDE CONTINUAR CON IGUAL MANEJO MEDICO, SE SOLICITAN PARACLÍNICOS DE CONTROL, UROCULTIVO CON BACIOS GRAN - PENDIENTE TIPIFICACION Y ANTIBIOGRAMA, SALE REPORTE DE RX DE TORAX CON PRESENCIA DE PATRON RETICULONODULAR SIN DERRAME, SE REALIZA REFORMULACION DE DUODERM CONVENCIONAL PARA AREAS DE PRESION, ADEMAS DE REALIZAR PINZAMIENTO DE SONTA VESICAL Y COBERTURA DE LA MISMA SEGUN NECESIDAD DEL PACIENTE.

09/10/14

7:13

Objetivo

PACIENTE REFIERE SENTIRSE MEJOR Y MANIFIESTA HABER DISMINUIDO EL DOLOR. ENCUENTRO PACIENTE SEDENTE EN SILLA, DESPIERTO, ALERTA, UBICADO EN SUS TRES ESFERAS MENTALES HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, COLABORADOR, AFEBRIL AL TACTO, SENSIBILIDAD ALTERADA EN MMSS, EXTREMIDADES SIN EDEMA, ESPASTICIDAD EN MMII, CLONUS, BABISKY POSITIVO, HEMIPARESIA SUPERIOR DERECHA, LLENADO CAPILAR PRESENTE, PIEL PALIDA, DEBILIDAD MUSCULAR.

Plan Tratamiento

SE INICIA SESIÓN DE TERAPIA FISICA, CON EJERCICIOS DE MOVILIDAD ARTICULAR DE SUS 4 EXTREMIDADES, DESCARGAS DE PESO COMO ESTIMULO PROPIOCEPTIVO, SE APLICA ELECTROESTIMULACIÓN EN MMII, SE REALIZAN TECNICAS NEUROPROPIOCEPTIVAS (KABATH) Y SE FINALIZA CON ESTIRAMIENTOS DE GRANDES GRUPOS MUSCULARES. TOLERA TRATAMIENTO SE DAN RECOMENDACIONES E INDICACIONES. DEJO ESTABLE DENTRO DE SU CONDICIÓN CLINICA.

08:41

Análisis

ENCUENTRO PACIENTE CON DISTENSIBILIDAD Y ELASTICIDAD PULMONAR DISMINUIDA CON PATRON RESPIRATORIO ESTABLE, CON TIPO DE RESPIRACION MIXTA, CON SIGNOS VITALES ESTABLES CON FC:96X FR:20X SAT:94% SE AUSCULTA RUIDOS RESPIRATORIOS NORMALES LEVEMENTE DISMINUIDOS SIN PRESENCIA DE RUIDOS SOBREGREGADOS Y SIN MOVILIZACION DE SECRECIONES

10:55

PACIENTE MASCULINO ACTUALMENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLE CON SIGNOS VITALES DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES CON BALANCE HIDRICO ADECUADO, HASTA AHORA CON HEMOCULTIVOS NEGATIVOS, UROCULTIVO CON LA PRESENCIA DE BACILO GRAM NEGATIVO, PARACLINICOS DE HOY DENTRO DE LOS LIMITES, REPORTE DE GAMMAGRAFIA QUE MUESTRA PIELONEFRITIS RANAL SE AJUSTAN ANTIEMETICOS."

10/10/14

11:38

Se realiza valoración psicológica a paciente que encuentro en compañía de su hermana, en cama, despierta. Adecuada orientado en esferas, lenguaje reducido y buena disposición ante la intervención. Refiere dolor significativo manejado con medicamento. Su alimentación es reducida, presenta inapetencia, náuseas y estreñimiento. Su patrón de sueño se encuentra relativamente alterado. El paciente vive con su hermana, que está a cargo de sus cuidados; tenía una pareja que recientemente tuvo un hijo con él, pero el paciente no ha conocido a su hijo. A nivel emocional se evidencia afecto plano, reducida expresión emocional; se interviene en psicoprofilaxis, estrategias de afrontamiento y se dan recomendaciones generales de adaptación y manejo emocional. Se Informa sobre el acompañamiento psicológico. Requiere seguimiento.

21:30

PACIENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLE. SE RETIRO SONDA VESICAL POR APARENTE MICCION VOLUNTARIA, POSTERIOR GLOBO VESICAL, SE CONCLUYE QUE PRESENTABA MICCION POR REBOSAMIENTO, POR LO QUE SE ORDENA NUEVAMENTE SONDA A PERMANENCIA. REPORTE DE UROCULTIVO POSITIVO PARA DOS MICROORGANISMOS: PROTEUS Y KLEBSIELLA SENSIBLES A LA PIPERACILINA TAZOBACTAM, SIN EMBARGO SE COMENTARA CASO CON INFECTOLOGIA. HEMOCULTIVOS NEGATIVOS A LAS 48 HORAS. CONTINUA MANEJO Y VIGILANCIA EN UNIDAD. MAÑANA LABORATORIOS DE CONTROL.

11/10/14

23:45

PACIENTE PERMANECE ESTABLE HEMODINAMICAMENTE, AFEBRIL, CONTROL DE PARACLÍNICOS HEMOGRAMA SIN ALTERACIÓN NO REQUERIMIENTO TRASNFUSIONAL AZOADOS Y FUNCION RENAL DENTRO

DE LO NORMAL CON EMESIS Y NAUSEAS POR LO CUAL SE AJUSTA MANEJO ENTIHEMETICO, CONTINUA EN LA UNIDAD A ESPERA DE EVOLUCION.

12/10/14

18:41

PACIENTE AL MOMENTO CON ESTABILIDAD HEMODINÁMICA BUEN BALANCE HIDRICO, BUEN CONTROL DE DOLOR, EN RONDA CON DRA RUIZ SE CONTINUA MANEJO EN LA UNIDAD EN ESPERA DE REVALORACION POR RADIOTERAPIA.

13/10/14

17:13

PACIENTE MASCULINO HEMODINAMICAMENTE ESTABLE CON SIGNOS VITALES DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES, CON BALANCE POSITIVO, SIN SIGNOS DE SOBRECARGA, CON BUENA TASA URINARIA, POR AHORA SE DEJA IGUAL, EN RONDA CON LA DRA RUIZ INDICA IR DESECCALONANDO MEDICAMENTOS QUE GENERAN SEDACION, RESTO IGUAL.

14/10/14

17+39

SE ENCUENTRA CON ESTABILIDAD HEMODINAMICA, CLINICAMENTE HACIA LA MEJORÍA, SE OPTIMIZA PARA MANEJO POR CUADRO DE MUCOSITIS ORAL, SIN OTROS CAMBIOS CONTINUA MANEJO INSTAURADO POR ONCOLOGIA PEDIATRICA PARA MAÑANA LABORATORIOS DE CONTROL.

15:32

PACIENTE ESTABLE EN EL MOMENTO, PARACLINICOS DE CONTROL DEL DÍA DE HOY DENTRO DE LIMITES NORMALES, ANEMIA SIN REQUERIMIENTO TRANSFUSIONAL HEMOCULTIVOS NEGATIVOS A LAS 72 HORAS, EN ESPERA DE NUEVA REVALORACION POR RADIOTERAPIA, ES VALORADO POR DRA BENAVIDES ALGESIOLOGA QUIEN INDICA PARCHE DE FENTANIL 50MCG Y MORFINA 4MG IV CADA 6 HORAS Y RESCATES DE 2MG Y AL TERCER DIA SOLO MORFINA EN RESCATES, CONTINUA EN LA UNIDAD.

15/10/14

16:12

PACIENTE ESTABLE, EN ESPERA DE REVALORACION POR RADIOTERAPIA, DRA RUIZ INDICA CONTINUAR IGUAL MANEJO 15/10/14 18+00 PACIENTE QUE FUE VALORADO POR RADIOTERAPEUTA DR LOPEZ QUIEN INDICA PACIENTE NO REQUIERE MAS SESIONES DE RADIOTERAPIA, POR SU PARTE SE LE PUEDE DAR DE ALTA SE COMENTA CON DRA RUIZ QUIEN INDICA DAR DE ALTA CON ANALGESICOS, PREDNISOLONA EN DESCENSO Y CONTROL EN UNA SEMANA, SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE RECONSULTA DRA BENAVIDEZ INDICA DAR DE ALTA CON PARCHE DE

FENTANILO Y MORFINA ORAL Y ORDEN DE CUIDADO PALIATIVO AMBULATORIO.

Plan Tratamiento

SE DA DE ALTA CON RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE RECONSULTA ORDEN DE CONTROL POR CONSULTA EXTERNA EN UNA SEMANA."

-. Se recibieron las declaraciones de los testigos Julián Rivera Díaz, Martín Edgardo Gómez Ramírez, María Beatriz Ruiz Villa y Carlos Alberto Arias Giraldo, quienes relataron lo que les constaba sobre el estado de salud del paciente y la atención suministrada en la Clínica Oncólogos de Occidente, en septiembre y octubre de 2014.

5. Análisis del caso concreto

Procede la Sala a verificar si, en efecto, como lo alega la parte actora, el daño acaeció como consecuencia de una falla médica imputable a las entidades demandadas Hospital San José de Viterbo y a la sociedad Oncólogos de Occidente S.A.S.

5.1. La imputación al Hospital San José de Viterbo

La imputación que realiza la parte demandante frente al Hospital San José de Viterbo se concreta en que, desde que al paciente le iniciaron los síntomas el 19 de julio del 2014 no fue estudiado adecuadamente, nunca se le detectó el tumor, ni le ordenaron estudios complementarios, ni siquiera se ordenó la remisión para valoración especializada. Que el 4 de Agosto ya presenta complicaciones neurológicas importantes razón por la cual fue remitido de manera urgente a Manizales donde fue intervenido quirúrgicamente.

La Sala al respecto precisa que, sobre el error de diagnóstico, el Consejo de Estado¹¹ ha precisado que, para imputar responsabilidad a la Administración por daños derivados de dicho error, se requiere acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada, entre otros, como cuando *"existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso particular"*.¹²

De acuerdo con la historia clínica referente a la atención que se suministró en la clínica de la E.S.E. Hospital San José de Viterbo¹³ se observa que: el **19 de julio de 2014** el señor Jhon Faber Ortiz Londoño consultó por presentaba un cuadro de evolución de ocho días, por un dolor a nivel de ambos hombros, con mayor intensidad en el hombro derecho que se irradiaba a la región dorsal. Se diagnóstico una contractura muscular a nivel de los músculos paravertebrales de la región dorsal, se dio manejo con formula y se dieron recomendaciones posturales y manejo de cargas pesadas.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816.

¹³ Archivos: 49 HistoriaClinicaHptalSanJose y 51TranscripciónHistoriaClinicaHsptalSanJose

El **4 de agosto de 2014**, consulta nuevamente por imposibilidad para la marcha, con un cuadro clínico de tres horas de evolución, relacionado con disminución de la fuerza subjetiva en las extremidades inferiores; se diagnosticó: 1 “ *OTRAS ENFERMEDADES ESPECIFICAS DE LA MEDULA ESPINAL*” 2 “*ENFERMEDADES DE LAS NEURONAS MOTORAS*”, se determinó vigilancia neurológica y revaloración posterior para definir conducta. El mismo día, a las 10:54 horas en el control de evolución, se consignó un diagnóstico de síndrome de moto neurona inferior, síndrome del cono medular, déficit neurológico motor y sensitivo progresivo, de posible origen mielopático; por lo anterior se decidió continuar con manejo analgésico e iniciar remisión a centro de nivel superior para realización de estudios de neuroimagen y valoración por servicio de neurología. A las 13:30 horas del mismo día el paciente sale remitido para la Clínica Aman.

De acuerdo a lo anterior se evidencia que, el Hospital San José de Viterbo en la atención suministrada el 19 de julio del 2014 no le fue detectado el tumor, ni se realizaron estudios complementarios ni se dispuso la remisión para valoración especializada; sin embargo, el testigo Julián Rivera Díaz, médico cirujano, con especialización en medicina interna y subespecialidad en hematología y oncología clínica, con 22 años de experiencia en la subespecialidades referidas, precisó que el diagnóstico del “*tumor neuroectodérmico primitivo*” por sus características no era fácil de realizar.

Adicionalmente no obra ningún elemento de prueba que permita a esta Sala afirmar que, de acuerdo a los síntomas que el 19 de julio de 2004 presentaba el paciente, el Hospital San José de Viterbo debía detectar el tumor o realizar estudios complementarios o disponer la remisión para valoración especializada.

Fue el 4 de agosto de 2014, cuando en atención a los síntomas o condiciones que presentaba el paciente, que se diagnosticó una enfermedad de la medula espinal y o enfermedades de las neuronas motoras, por lo que se decidió continuar con manejo analgésico e iniciar remisión a centro de nivel superior para realización de estudios de neuroimagen y valoración por servicio de neurología. Conducta que se encuentra acorde con lo informado por el testigo Julián Rivera Díaz, quien refirió que el diagnóstico el tumor que presentaba el paciente exigía la atención de un tercer nivel de complejidad.

En consecuencia, para la Sala, frente al Hospital San José de Viterbo se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, toda vez que, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no es posible determinar una falla en el servicio, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica en su contra.

5.2. La imputación a Oncólogos de Occidente S.A.S.

La imputación que realiza la parte demandante frente a esta demandada se concreta en que, - el paciente fue valorado ambulatoriamente por Oncólogos de Occidente y solo se autoriza el inicio de terapia oncológica, pero no lo hospitalizan, le extienden simplemente órdenes; vienen a ingresarlo por remisión de urgencias del Hospital San Jorge el 03 de octubre del 2014 donde catalogan que es una urgencia Oncológica; el

paciente estando inmunocomprometido le dan de alta para su casa con alto riesgo de complicarse con una infección, situación que ocurrió; - el paciente ingresó proveniente de su casa ya con signos de respuesta inflamatoria sistémica producto de infección que llevo al sistema sanguíneo (estado séptico) y no recibió atención inmediata, es atendido por médico solamente dos horas después de ingresar a la Clínica Oncólogos de Occidente; y es ingresado a UCI siete horas después de haber ingresado a la Clínica.

La Sala evidencia de la historia clínica¹⁴ referente a la atención que se suministró en la Clínica Oncólogos de Occidente que, el **2 de octubre de 2014** a las 17:32 horas se recibe al paciente en el servicio de hospitalización, es valorado y se diagnostica: un tumor neuroectodermico primitivo periférico intradural y extramedular nivel T3 T4; infección de vías urinarias asociada a sonda vesical; paresia msd y paraplejia miembros inferiores. Que presentaba un cuadro de un año de evolución de dolor dorsal, con agudización hace 2 meses, que se le habían practicado estudios encontrando lesión tumoral a nivel de T4 T5, por lo que fue llevado a resección quirúrgica el 7 de agosto de 2014 y que desde hace mes y medio presenta hemiplejia derecha con compromiso de esfínteres. Que es valorado por hematoncólogo quien indica hospitalización para manejo con radioterapia y determinación de nuevas conductas según resultado de inmunohistoquímica, manejo de dolor y tratamiento de antibiótico.

Según notas del **3 al 7 de octubre de 2014**, el paciente recibe tratamiento de radioterapia y es valorado y tratado por nutrición, terapia respiratoria, hemato oncológica, hemato oncología pediátrica; medicina del dolor terapia física y psiquiatría.

El **8 de octubre de 2014** inicia quimioterapia; se ordena seguir igual manejo médico, se realizan exámenes paraclínicos, radiografías de tórax, ecocardiograma, gammagrafía renal; el **9 de octubre de 2014** se reciben resultados de la gammagrafía renal que mostró presencia de pielonefritis renal. El **10 de octubre de 2014** se señala que, el reporte de urocultivo dio positivo para dos microorganismos: *proteus* y *klebsiella sensibles a la piperacilina tazobactam*, sin embargo se comenta el caso con infectología; los días **11, 12 y 13** de octubre, continua manejo y vigilancia en unidad.

El **14 de octubre de 2014** señala que, el paciente se encuentra estable, paraclínicos de control dentro de los límites normales, hemocultivo negativo, en espera de nueva revaloración por radioterapia, que es valorado por *algesiologa* quien indica parche de fentanil 50mcg y morfina 4mg iv cada 6 horas y rescates de 2mg y al tercer día solo morfina en rescates, continua en la unidad.

El **15 de octubre de 2014**, es valorado por radioterapeuta quien indica que el paciente no requiere más sesiones de radioterapia; se decide por parte de oncología dar de alta con analgésicos, y control en una semana, se dan recomendaciones y signos de reconsulta, y orden de cuidado paliativo ambulatorio.

El 20 de octubre de 2014, el paciente es llevado a la clínica de Oncólogos de Occidente

¹⁴ Archivo: 02Anexos – Expediente Electrónico

proveniente de su hogar a las 9:49 a.m. en malas condiciones deshidratado, febril, polipneico, con lesiones en pene que se han generalizado a hipogastrio y glúteos los cuales crecieron de tamaño. Afirma la parte demandante que al paciente lo tuvieron cerca de dos horas y 10 minutos sin ser valorado por médico, simplemente la enfermera de turno le puso oxígeno hasta que a las 12:02 horas; el médico de turno valora y encuentra paciente con mucha dificultad respiratoria, con posible respuesta inflamatoria sistémica, ordena paraclínicos, reportados a las 13:09 horas que indican acidosis metabólica severa. Que es subido a piso de hospitalización a las 13:09 horas donde no le hacen ningún manejo y solicitan ingreso a UCI de manera urgente, le aplican líquidos endovenosos para su deshidratación y oxígeno a alto flujo. Ingresa a UCI a las 16:49 horas en peores condiciones ya pálido y estuporoso, hipotenso con saturación de oxígeno del 80% mostrando signos inminentes de paro respiratorio; le inician manejo de código azul con reanimación pero es infructuoso el paciente fallece a las 17:43 horas.

En cuanto a la atención que se suministró en la Clínica Oncólogos de Occidente, el testigo Julián Rivera Díaz, señaló que:

- Su primer contacto con el paciente fue el 19 de septiembre de 2014, en consulta externa en la Clínica Oncólogos de Occidente, quien venía operado en otra institución en agosto, por un tumor que había generado un compromiso compresivo en la médula espinal.
- El tumor era muy agresivo y conocido como "*tumor neuroectodérmico primitivo*".
- El paciente fue hospitalizado entre el 02 y el 15 de octubre de 2014, para dar tratamiento oncológico de radioterapia y quimioterapia.
- También fue manejado por una infección urinaria originada en su falta de control de esfínteres y por ello utilizaba sonda, lo cual lo predispone a procesos infecciosos.
- La infección fue tratada con ampicilina sulbactam y después diez días de tratamiento con piperacilina tazobactam. Los antibióticos que se suministraron eran de los más fuertes y existentes.
- El tratamiento de radio y quimioterapia conlleva a un descenso de glóbulos blancos y de plaquetas, lo cual favorece la infección y el sangrado.
- El paciente a su ingreso estaba muy enfermo, con un año de evolución de su cuadro, con gran compromiso neurológico, con una enfermedad agresiva oncológica, estaba postrado en su lecho de enfermo y con un grado de desnutrición avanzado producto de su misma enfermedad.
- Al paciente se dio de alta el 15 de octubre, luego de habersele brindado tratamiento de radioterapia y quimioterapia, con una serie de recomendaciones y orden de control en una semana.
- El paciente al egreso de Oncólogos de Occidente había cumplido un ciclo completo de antibiótico para el manejo de la infección urinaria.
- Al momento de darse de alta al paciente no cursaba con un proceso infeccioso urinario, estaba en buenas condiciones de acuerdo a su condición médica.
- El paciente ingresa nuevamente el 20 de octubre, presentando inestabilidad hemodinámica, con un cuadro de dificultad respiratoria que obliga su traslado a

la unidad de cuidado intensivo, allí hace una arritmia cardíaca y luego de realizársele varias maniobras de reanimación fallece en la institución.

-Para evaluar la respuesta al tratamiento de radioterapia y quimioterapia, debe transcurrir un término aproximadamente de 3 meses, en este caso sólo transcurrió un tiempo de más o menos 10 o 15 días, por lo que no se pudo alcanzar a realizar una evaluación de respuesta al tratamiento.

La testigo María Beatriz Ruiz Villa, médica pediátrica, oncóloga pediátrica, master en oncología molecular, con entrenamiento en trasplante de médula ósea, quien laboró en Oncólogos de Occidente desde 2008 hasta el 2017, indicó que:

-El paciente ingresó a Oncólogos de Occidente en donde inicialmente fue evaluado por el oncólogo de adultos y ya estando en hospitalización ella conoce al paciente, quien tenía un antecedente de enfermedad oncológica con un diagnóstico tardío.

-El paciente ingresó en compañía de su madre, presentaba mucho dolor, con sonda instalada, muy delgado, con una historia de cirugía del tumor y con un antecedente de orden de hospitalización de aproximadamente un mes.

-Explica que la médula ósea es como un cable de conectar el televisor a la toma de la luz, ese cable está lleno de otros cables y cada cablecito tiene una información para cada estructura neurológica del cuerpo, entonces si yo tengo ese cable y lo aplasto con un piedra la conducción se interrumpe, no podrá ver televisión, no habrá energía. La médula espinal es una estructura muy importante en el equilibrio homeostático del cuerpo, en el sentido que ella le dice al cuerpo si hay una estabilidad inmunológica o no; la medula espinal ayuda a las defensas a que mi capacidad de defenderme frente al medio este en control.

-El paciente ya tenía una médula ósea muy enferma, invadida por una lesión tumoral que la estaba aplastando más de 6 meses atrás, eso implica que el paciente ya está con muchas dificultades, luego el plan establecido por ella como oncóloga no tenía el propósito de curarlo, sino reducir el dolor y la lesión.

-La lesión que presentaba era del tamaño de un limón, en ese momento no era importante reducir la lesión y quitárselo, porque para eso hay un tiempo de quimioterapia y un plan oncológico, el propósito era reducir la lesión del tamaño de un limón al tamaño por ejemplo de una moneda, para luego intentar retirar esa lesión.

-Como el paciente estaba tan complicado en diferentes sistemas y tan debilitado, el plan de radioterapia y quimioterapia se prescribió de una manera muy controlada, de tal manera que no se afectara el paciente.

-El paciente tenía instalada una sonda por la dificultad para la orina, por ello se le realizó una gammagrafía renal, la cual mostró que tenía una infección urinaria con afectación de los riñones, ante el resultado se prescribió un tratamiento antibiótico que inició con la ampicilina sulbactam, más o menos al tercer día del tratamiento antibiótico el paciente persistía con fiebre, por lo que se decidió dar un manejo con un antibiótico de amplio espectro, esto es piperacilina tazobactam el cual se suministró por el término establecido para el tratamiento de una infección urinaria que es entre 8 y 10 días.

-El paciente presentó una mejoría con el plan instalado, ya se había brindado el

primer ciclo de tratamiento oncológico y por ello se dio de alta, con cita para control en una semana.

-Al momento de dar de alta al paciente le suministró su número de teléfono a la madre, con la indicación que ante cualquier eventualidad se comunicara con ella para dar la orientación médica respectiva. La mamá del paciente la llamó y le indicó que veía a Jhon Faber muy decaído y adicionalmente presentaba fiebre, ante tal afirmación le indicó que de manera inmediata se trasladara para Oncólogos de Occidente.

-No era mandatorio al momento de dar de alta al paciente, prescribirle un tratamiento antibiótico en casa, toda vez que el mismo fu suministrado intrahospitalario, durante el tiempo respectivo y con antibiótico de amplio espectro.

-El paciente llegó a las instalaciones de la clínica al medio día, inmediatamente revisaron al paciente encontrando la presencia de fiebre, deshidratado, con hipotensión, por lo cual se le instalaron líquidos y en la hora siguiente fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos en donde tuvo un desenlace desafortunado.

-El paciente tenía una posibilidad de sobrevida de un 15% aproximadamente.

Por su parte, el testigo Martín Edgardo Gómez Ramírez, médico general, indicó que:

-Atendió al paciente el 20 de octubre de 2014, en el servicio de hospitalización de Oncólogos de Occidente; a su ingreso estaba en muy malas condiciones, en un estado clínico deteriorado, con dificultad para respirar, con hipotensión, desaturado, taquicárdico, deshidratado, esto es presentaba un shock séptico.

-Se realizaron paraclínicos, se canaliza, se suministran líquidos y dada la condición del paciente, es trasladado a la unidad de cuidados intensivos.

Finalmente el testigo Carlos Alberto Arias Giraldo, médico con postgrado en gerencia y sistemas de la salud, con especialización en reanimación, quien labora en Oncólogos de Occidente, en la Clínica Confamiliar y en la Liga Contra el Cáncer, indicó que:

-Atendió al paciente en la unidad de cuidados intensivos de Oncólogos de Occidente, en la valoración lo encontró en condición crítica con compromiso de varias funciones vitales.

-En la unidad de cuidado intensivos lo que se realiza es el soporte del paciente frente a las fallas de los sistemas vitales que presente.

-El paciente presentaba un estado febril, con un antecedente de una enfermedad oncológica muy avanzada y con una función cardiovascular y respiratoria comprometida, con un proceso infeccioso reciente pero severo.

-No obstante la atención que se le dio al paciente, su evolución frente al soporte brindado en la unidad de cuidados intensivos no fue buena, debido a su gran compromiso.

-El pronóstico del paciente de acuerdo a su condición de ingreso eran muy desfavorables.

La Sala, de acuerdo a la historia clínica y los testimonios recibidos en primera instancia evidencia que, la atención suministrada por Oncólogos de Occidente, fue adecuada y oportuna, atendiendo las condiciones de salud que presentaba el paciente y su evolución.

No existe ninguna prueba, ni siquiera indiciaria que permita aseverar de manera categórica que, se presentó una demora injustificada en la atención o que le fueron negados los servicios requeridos, o que el tratamiento con radioterapia y quimioterapia debió suministrarse con mayor anticipación o que el 15 de octubre de 2004 con ligereza se dio de alta al paciente, o que hubo un error en el procedimiento médico suministrado, o una mala atención médica o el incumplimiento de protocolos o que los profesionales de la salud no fueran idóneos.

Al respecto se reitera que, la responsabilidad médica, en casos como el presente, *“debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño”*.¹⁵

Ahora, el hecho que el paciente falleciera por una sepsis y no por el tumor que presentaba, tampoco es suficiente para afirmar que ello fue producto del descuido médico, pues las pruebas son claras en indicar que, la causa del fallecimiento fue la evolución natural de la enfermedad y que el equipo médico de las entidades demandadas no pudo contrarrestar a pesar de suministrar una atención adecuada.

Al respecto se precisa que, para que las pretensiones tengan vocación de prosperidad, se torna indispensable arribar a la conclusión que el servicio no se prestó adecuadamente, bien porque no fue oportuno, porque no cumplió con los protocolos, estándares y recursos humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos de calidad fijados por la ciencia médica al momento de la ocurrencia del hecho dañoso, o se omitió el cumplimiento de deberes por parte del prestador, *“sin que de ello sea posible exigir un resultado exitoso en todos los eventos, pues se trata de una obligación de medio y no de resultado”*.¹⁶

5.3. Conclusión

El daño no es imputable al Hospital San José de Viterbo o a la sociedad Oncólogos de Occidente S.A.S., por cuanto de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, no es posible afirmar que existió una falla en el servicio, bien sea por un error o demora en el diagnóstico, un error o demora en el procedimiento médico suministrado, una mala atención médica o el incumplimiento de protocolos o que los profesionales de la salud no fueran idóneos; por el contrario, las pruebas evidencian que el daño tuvo origen en la evolución propia de la enfermedad que presentaba el paciente y que los médicos no pudieron contrarrestar.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 10 de abril de 2019. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01800-01(41890)

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Alberto Montaña Plata. Sentencia de 5 de mayo de 2020. Rad.: 73001-33-31-000-2006-00114-01(45214)

En consecuencia, al no encontrarse acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, debe confirmarse la sentencia apelada, que negó a las pretensiones de la parte demandante.

6. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon María Margoth Betancur Jaramillo y otros contra la E.S.E. Hospital San José de Viterbo y Oncólogos Del Occidente S.A.S.

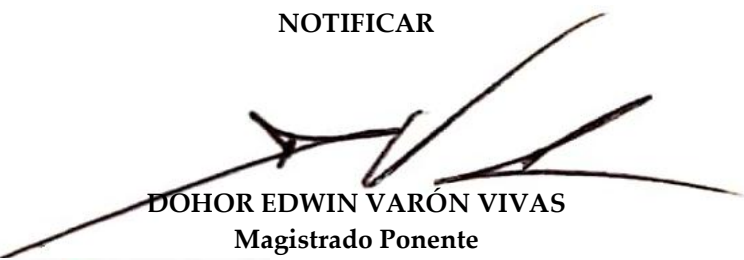
Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, al abogado Héctor Jaime Giraldo Duque.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 11 de 2022.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelta del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de dos (02) cuadernos.

Manizales, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00721-00

Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Lucelly Noreña de Villada

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 0032

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirma la sentencia proferida por este Tribunal el día 18 de octubre de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO****No. 035****FECHA: 28/02/2022**A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box.**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**
SECRETARIO

Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

**9a0da415fb12b302bd58284a2cbb65fe0a55c95a465ef7
b3a2f0b71af5a6a512**

Documento generado en 25/02/2022 08:59:07 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelta del H. Consejo de Estado, confirmando parcialmente la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno.

Manizales, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00889-00

Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Libardo Castaño Ramírez

Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Municipio de Manizales

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 033

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirma parcialmente la sentencia proferida por este Tribunal el día 14 de junio de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO****No. 035****FECHA: 28/02/2022**A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box.**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**
SECRETARIO

Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

**63906351b56a290cd8ab824756f589635279d13133013
9e3cf796d05c9f0fd04**

Documento generado en 25/02/2022 09:01:59 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelta del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno.

Manizales, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00994-00

Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Esperanza Ríos Londoño

Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Municipio de Manizales

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 033

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por este Tribunal el día 31 de mayo de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO****No. 035****FECHA: 28/02/2022**A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box.**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**
SECRETARIO

Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

**30f7d2c47ce64362ce401410b4f488adc0cd8379633475
cd1c242e6a395b6d80**

Documento generado en 25/02/2022 11:00:04 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 048

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2017-00276-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Luz Elí Cifuentes Murillo y otros
Demandado: PAR Caprecom (Liquidado), Cruz Roja-Hospital Infantil “Rafael Henao Toro”, Caja de Compensación Familiar de Caldas y Clínica Versalles.
Llamados gtía.: Allianz Seguros S.A., Axa Colpatria Seguros S.A. y Mapfre Seguros General de Colombia S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y PAR Caprecom contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, se declare responsable a las demandadas por los daños antijurídicos causados, como consecuencia de la deficiente atención médica que generó el fallecimiento de la niña Arbel Mariana Montoya Cifuentes (en adelante AMMC). Que en consecuencia, se ordene pagar las indemnizaciones con el fin de resarcir los perjuicios causados, así:

a) Perjuicios morales: - Para la víctima directa (niña) la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes. - Para Luz Elí Cifuentes Murillo y Jesús Albeiro Montoya Restrepo (Padres), la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno. - Para Gloria Estrella Murillo Castro, Francisco Antonio Cifuentes Molina, María Mercedes Restrepo Gallego y José Eudaldo Montoya Correa, la suma de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno. - Para Erika Andrea Cifuentes Murillo y Jorge Julio Montoya Restrepo, la suma de 35 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno.

b) Perjuicios materiales: a título de daño emergente consolidado, los gastos de abogado en que deben incurrir los demandantes, equivalente a la suma de \$147.174.541.

1.2. Fundamento Fático

Expuso que, el 16 de febrero de 2015, AMMC se encontraba en su residencia, se derramó un pocillo con una bebida caliente que cayó sobre su cuerpo, por lo que fue llevada al Hospital San Antonio de Villamaría, en donde se determinó que presentaba quemadura del 18% de la superficie corporal de segundo grado, eritema y flictenas, razón por la cual debía ser remitida a otro nivel de atención.

Fue comentada con el Hospital Infantil, en donde no fue aceptada. Luego, fue transportada a la Clínica San Marcel, pero no pudo ser ingresada allí, en tanto no contaban con servicio de pediatría ni unidad de quemados. Así mismo, fue consultada con la Clínica Versalles, donde no se aceptó. También se contactó al Hospital del Líbano - Tolima, al que no pudo ser remitida, pues no manejaban unidad de quemados.

El 18 de febrero de 2015, Caprecom informó que en Manizales no se tiene prestador. A las 6:15 p.m. del mismo día, el Hospital San Antonio de Villamaría recibió la orden emitida por un Juez de Tutela, que dispuso el traslado de la niña al Hospital Infantil “Rafael Henao Toro”, por lo que sale de la institución a las 6:51 p.m.

Ingresó al Hospital Infantil a las 7:11 p.m., en donde fue sometida a observación y aplicación de analgesia. El 23 de febrero de 2015, la paciente presentó malas condiciones generales, con signos de choque, por lo que es trasladada a Meintegral como urgencia vital. A las 12:55 p.m., es recibida, con riesgo de muerte de un 99%, sepsis severa, disfunción orgánica múltiple, shock refractario, asociado a infecciones en sitio quemadura. La niña falleció en las instalaciones de Meintegral el 25 de febrero de 2015.

1.3. Fundamento jurídico

Invocó el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 44, 48 y 93 de la Constitución; Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales Económicos y Culturales; Declaración de los Derechos del Niño; Convención Americana sobre Derechos Humanos; T-036 de 2013; T-021 de 2012; T-283 de 2012.

Enfatizó que las demandadas vulneraron el derecho al acceso al servicio público de salud en forma eficiente, eficaz, inmediata y prioritaria, toda vez que la atención pudo ser brindada en los centros médicos demandados, en tanto contaban con mejores condiciones profesionales, técnicas y locativas que el Hospital San Antonio de Villamaría, omisión que contribuyó al desmejoramiento de la salud de la niña y que derivó en su muerte. Igualmente, es notable la falla en el servicio de Caprecom, que no contaba con la cobertura suficiente para garantizar la atención médica pediátrica y de quemados.

2. Contestación de la demanda

2.1. Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas- Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”¹: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante; afirmó que la paciente no fue inicialmente aceptada en la institución toda vez que, requería atención médica especializada en un servicio de urgencias, en una unidad de quemados o una unidad de cuidados intensivos, servicio con los que no cuenta, según consta en el registro URG_B3174576. Propuso las excepciones:

- *Obligación a cargo de un tercero – responsabilidad directa de las empresas prestadoras de servicios de salud, Caprecom EPS – frente a sus afiliados y beneficiarios. La función de aseguramiento y garantía es indelegable:* basado en que, la niña fue comentada en el Hospital Infantil por el Hospital San Antonio de Villamaría para remisión el 16 de febrero de 2015 a las 18:42, pero no fue aceptada, por requerir manejo de una quemadura del 18% de la superficie corporal de segundo grado con eritema y flictenas, mientras que el Hospital Infantil no tenía habilitados los servicios de urgencias, ni quemados ni unidad de cuidados intensivos, motivos que constan en el registro UGR_B3174576. Así las cosas, la atención en salud y la red habilitada para prestar los servicios a la paciente era responsabilidad de Caprecom EPS, que debía garantizar en calidad de aseguradora el plan de beneficios a la niña, la prestación del servicio de acuerdo con las necesidades médicas de la misma y su continuidad en las IPS que cumplieran las condiciones especiales exigidas por el sistema de la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud. Sin embargo, Caprecom EPS como responsable del pago y aseguramiento, no contaba con la red de prestadores de servicios a la que estaba obligado, lo que generó una barrera de acceso a la paciente.
- *Ausencia o inexistencia de responsabilidad por parte del Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” en el aseguramiento de la paciente y/o constitución de red de prestadores para garantizar la continuidad y oportunidad del servicio. No habilitación de los servicios requeridos por la paciente y su condición. Cumplimiento normatividad sobre la materia:* El Hospital Infantil no contaba con la habilitación del servicio para atención de pacientes quemados, ni unidad de cuidados intensivos o servicio de urgencias, un juez mediante una medida provisional dictada en el curso de una acción de tutela, ordena a la entidad recibir a la niña, a quien se le brindó atención dentro del marco de la capacidad técnica, humana y científica disponible en la IPS, bajo criterios de calidad y seguridad, brindando un manejo acorde a lo indicado por la lex artis, sin que exista falla alguna en el servicio. No hubo omisión, negligencia, ni falta de procedimientos oportunos para con la paciente; por el contrario, la atención se dio en cumplimiento de los principios de pericia, prudencia, diligencia y demás obligaciones contenidas en el artículo 3º del Decreto 1011 de 2006. La responsabilidad de constituir, contratar y garantizar una red de prestadores de servicios para sus afiliados es el del asegurador en salud, para este caso, Caprecom, función indelegable, menos aún a las IPS.
- *Inexistencia de falla (culpa) por parte del Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”:* para la niña se estableció un plan terapéutico con manejo del dolor, inmunomodulación,

¹ Archivo digital “01Folio1-892”, folios 276-364

manejo local de la quemadura (prescripción de clorhexidina y aplicación de apósito de hidrofibra *Aquacel Burn*), uso de antibiótico tópico, oral o venoso, seguimiento clínico, fisioterapia y nutrición. Se realizó identificación inmediata del choque séptico, para lo cual se iniciaron medidas de soporte vital avanzado, como son, administración de alta concentración de oxígeno a través de máscara de no reinhalación, acceso vascular, reanimación con líquidos, toma periódica y seguimiento de signos vitales, realización de pruebas de laboratorio, inicio de medicamentos vasoactivos, administración de antibióticos, referencia a unidad de cuidados intensivos, intubación orotraqueal y traslado como urgencia vital. Todos los servicios prestados, lo fueron con oportunidad, seguridad, accesibilidad, continuidad, diligencia, pericia y prudencia.

- *Obligación de medio y no de resultado*: tratándose de la atención brindada a la paciente cuando ingresó al Hospital Infantil, se ajustó a los protocolos de manejo señalados por ciencia médica; se inició el protocolo para atención de paciente quemado, pero el resultado es ajeno a la diligencia e idoneidad de la atención dispensada, por lo que el daño no puede ser atribuido a la atención.
- *Culpa exclusiva y determinante de un tercero, culpa de la demandante, "víctima"*: la paciente se encontraba en su casa, bajo el cuidado familiar, cuando sufrió una quemadura de II grado con líquido caliente en el 18% de la superficie corporal, que requirió atención en salud, manejo médico especializado y tratamiento.
- *Inexistencia de daño generado por Hospital Infantil Universitario "Rafael Henao Toro" a los demandantes*: en revisión de la historia clínica de Meintegral hay datos de antecedentes que la paciente había presentado lesiones cutáneas, lo que puede estar relacionado con historia de colonización previa por *estafilococo aureus* como predisponente de la infección actual. La quemadura expone al individuo, aun con los mayores estándares de calidad en la atención, a posibles infecciones, pues el simple hecho de la respuesta sistémica a la quemadura lleva a una inmunosupresión. El daño por el que se pretende reparación no tiene su causa efectiva en la acción u omisión por parte de la entidad.
- *Inexistencia del nexo causal entre la negación inicial del servicio o la prestación del servicio por parte del Hospital Infantil Universitario "Rafael Henao Toro" y el daño alegado por los demandantes*: no existe ninguna relación causa y efecto entre los servicios prestados por el Hospital Infantil a la paciente y el daño por el que se reclama reparación, pues la evolución de su estado solo tuvo origen en la quemadura que sufrió y las características de la misma, sin que se explique de otra manera, en tanto se dispensaron los servicios médicos de acuerdo con la capacidad técnica, humana y científica de la que se disponía por las entidades en que fue tratada.
- *Régimen de culpa probada, inexistencia de la prueba de la culpa*: basada en que no tenía la habilitación de servicios requerida para atender paciente quemados, al no contar con urgencias, unidad de paciente quemados ni unidad cuidados intensivos, situación que fue advertida oportunamente a la institución de atención primaria que comentó la paciente. La

llamada a dar trámite y solución a los servicios requeridos por la niña era Caprecom. Aún si la capacidad para atender pacientes quemados que requirieran unidad de cuidados intensivos, el Hospital Infantil prestó los servicios a la niña conforme a su capacidad técnica, humana y científica, atendiendo a la *lex artis* y los protocolos que rigen la materia, sin que de su atención se haya derivado algún riesgo adicional, falla o daño, toda vez que fue la condición de la paciente la que evolucionó de manera imprevisible y desafortunada.

- *Subsidiaria. Inexistencia de la prueba de perjuicio material cierto reclamado. Inexistencia de requisitos para su configuración:* el daño emergente consolidado debe ser probado por quien lo reclama como cierto, y para el caso de marras, no se arrimó prueba alguna que acredite la certeza o veracidad del gasto y su monto.

2.2. Clínica Versalles²: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante; sostuvo que no existe fundamento probatorio ni daño patrimonial o extrapatrimonial que pueda ser imputable a la entidad, toda vez que el actuar de la clínica fue idóneo y de acuerdo con la patología que aquejaba a la paciente. Propuso las excepciones:

- *Inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad:* no existe falla en el actuar de la Clínica Versalles, puesto que consta en la historia clínica aportada por la parte demandante que en la entidad nunca se negaron a recibir la paciente. Por tanto, no hubo negación de un servicio, sino imposibilidad de prestarlo, al no contarla con el especialista adecuado para el manejo de la paciente; lo incorrecto hubiera sido aceptar a la paciente sin tener la capacidad técnica para abordar el manejo.

- *Responsabilidad de la víctima – los padres:* de la narración y de las historias clínicas allegadas se desprende que existió culpa de la víctima, pero como es una menor de edad, será atribuible a los padres, en razón a que el hecho dañoso lo causó la negligencia y falta de protección de los progenitores hacia su hija.

- *Principio de autoresponsabilidad de las partes de los perjuicios sufridos:* la parte actora debía acreditar el perjuicio material alegado y no lo hizo, luego, incumplió la carga probatoria que le correspondía, lo que acarrea la desestimación de esa pretensión.

- *Responsabilidad del asegurador en el servicio de salud:* de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud son las responsables de la afiliación, registros de afiliados y recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones y el valor de las Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantías.

- *Inexistencia de la obligación de indemnizar:* según la fisiopatología de la quemadura presentada por la niña, la misma requería, de acuerdo con su médica tratante, un especialista en cirugía pediátrica, además necesitaba manejo quirúrgico por dicha

² Archivo digital "01Folio1-892", fl. 622-646

especialidad. Si bien, la paciente estaba estable, por su evolución podría requerir posteriormente intubación y atención en la unidad de cuidado intensivo, servicios con los cuales, en su momento, no contaba la Clínica Versalles, además que esta clase de pacientes deben ser atendido en un pabellón de quemados.

- *Cobro de lo no debido*: considerando que no hay culpa alguna que pueda ser atribuible a la Clínica Versalles como consecuencia del daño sufrido por la parte demandante, y por tal razón no existe obligación de reparar los perjuicios reclamados.
- *Exceso de pretensiones y violación al juramento estimatorio*: basada en que, de la demanda no se observan elementos objetivos que establezcan la existencia de un daño antijurídico soportado por los demandantes que encuentre su fuente en la supuesta culpa que se imputa a la Clínica Versalles.

2.3. Caja de Compensación Familiar de Caldas – Confa³: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante; señaló que, teniendo en cuenta que lo discutido es a cerca de la atención en urgencias prestadas a la niña AMMC, quien sufrió unas quemaduras, se desprende que no existe ningún tipo de nexo jurídico con la Caja de Compensación Familiar. Planteó las excepciones:

- *Ausencia de responsabilidad*: basada en que, frente a Confa no es dable endilgar ningún tipo de responsabilidad, ya que no poseía la obligación legal de responder por la atención de salud que se cuestiona en la demanda.
- *Obligaciones de medio y no de resultado*: para que sea posible la edificación de la responsabilidad en cabeza de un profesional de la salud se hace necesario que exista culpa en su obrar.
- *Hecho de un tercero*: la paciente requería los servicios de pediatras y en Confa – Clínica San Marcel, no estaban habilitados los servicios para la atención de menores y no se tenía personal para tal fin.
- *Inexistencia de obligación de indemnizar*: para la atención posterior a los hechos presentados en la humanidad de la menor no podían ser prestados por la Clínica San Marcel, por cuanto no contaba con los servicios de internación y hospitalización pediátrica, ni habilitación de salas de quemados o unidad de cuidados intensivos.
- *Objeción a la cuantía de las pretensiones*: existe una excesiva tasación de perjuicios, dadas las circunstancias presentadas.

³ Archivo digital "01Folio1-892", fls. 710-714

2.4. PAR Caprecom Liquidado⁴: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, aduciendo que actuó de manera prudente, diligente y cuidadosa, por lo tanto no es posible atribuirle responsabilidad alguna. Propuso las excepciones:

- *Ausencia de imputación fáctica y jurídica del daño a mi representada:* a la entidad no le es atribuible en ninguna de sus categorías el daño reclamado, por cuanto Caprecom EPS obró siempre en forma prudente y diligente, al brindar a la paciente los cuidados debidos que estaban a su alcance y que eran exigibles.
- *Prestación eficiente, oportuna, diligente, idónea y perita del servicio de salud por parte de Caprecom EPS-S:* la entidad siempre prestó de manera oportuna, diligente, idónea y perita el servicio de salud a la niña fallecida, utilizó todas las ayudas diagnósticas requeridas por la misma, le realizó todos los exámenes y procedimientos que se estimaron necesarios para restablecer su salud, en todo momento le propició el manejo que según el protocolo y la ciencia médica que para la época estaba disponible y era adecuado para tratar su patología, así también dispuso un grupo de especialistas y un equipo médico que siempre le brindaron atención calificada y oportuna.
- *Inexistencia de la obligación:* no existe obligación indemnizatoria alguna radicada en cabeza de la entidad demandada por el daño sufrido, toda vez que el mismo no se produjo como consecuencia ni de una acción ni de una omisión proveniente de la demandada, a la cual tampoco puede exigírsele la asunción de una conducta diferente, en tanto cumplió a cabalidad con el protocolo de atención que la ciencia médica establece para estos casos.
- *Cumplimiento de las obligaciones legales por parte de Caprecom para con sus afiliados:* para el momento de la ocurrencia de los hechos, contaba con una red debidamente habilitada para brindar la atención en salud que requirió la niña como afiliada a Caprecom; además, la atención estaba garantizada mediante contratos vigentes con diferentes IPS, a las que efectivamente fue llevada a que le prestaran los servicios de salud, que le fueron suministrados sin barreras de tipo administrativo.

2.5. Allianz Seguros S.A. (llamado en garantía por Cruz Roja Colombiana – Seccional Caldas)⁵: Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento en garantía, aduciendo que no existe ningún tipo de responsabilidad por parte de la Cruz Roja Colombiana – Seccional Caldas. Planteó las siguientes excepciones frente a la demanda:

- *Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos del equipo médico, es decir, el servicio prestado por la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas – Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” y el fallecimiento de la menor Arbel Mariana Montoya Cifuentes:* el Hospital Infantil atendió a la niña en virtud de una orden emitida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, a pesar de que no contaba para ese momento con la habilitación del servicio de

⁴ Archivo digital “01Folio1-892”, Fls. 719-729

⁵ Archivo digital “Cuaderno2LlamamientoAllianza”, fls. 39-61

urgencias y quemados que requería el estado de salud de la paciente. Los servicios fueron prestados de forma adecuada y en una secuencia lógica según su evolución, en cumplimiento de los protocolos que rigen la materia, se tomaron medidas pertinentes para su manejo, como fue la ubicación en habitación unipersonal y la implementación de normas de aislamiento según el protocolo institucional, en tanto no contaba con el pabellón destinado a pacientes quemados. Adicionalmente, se trasladó a la paciente a una unidad de cuidados intensivos como urgencia vital, por cuenta del Hospital y no del asegurador.

- *Inexistencia de omisión por parte de la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas – Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”:* ante el aparente incumplimiento de la aseguradora de la paciente de contratar una red de prestadores que garanticen la atención de sus afiliados, un juez mediante medida provisional dictada en el curso de una acción de tutela ordena al Hospital Infantil recibir a la niña. La atención se le brindó dentro del marco de la capacidad técnica, humana y científica disponible en la IPS, bajo los criterios de calidad y seguridad, conforme lo indicado por la *lex artis*, sin que exista falla alguna en la prestación del servicio. Sin embargo, la condición de la paciente estaba comprometida desde su ingreso, por una quemadura de la superficie corporal inicialmente del 18%, con riesgo de mortalidad cercano al 30%, aun bajo condiciones de atención idóneas y seguras, y que a pesar de los esfuerzos del grupo de galenos especializados, la evolución les fue ajena.

- *Inexistencia de los elementos configurativos de la responsabilidad médica:* no obran elementos de juicio que lleven a determinar culpa en el personal médico que intervino en la atención de la niña. Los exámenes médicos, diagnósticos, tratamientos y los medicamentos brindados, son muestra elocuente de la prudencia y pericia de los galenos.

- *Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad:* como ingrediente de la conducta médica no se vislumbra en ningún momento que la demandada haya incurrido en alguna modalidad culposa. No hubo impericia, ya que a los galenos los respalda no solo una vasta experiencia, sino la idoneidad que aparece comprobada por los diversos estudios de carácter médico científico realizados por estos. No hubo negligencia, ya que se aplicaron los conocimientos médicos indicados, y las evaluaciones, valoraciones y tratamientos los hicieron médicos en forma adecuada y oportuna, sin que se hubiera presentado descuido u omisión; menos se dio imprudencia, en tanto se dispuso de todos los medios adecuados para la atención de la paciente.

- *Ausencia de culpa y consecuentemente de responsabilidad de la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas – Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”.* Cumplimiento de la *lex artis* – obligaciones de medio y no de resultado: la demandada siempre actuó con diligencia, oportunidad, eficiencia, con el cuidado que la paciente ameritaba, al suministrarle todas las atenciones médicas como hospitalarias para lograr su recuperación. Se puede concluir la ausencia de culpa por parte del Hospital Infantil respecto del fallecimiento de la niña.

Frente al llamamiento en garantía planteó las excepciones de: a) *inexistencia de la obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado;* b) *sujeción de las partes al contrato de seguro,*

póliza de responsabilidad civil profesional clínica y hospitales n°. 021918172-0, y a las normas que lo regulan; c) la responsabilidad de Allianz Seguros S.A se encuentra limitada; d) Coaseguro; e) Límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía; f) deducible a cargo del asegurado.

2.6. Allianz Seguros S.A. (llamado en garantías por Clínica Versalles)⁶: Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y del llamamiento en garantía: Frente a la demanda principal planteó las excepciones:

- *Ausencia de nexo causal:* a la menor, Clínica Versalles S.A. nunca le prestó ningún servicio médico, por lo que la entidad nada tuvo que ver con el fallecimiento de la paciente.
- *Cobro excesivo de perjuicios morales:* la parte demandante de forma extraña solicita perjuicios morales para un fallecido.

Frente al llamamiento en garantía planteó las excepciones de: *a) ausencia de cobertura; b) para la época de la reclamación por parte los demandantes a la Clínica Versalles S.A., febrero de 2017, no existía póliza de responsabilidad civil clínicas y hospitales. Ausencia de cobertura; c) sujeción de las partes al contrato de seguro. Póliza de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales n°. 022121026-0, a las normas legales que lo regulan; d) límite de amparo asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía.*

2.7. Axa Colpatria Seguros S.A. (llamado en garantía por Clínica Versalles)⁷: En primer lugar, solicitó que al momento de resolver la relación contractual con la Clínica Versalles, se circunscriba a los términos de la Póliza. Así mismo, se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Planteó las siguientes excepciones frente a la demanda:

- *Inexistencia de responsabilidad de la Clínica Versalles:* la responsabilidad que pretende atribuir la parte demandante resulta ajena jurídicamente a la intervención de la Clínica Versalles, toda vez que nunca atendió a la niña. La obligación de garantizar una red de prestadores del servicio adecuada para suplir las necesidades de los usuarios de las EPS y no las IPS. Luego, el reproche presentado en la demanda carece de fundamento alguno, toda vez que ante la ausencia de disponibilidad y de la especialidad que requería la paciente no le era exigible a la Clínica Versalles aceptar la remisión.
- *La culpa médica debe ser probada:* de la mera lectura de la demanda queda claro que la niña nunca fue atendida por el personal médico de la Clínica Versalles; y frente a la decisión de no aceptar la remisión, se requiere que la parte actora demuestre que para dicho momento la demandada sí contaba con el recurso que la paciente requería, lo cual no podrá lograrse, en tanto los servicios necesarios no estaban habilitados.
- *Indebida y exagerada tasación de los perjuicios aducidos:* en lo relativo a los honorarios del

⁶ Archivo digital "Cuaderno3LlamamientoAllianz", fls. 27-40,

⁷ Archivo digital "Cuaderno4LlamamientoAxa", fls. 41-48

abogado, este rubro corresponde al momento de la liquidación de las costas procesales. Se encuentra por fuera de toda realidad la calificación y tasación de los perjuicios morales, pues la parte demandante debe fundar tal pretensión en medios de prueba que ofrezcan certeza sobre el pedimento.

- *Hecho de un tercero plenamente identificado – ESP Caprecom*: el reproche aducido en la demanda en contra de la Clínica Versalles carece de fundamento, pues la función de garantizar la prestación de servicio de salud corresponde a las EPS y no a las IPS.
- *Inexistencia de la obligación de indemnizar*: no surge obligación de indemnizar los perjuicios que se deprecian.

Frente al llamamiento planteó las excepciones de: a) *Límite de valor asegurados* y b) *Deducible pactado*.

2.8. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (llamado en garantía por Confa)⁸: Se opuso a las pretensiones de la parte actora y planteó los siguientes medios exceptivos frente a las pretensiones:

- *Inexistencia o falta de configuración de falla del servicio o ausencia de responsabilidad administrativa*: está debidamente probado que Confa no incurrió en ninguna falla en la prestación del servicio a la niña, mucho menos incurrió en una omisión; nótese que la paciente fue tratada en el Hospital San Antonio de Villamaría luego de haber sufrido quemaduras, para lo cual requería servicios pediátricos que para la fecha no ofertaba la Clínica San Marcel.
- *Ausencia de culpa y consecuentemente de responsabilidad del demandado Caja de Compensación Familiar de Calda Confa y la llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.*: habiendo obrado Confa dentro de los parámetros establecidos para el servicio de salud, sin que para la época del incidente y aun a la fecha no se contaba con servicios pediátricos, se puede concluir la ausencia de culpa de la demandada.

Frente al llamamiento en garantía planteó las excepciones de: a) *modalidad de contratación de la póliza “ocurrencia de dos (2) años sunset”*; b) *límites asegurados de la póliza*; c) *exclusiones de la póliza*; d) *deducibles*; e) *ausencia de responsabilidad por parte de la aseguradora como consecuencia de una sentencia a favor de la demandada llamante en garantía*; f) *garantías a cargo del asegurado*; g) *obligaciones del asegurado en caso de un acontecimiento adverso*; h) *otros seguros*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró administrativa y patrimonialmente responsable al PAR Caprecom Liquidado, y la condenó al pago de indemnización por el daño consistente en la pérdida de

⁸ fls. 59-78, C.5

la oportunidad de recibir el tratamiento médico requerido para restablecer la salud de la niña AMMC.

Para dar base a la decisión realizó un análisis fáctico, probatorio y jurisprudencial del cual concluyó que, la niña AMMC falleció por causa de una falla multiorgánica secundaria a sepsis de origen dérmico por estafilococo, asociada a quemadura toracoabdominal.

Encontró probado que, la niña por su edad, la extensión y profundidad de la quemadura, era propensa a sufrir una infección; además que la quemadura al interrumpir la barrera cutánea hace más factible la contaminación del cuerpo, ya sea por agentes que han colonizado la piel (situación que en la niña no puede descartarse, porque en días anteriores padeció una infección en la epidermis) y que logran entrar al torrente sanguíneo o por gérmenes que habitan en el ambiente, lo que también puede ser coadyuvado por la disminución del sistema inmunológico que se produce como respuesta automática del organismo a la quemadura. De ahí, que la complicación en el estado de salud de la niña AMMC no pueda calificarse como inesperada, sino más bien un riesgo asociado a la condición presentada.

De otra parte, encontró demostrado que la niña requirió en un primer momento, atención en una unidad de quemados; sin embargo, Caprecom no logró convenir con ninguna IPS que tuviera habilitado ese servicio y el tratamiento debió darse por orden judicial en el Hospital Infantil, sin que dicha institución contara con una unidad que tuviera los requerimientos técnicos específico que requería la paciente. Por lo anterior, señaló que la entidad falló en facilitarle el acceso a los servicios de salud, lo que además influyó en la prestación oportuna e integral de los mismos, en tanto no se garantizó la red de prestadores de servicios que la afección que la aquejaba requería, y solo fue a través de una orden judicial que se proporcionó el tratamiento.

Por lo anterior sostuvo que, no hay prueba en el expediente que dé cuenta que la infección haya sido causada por un inadecuado manejo intrahospitalario, razón por la cual liberó de responsabilidad al Hospital Infantil “Rafael Henao Toro”, Clínica Versalles y Clínica San Marcel (Confa).

4. Recurso de apelación

La **parte demandante** solicitó revocar parcialmente el fallo, el cual se abstuvo de atribuir responsabilidad a las demás demandadas. Afirmó que el Hospital Infantil, inicialmente se negó a aceptar a la niña “(...) porque no paso el caso por gerencia y luego argumento que porque no se aceptaban pacientes de CAPRECOM (...)” (sic). La Clínica San Marcel no aceptó a la niña por no existir servicio de pediatría, ni unidad de quemado y la Clínica Versalles, se negó a aceptar la paciente manifestando que requería cirugía plástica.

Argumentó que la actitud de las entidades mencionadas, debió ser objeto de reproche, por cuanto desconocieron la prevalencia de los derechos de los menores de edad, y lo

establecido en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 que señala que: “(...) Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niño que requiera atención en salud”.

Señaló que, el Hospital infantil no actuó conforme a los protocolos de seguridad, en tanto la niña se encontró en la habitación concretamente en la cama 213 A, y en la cama 213B había otra menor, lo cual rompe con el protocolo de seguridad para minimizar el riesgo de infección. Que además, dicho hospital actuó de manera pasiva ante la infección que presentaba la niña, pues si bien no contaban con UCI o unidad de quemados, debió remitir a nivel superior.

El **PAR Caprecom Liquidado** solicitó que fuera revocado el fallo por cuanto, frente a la condena por pérdida de la oportunidad, no existe prueba científica que indique cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica.

Señaló que la madre y su hija se encontraban afiliadas a Caprecom – Tolima, pero que hacía poco se habían trasladado al municipio de Villamaría (Caldas), sin que realizaran las gestiones para ajustar la cobertura que tenían en el municipio de Ibagué (Tolima).

5. Pronunciamiento no recurrentes

Axa Colpatría, encontrándose dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación, solicitó confirmar el fallo de primera instancia señalando que, no existe fundamento en la responsabilidad que se le endilga a la Clínica Versalles S.A, en tanto se demostró la diligencia y cuidado con la que actuó la Clínica ante la intención de remitir la paciente a dicha institución.

Sostuvo que la usencia de las especialidades requeridas por la niña y que fue indebidamente remitida a Clínica Versalles, extralimita el marco funcional y las obligaciones a las que podría comprometerse la institución y que de haberse prestado el servicio en dichas condiciones, habría contribuido negativamente en las chances de la niña de ser remitida a un centro asistencial idóneo y capaz técnico-científicamente.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación se centran en establecer:

¿Se configuró el daño consistente en la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico requerido para restablecer la salud de la niña AMMC y este es imputable a Caprecom?

¿El daño es imputable a la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas- Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”; a la Caja de Compensación Familiar de Caldas – Clínica San Marcel; y a la Clínica Versailles?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

Se encuentra configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico requerido para restablecer la salud de la niña AMMC, por cuanto existe certeza de: i) La existencia de la oportunidad que se perdió, la cual se concretó en que los médicos tratantes desde el 16 de febrero de 2015 consideraron que la niña debía ser atendida en una Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos con el fin de recibir la atención médica especializada requerida para restablecer su salud; ii) La niña no pudo ser remitida y por tanto no pudo acceder a esos servicios especializados que requería; iii) La niña se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Además, dicho daño es imputable a Caprecom toda vez que: i) omitió la obligación legal respecto a la remisión de la niña a una institución donde prestaran los servicios médicos por ella requeridos y ii) no tenía dentro de su red de prestadores de servicios, una institución con las características que demandaba el estado de salud de la paciente.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados, ii) el fundamento jurídico sobre la pérdida de oportunidad y la imputación, y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Hechos relevantes acreditados

-. La niña AMMC, nació el 19 de enero de 2013, y falleció el 25 de febrero de 2015⁹.

-. El Hospital San Antonio de Villamaría prestó atención médica a la niña AMMC, entre el 16 y el 18 de febrero de 2015, según se desprende de la Historia Clínica, de la que se destaca que la niña ingresó con quemaduras de 18% de superficie corporal de espesor de segundo grado, presenta eritema y flictenas, que se intentó remitir a la paciente a una institución con servicio de pediatría o unidad de quemados; que en atención a una medida provisional proferida por un Juez de tutela se dispone el traslado al Hospital Infantil Universitario.¹⁰

-. El Juzgado Tercero Administrativo de Manizales mediante auto del 18 de febrero de 2015 proferido en el trámite de una acción de tutela ordenó:

⁹ según el Registro Civil de Nacimiento (f. 234 archivo digital “01Folio1-892) y Registro Civil de Defunción (f. 237 archivo digital “01Folio1-892).

¹⁰ fls. 33-62 archivo digital “01Folio1-892

“COMO MEDIDA PROVISIONAL SE ORDENA al HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO RAFAEL HENAO TORO DE LA CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CALDAS, que de MANERA INMEDIATA reciba a la menor ARBEL MARIANA MONTOYA CIFUENTES y le brinde todas las atenciones médicas que requiere con urgencia, y a la E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA – CALDAS para que realice los trámites respectivos para el traslado de la menor de MANERA INMEDIATA al Hospital Infantil Universitario Rafael Henao Toro de la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas, según lo ordenado por su médico tratante (...)”¹¹.

-. El Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” prestó atención médica a la niña AMMC, entre el 18 y el 23 de febrero de 2015, según se desprende de la Historia Clínica, de la que se destaca que se inició manejo analgésico e inmunomodulador, se continúa con manejo farmacológico y vigilancia; que el 23/02/2015 a las 09+00 *Paciente que se encuentra decaída, coloración morada en todo el cuerpo, hipotérmico, por lo cual decide comentar a UCI, se inicia tramitología para que Caprecom autorice.* A las 11:30 a.m., sale la paciente en ambulancia medicalizada trasladarla a Meintegral.¹²

-. Meintegral S.A.S., prestó atención médica a la niña AMMC, entre el 23 y el 25 de febrero de 2015, de la Historia Clínica se destaca que, el día de ingreso *“SE LE EXPLICA A LA MADRE EL ALTISIMO (sic) RIESGO DE MUERTE, RONDANDO EL 99%” y (...) A LAS 9+00 MAYOR BRADICARDIA Y NO SE DETECTA PULSO, HACE ACTIVIDAD ELECTRICA (sic) SIN PULSO, POR LO CUAL SE INICIA REANIMACIÓN CARDIOPULMONAR AVANZADA SEGÚN PROTOCOLO PALS, COMPRESIONES TORÁCICAS + GLUCONATO DE CALCIO 11 CC IV Y BOLO DE BICARBONATO 11 CC IV. REANIMACIÓN DURANTE 20 MINUTOS SIN RESPUESTA CLÍNICA: NO SE DETECTA PULSO, MIDRIÁTICA, FALLECE A LAS 9+20 AM (...)”*.¹³

-. Conforme a la factura de venta HIU00007655607 del 26 de febrero de 2015, en la que se efectúa cobro a Caprecom, se señala que la estancia de la paciente fue en habitación unipersonal¹⁴.

-. Mediante Oficio JSLD-204 del 30 de abril de 2015 el Gerente Médico de la IPS Confamiliares – Clínica San Marcel informa que *“en la IPS CONFAMILIARES – CLÍNICA SAN MARCEL, no reposa la historia Clínica de la menor en mención, esto debido a que en esta institución solo se le realizó la atención inicial la cual corresponde a la valoración del triage”*; así mismo, se aportó copia de tal documento, en el que se indica:

“(...) Motivo Consulta

TRAIDA (sic) COMO URGENCIA VITAL DE ASABASALUD POR QUEMADURA DE HOMBRO Y TORAX (sic)

¹¹ fls. 229-231 archivo digital “01Folio1-892

¹² fls. 365-405 archivo digital “01Folio1-892

¹³ fls. 105-220, archivo digital “01Folio1-892

¹⁴ fls. 476-479 archivo digital “01Folio1-892

(...) SE EXPLICA QUE NUESTRA INSTITUCION (sic) NO TIENE HABILITADA HOSPITALIZACION (sic) PEDIATRICA (sic), NI UNIADAD (sic) DE QUEMADOS SE INDICA CONSULTAR A ENTIDAD CON DISPONIBILIDAD DE ESTOS (...)”¹⁵.

-. Según registro de Referencia URG_B317456, de 17 de febrero de 2015 la niña no es recibida en el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”, toda vez que no tenía habilitada hospitalización pediátrica ni unidad de quemados¹⁶.

-. Según formulario de novedades de prestadores de servicios de salud el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” cerró su servicio de unidad de cuidado intensivo pediátrico a partir del 02 de noviembre de 2011¹⁷.

-. Según constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud de la Clínica Versalles del 16 de diciembre de 2014, no tenía servicio de cirugía pediátrica, unidad de cuidado intensivo pediátrico ni unidad de quemados¹⁸.

-. Según constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud de la Caja de Compensación Familiar de Caldas - Confa Salud - Sede Clínica San Marcel del 04 de agosto de 2017, la institución no tenía servicio unidad de cuidado intensivo pediátrico ni unidad de quemados, tenía habilitado el servicio de cirugía pediátrica de forma ambulatoria¹⁹.

- En el Informe pericial de necropsia 2015010117001000063 del 25 de febrero de 2015, suscrito por el médico forense Elia Beany Lasso Cerón, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Caldas, se indica:

“(...) PRINCIPALES HALLAZGOS DE NECROPSIA

- Quemadura en proceso de cicatrización en ambas regiones pectorales sobre línea media que se extiende hacia el abdomen en epi y mesogatrio (sic) sobre línea media, con algunas costras amarillas.

- Falla multiorganica (sic) dado por signos de hipoperfusión severa en pies, manos dado por colocación (sic) violacea (sic) oscura, anasarca, signos de falla hepática (sic), renal y pulmonar.

- Ausencia de otros signos de trauma y sin signos de maltrato infantil.

- Múltiples signos de intervención medica (sic).

“(...) ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL.

CONCLUSIÓN PERICIAL: Con base en la información aportada y los hallazgos de necropsia se determina que la muerte se debe a una falla multiorganica (sic) muy posiblemente asociado a la quemadura, sin embargo para determinar con un mayor grado de probabilidad la causa y manera de muerte es necesario el envío de las historias clínicas completas de donde fue atendida por los hechos que se investigan, en la que incluya el informe de trabajo social si hubo lugar.

¹⁵ fls. 227-228 archivo digital “01Folio1-892

¹⁶ f. 406 archivo digital “01Folio1-892

¹⁷ fls. 420-422, archivo digital “01Folio1-892

¹⁸ fls. 653-656, archivo digital “01Folio1-892

¹⁹ fls. 672-674, archivo digital “01Folio1-892

(...) EXAMEN EXTERIOR

(...) TORAX (sic): quemadura de forma rectangular, predominante, de bordes mal definidos en forma de gota en su lado derecho y en tercio medio, que mide 24x8cm, la quemadura tiene signos de reparación dado por las áreas rosadas con punteado rosado, también con áreas cubiertas por costra amarilloverdosa en poca cantidad, los bordes de la quemadura se encuentran pálidos, localizada en la línea media de ambas regiones pectorales, regiones inframamarias, extendiéndose hasta el abdomen en región epi y mesogastrio. Al iniciar la necropsia se encuentra cubierta con aposito (sic) que al retirarlo emana un olor fetido (sic)".²⁰

-. En el Complemento del informe de necropsia 063-2015 NUNC 1700016106799201580747, suscrito por el médico forense Elia Beany Lasso Cerón, se indica:

“RESUMEN: Se trata de una niña de un año y 20 meses de edad quien el 16 de febrero de 2015, en horas de la tarde, se quema el pecho y abdomen con aguapanela, según la historia clínica el patrón semiológico se correlaciona con caída de líquido caliente, es manejada inicialmente en el hospital de Villamaría donde le dan manejo con aislamiento de contacto, acetaminofén, ranitidina, dipirona y lactato de ringer, gestionan la remisión a un nivel de atención de mayor complejidad lográndola remitir a los dos días. Ingresa al hospital infantil de Manizales el 18 de febrero de 2015 a las 19 horas, en dicho hospital le realizan desbridamiento el 19 de febrero, diagnostican quemadura de segundo grado que compromete el 13% de la superficie corporal, cubren la quemadura con Aquacel Ag, durante la hospitalización inicial no hay reporte de manejo con antibiótico y en las notas de enfermería registran exposición de la quemadura por desplazamiento del parche de Aquacel. Para el 22 de febrero la niña inicia picos febriles y el 23 de febrero ya presenta la descompensación por shock séptico (sic), logrando aislar en hemocultivo estafilococo dorado, el mismo día al medio día ingresa a la unidad de cuidados intensivos de Meintegral donde fallece el 25 de febrero de 2015 a las 09:20 horas. En la necropsia se encuentra quemadura en pecho y abdomen con algunas costras amarillas y múltiples signos de falla multiorgánica.

CONCLUSIÓN PERICIAL: Con base en la información aportada y los hallazgos de la necropsia del 25 de febrero de 2015 se puede determinar que la muerte de la lactante, se debe a falla multiorgánica secundaria a sepsis de origen dérmico por esfilococo (sic) dorado, asociado a quemadura toracoabdominal.

*Manera de muerte: Violenta –Accidental (...)”.*²¹

-. En la sustentación del dictamen pericial de necropsia ante el juzgado de primera instancia, por parte del doctor José Fernando Marín Arias, quien fue designado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses²², indicó entre otros aspectos, que:

-Las costras amarillas y olor fétido encontrados en la quemadura, una vez se retiró el apósito, indican un proceso infeccioso en la piel que es común ante una lesión como

²⁰ fls. 222-226, archivo digital “01Folio1-892

²¹ fls. 872-archivo digital “01Folio1-892

²² fls. 872-archivo digital “01Folio1-892

la presentada.

-El manejo de un paciente quemado debe estar a cargo de cirugía pediátrica en una unidad de quemados.

-Los hallazgos de necropsia de daño multiorgánico (hepático, renal, pulmonar) que se correlacionan con el estudio histopatológico, permiten concluir que la causa de muerte es una neumonía secundaria a proceso infeccioso por quemadura.

- En el dictamen pericial realizado por el cirujano general y pediátrico Leonardo Fabio Gil Montoya se indica que:

“Dentro de los protocolos nacionales e internacionales del manejo del quemado se considera que a el (sic) paciente se le debe hacer una reposición de líquidos perdidos de acuerdo a la formula (sic) de Parkland, analgésicos, dieta rica en proteínas, desbridamiento de los tejidos quemados, uso de medicamentos epitelizantes (promotores de la formación de nueva piel) y en algunos casos injertos de piel, además de otras intervenciones como apoyo psicológico y acompañamiento al grupo familiar; no hace parte inicial del manejo del quemado el uso de antibióticos a menos que durante la estancia médica del paciente se identifiquen signos de infección asociada a la quemadura.

De lo anterior, puedo concluir que el manejo médico que se realizó desde el ingreso a la paciente al centro de Villamaría hasta su fallecimiento en meintegral (sic) se hizo de forma adecuada y de acuerdo a los protocolos internacionales ya mencionados.

Llama la atención la dificultad en la remisión de la paciente la cual fue de aproximadamente 48 horas desde el primer nivel (hospital de Villa María) (sic), hasta el tercer nivel de atención (hospital infantil y meintegral), donde se le podía ofrecer la totalidad de los servicios que requería la niña, sin embargo es claro en la historia clínica que se hicieron todos los esfuerzos posibles por tratar de remitirla, pero no se pudo realizar dicha remisión por dificultades tales como, ausencia de disponibilidad de cama, falta de contrato con la EPS de la paciente o ausencia de la especialidad requerida, pudiendo esto influir en la oportunidad de atención y las posibles consecuencias.

Hay que tener en cuenta otros factores que pueden influir hacia una consecuencia mortal en un paciente quemado, y que no están discriminados en la historia clínica de esta paciente, ejemplo, es el estado nutricional, las enfermedades previas, los traumas asociados a las quemaduras, las sobreinfecciones etcétera (...)”²³.

-. En la sustentación del dictamen pericial por parte del doctor Leonardo Fabio Gil Montoya²⁴, sobre los servicios que requería la paciente señaló:

“(...) que en lo que tiene que ver con los pacientes quemados existen 3 factores, la edad, la extensión en la superficie corporal y la profundidad (grado 1, 2, 3 y 4), por lo que la

²³ fls. 848 archivo digital “01Folio1-892

²⁴ visibles en el archivo digital “VIDEO AUDIENCIA DE PRUEBAS 17-10-2019”

clasificación de la menor en el Índice de Garcés arroja alrededor de 95, y en tal razón debía ser tratada en una institución con unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos, por el riesgo vital que representaba su condición, de tal forma que su situación de estabilidad podía cambiar en cualquier momento dados los factores de riesgo asociados. En las unidades de quemados trabaja un grupo interdisciplinario (cirugía plástica, cirugía pediátrica, fisioterapia, trabajo social, terapia respiratoria), provee aislamiento a los pacientes y dispone de insumos especiales para el tratamiento. Por su parte, las unidades de cuidado intensivo tienen equipamiento para proporcionar respiración mecánica y soporte cardiaco. Ambos servicios son necesarios para el tratamiento de niños quemados moderados con riesgo vital. En el caso concreto, era necesario que estuvieran disponibles para la niña las dos unidades, por los riesgos inherentes a la condición de salud que presentaba”.

Informó que, para 2015 no había ninguna institución en Manizales que tuviera habilitados los dos servicios de Unidad de Quemados y Cuidados intensivos.

Que existen varios riesgos asociados a las quemaduras, que dependen de la extensión, profundidad y mecanismo; es general a todos estos aspectos el riesgo de infección, la pérdida de líquidos que causa problemas a nivel renal y cardiaco, además de respuestas inflamatorias muy severas.

Que en el Hospital Infantil se cumplieron con todos los protocolos existentes para el paciente quemado, se hizo desbridamiento y se aplicó apósito Aquacell, se brindó atención por parte del equipo interdisciplinario, se prescribió analgesia.

Sobre la necesidad de que en la atención inicial se apliquen antibióticos, señaló que: *“(...) no hace parte del manejo inicial el suministro de antibióticos, en tanto se genera resistencia, y en el caso concreto la utilización de esta medicación fue oportuna, pues se recetó cuando la menor presentó los síntomas de shock, luego fue intubada y remitida a UCI. Todo lo que le permite concluir que a la niña se le dispensaron los servicios de forma adecuada”.*

En lo que tiene que ver específicamente con el riesgo de infección, explicó que se presenta por la pérdida de la piel, por lo que las bacterias presentes (colonización) en la misma o en el ambiente pueden ingresar al organismo, circunstancia que puede verse agravada por estado nutricional o comorbilidades, y que fue lo que posiblemente le sucedió a la paciente.

Afirmó que hay instituciones en Colombia que sí tenían habilitada la unidad de quemados para el momento de los hechos.

Acotó que el desbridamiento es un procedimiento necesario para retirar la piel muerta, que debe ser realizado lo más rápido posible, pero no puede afirmar que la demora en practicárselo a la paciente haya incidido en el resultado dañoso.

-. En la declaración rendida por la doctora Isabel Alejandra Melo Sierra²⁵, médica cirujana y uróloga pediatra, quien labora en el Hospital Infantil de la Cruz Roja desde hace 6 años aproximadamente, señaló lo que a continuación se resume:

Que atendió a la niña debido a unas quemaduras, quien fue remitida desde el municipio de Villamaría en buenas condiciones, se le aplicaron los protocolos del ABC del quemado, y como había ingerido alimentos el desbridamiento no se pudo llevar a cabo de forma inmediata, sino que fue realizado el día siguiente en las horas de la mañana. Al respecto explicó que dicho procedimiento, consistente en lavar y desbridar el tejido necrótico, para luego cubrir el área con un apósito denominado Aquacell Ag Burn -especial para el tratamiento de quemaduras por contener sustancias bactericidas, ya que absorbe el exudado de la lesión, la mantiene seca y favorece la formación de fibroblastos para el surgimiento de nueva piel-; adujo que posterior a realizar el desbridamiento, ello permitió reclasificar la quemadura al 13%.

Frente al ABC del manejo del quemado, explicó que el “a” corresponde a la vía aérea (verificación de la frecuencia respiratoria o presencia de signos de dificultad respiratoria, verificación de la permeabilidad de la vía aérea); la “b”, “breath”, corroborar la respiración; la “c” a signos circulatorios, como frecuencia cardíaca y presión arterial; “d”, déficit neurológico, conciencia, seguimiento de órdenes, función motora; y la “e”, exposición, que es la revisión para constatar otras lesiones además de las reportadas.

Adujo que de las evoluciones se desprende que, el apósito aplicado estuvo perfectamente adherido sin secreciones purulentas, lo que es un comportamiento estándar para el Aquacell, en tanto este permanece ubicado en la quemadura en lapso de 7 a 21 días, mientras se produce la epitelización, y a medida que este proceso ocurre el apósito se desprende solo y únicamente debe observarse el comportamiento del mismo.

Que a pesar de que el Hospital Infantil no contaba con unidad de quemados, trataron con todas las medidas pertinentes para esta condición, esto es, aislamiento protector en habitación unipersonal con la asepsia respectiva, atención por fisioterapia y nutrición – que ordenó dieta hiperproteica-, solo se permite un acompañante para evitar infecciones, toda vez que las lesiones en la piel pueden generar contaminación por cualquier germen, y además porque los pacientes quemados se inmunosuprimen en general por la respuesta metabólica al trauma que se presenta desde el primer momento.

Precisó que la niña fue recibida en el Hospital Infantil en virtud de una tutela que así lo dispuso, y no fue remitida a otro centro asistencial, porque la EPS no efectuó los trámites para ello e incluso cuando debió ser trasladada a un nivel superior no brindó la ambulancia medicalizada que se requería, lo que sí debió hacer el Hospital.

²⁵ Archivo digital “AUDIENCIAS”

En cuanto a las razones de fallecimiento indicó que, se debió a causa de una sepsis y una falla multiorgánica asociada. Explicó que, la sepsis es una infección muy severa, que en la paciente era provocada por un *estafilococo aureus*, que es una bacteria muy agresiva, produce el shock séptico fulminante originado en una infección generalizada (que lleva a la falla multiorgánica) que pudo haberse dado en una colonización anterior –lo que no es necesariamente aparente-, y que pudo haberse exacerbado por el estado inmunológico suprimido en razón del accidente que sufrió.

Relató que al momento del ingreso y hasta el 21 de febrero tuvo signos vitales normales. El 22 tuvo fiebre que fue atribuida al proceso inflamatorio, lo que es un síntoma normal para la patología presentada y al desbridamiento que se le practicó. Luego, el 23 adujo que *“se puso séptica”*, en malas condiciones generales por lo que se inició manejo con antibióticos de amplio espectro, reanimación hídrica, pero evolucionó rápidamente a una falla respiratoria que obligó a intubarla y remitirla a UCI. Sostuvo que, el cambio súbito en el estado de salud es entendible en los pacientes quemados, con una mortalidad del 30 al 50%, especialmente en lactantes menores.

Ante el interrogante, de por qué no se aplicó antibióticos desde el principio de la atención, sostuvo que: *“(…) ningún protocolo del mundo establece la prescripción de antibióticos para el manejo inicial del paciente quemado, toda vez que la quemadura es limpia, excepto en región contaminada – perianal, genital-, y por ende el tratamiento antibiótico es tópico, es decir, el lavado y la aplicación del Aquacell Ag Burn. La medicación antibiótica solo es recetada cuando es evidente la infección de la herida o cuando se hace necesario la utilización de injertos, que no es el caso. El manejo antibiótico indiscriminado en los quemados está contraindicado, porque puede generarse resistencia bacteriana – los gérmenes no ceden a antibióticos”*; adicionalmente, indicó que no había ninguna sospecha del proceso infeccioso, en tanto no había signos de ello.

Respecto al nivel complejidad donde debía ser atendida la niña aseguró que, debía ser atendida en una institución con hospitalización pediátrica, con una unidad de quemados y que contara con una unidad de cuidado intensivo, esto es, nivel 3 o 4; aduciendo que, para la época de los hechos en la ciudad no existía una entidad con esas características.

Enfatizó que, un manejo oportuno y adecuado del paciente quemado minimiza la posibilidad de ocurrencia de complicaciones, afirmando que el desbridamiento debe realizarse si es factible en los primeros instantes del acaecimiento de la lesión, teniendo en cuenta que si es bajo anestesia, el paciente debe tener ayuno. Si es llevado a cabo en las primeras 6 horas disminuye el riesgo de infección; explicando que en el caso de la paciente pasaron varios días antes de realizar el procedimiento.

Al ser cuestionada sobre por qué no se efectuaron cultivos en el Hospital Infantil para buscar bacterias, respondió que tales exámenes no son de rutina para los pacientes

quemados, excepto en los grandes quemados, toda vez que implica puncionarlos y puede ser una oportunidad para contraer una infección; los cultivos sí se realizaron cuando se presentaron los signos de infección.

-. En declaración rendida por el doctor Samuel Zuleta Gómez²⁶, médico laboral quien precisó que no atendió a la niña, se indicó:

El paciente quemado debe tratarse como una urgencia vital –reanimación básica (vía aérea, rehidratación), atención en unidades de quemados. En el caso concreto, al tener una quemadura del 18% implica un desbridamiento de la lesión, prescripción analgésica, aislamiento, asepsia.

Para la atención de la niña se presentaron demoras en la atención que debió dispensársele; fue tratada en un primer nivel dentro de los 40 minutos de ocurrido el accidente, pero en adelante fue difícil lograr una remisión a otra entidad, a pesar de las gestiones; solo se efectuó el traslado debido a una orden de una Juez.

Para febrero de 2015 no había una red prestadora en Manizales que pudiera atenderla. Como factores de riesgo para el estado de salud de la niña identificó la carencia de la unidad de quemados, y otros asociados como un posible estado nutricional inadecuado y condición inmunológica.

-. En declaración rendida por la doctora Inés Bibiana Bustamante²⁷, médica pediatra que labora en el Hospital Infantil, se indicó entre otros aspectos:

Que atendió a la niña el 23 de febrero de 2015, encontrándose, en las horas de la mañana, estaba estable con signos vitales normales; aproximadamente a las 9 de la mañana se encuentra en malas condiciones, con compromiso del estado de conciencia, con signos de choque séptico y deterioro rápido, por lo que debió ser trasladada a UCI.

Frente a las causas del deterioro de la salud de la niña, mencionó como factor la quemadura que había sufrido, además que tenía una bacteria de progresión rápida y de alta mortalidad, sin que esta situación pudiera preverse, por lo que el manejo de la septicemia solo se instaura al momento en que se presentan los síntomas, pero que la condición fue tratada inmediatamente de acuerdo con el protocolo –reanimación hídrica, colocación de antibióticos, optimización de la función cardíaca, intubación-.

Que la bacteria pudo provenir de una colonización anterior en la piel, aunque nunca se mencionó la presencia de lesiones previas, y su evolución a sepsis pudo originarse en la quemadura, que al ser revisada tenía unas áreas pequeñas húmedas que pudieran hacer pensar en un proceso infeccioso, además que su edad también

²⁶ Archivo digital “AUDIENCIAS”

²⁷ Archivo digital “AUDIENCIAS”

conllevaba un factor desventajoso, pues era de la población más vulnerable.

Explicó que: *“(...) la progresión de la sepsis fue muy rápida, especialmente porque en días e incluso horas anteriores no había exhibido señales de tal condición; aún más, solo comenzó a responder al tratamiento en la primera hora después de iniciado, lo que deja entrever la agresividad del germen. Al momento de traslado a la UCI estaba muy crítica y con alto riesgo de muerte”*.

Que para febrero de 2015 el Hospital Infantil no tenía habilitación para el servicio de cuidados intensivos y no tenía unidad de quemados, que eran los servicios que la paciente requería.

Que la entidad recibió a la niña por orden de tutela, y decidió mantenerla en sus instalaciones, toda vez que al momento del ingreso estaba estable, no tenía criterios para cuidados intensivos y en el Hospital se disponía del equipo humano para dar tratamiento, en atención a que iniciar otro proceso de remisión era retrasar aún más el inicio del manejo, además que Caprecom no tenía en su red el prestador requerido.

Al ser cuestionada sobre el motivo por el cuál no se hicieron cultivos a la menor antes del 23 de febrero, advirtió que los cultivos no se hacen en pacientes quemados, solo están indicados cuando hay signos de infección.

-. En declaración rendida por el doctor Oscar Salazar Gómez²⁸, médico cirujano pediatra adscrito al Hospital Infantil, se indicó:

Que atendió a la niña en el servicio de hospitalización, momento para el cual la encontró en buenas condiciones, sin signos de infección en la quemadura. Se continuó con el mismo tratamiento instaurado, nutrición hiperproteica, fisioterapia e inmunomodulación para evitar úlceras gástricas.

Que la paciente tuvo una quemadura, que además tenía como factores agravantes la edad (menor de dos años), la extensión de la quemadura, el agente quemante y la profundidad (grado 2); la evolución del sitio de la lesión fue normal (la quemadura a la revisión no estaba roja, no había secreción purulenta o mal olor y había cicatrización) y el origen de la sepsis no fue la infección de esta, lo que coincide con los hallazgos de la historia clínica y de la necropsia; por lo que la sepsis se derivó de las otras causas incidentes en el estado de salud de la paciente, como son la edad, la disminución del sistema inmunológico como respuesta a la quemadura y la colonización de la bacteria en la paciente, por lo que el germen entró al torrente sanguíneo e invadió sus órganos vitales que produjo el shock séptico de forma súbita.

Que de los signos generales de infección (aumento de pulso, palidez, sudoración, aumento de la temperatura, disminución de la presión arterial, disminución en la

²⁸ Archivo digital “AUDIENCIAS”

producción de orina, alteración del estado de conciencia o que el niño no quiera comer) la niña solo hizo unos picos febriles aislados que dentro de su contexto clínico no señalaban infección; adicionalmente, prescribir antibióticos al paciente quemado no es una indicación del protocolo.

Que el Hospital Infantil no contaba con unidad de cuidado intensivo, por lo que al momento del deterioro de la salud de la niña se le reanimó e intubó, pero debió ser trasladada a una institución con el equipamiento para sostener la vida.

A pesar de que la mencionada institución tampoco contaba con unidad de quemados, la paciente fue manejada con aislamiento (un mismo acompañante, sin visitantes, con medidas de asepsia), medidas generales y los especialistas dispuestos para ello (pediatra, cirujano pediatra, nutrición, infectólogo, fisioterapeuta, enfermería, trabajo social y psicología), que son las medidas para el tratamiento de un paciente quemado y que fueron adaptadas a la institución.

-. En declaración rendida por la doctora Sandra Marcela Aguirre²⁹, quien se desempeñaba para el momento de los hechos como líder de calidad de la Clínica Versalles, se indicó:

Que la niña nunca fue atendida en la institución, solo hubo una solicitud para su remisión por parte del Hospital San Antonio de Villamaría, toda vez que requería cirugía pediátrica, especialidad que no estaba habilitada ante la Dirección Territorial de Salud de Caldas, pues no se contaba con los profesionales competentes y superaba la capacidad técnico-científica instalada.

Que recibir a un paciente cuando no se tiene la habilitación implica retardar aún más el tratamiento que debe proporcionársele y que obligaría a agotar un nuevo proceso de remisión. Estimó que la niña también requería el servicio de unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos pediátricos, especialidades que tampoco estaban habilitadas.

- En declaración rendida por el doctor Jerónimo Zuluaga Vargas³⁰, médico pediatra que desempeñó funciones en el Hospital Infantil, se indicó:

Que no atendió de manera directa a la niña pero conoce la historia clínica. Que inicialmente se efectuó manejo con hidratación, luego manejo tópico de la quemadura con el desbridamiento y cubrimiento de la lesión, manejo analgésico. La evolución de la paciente fue, en primer momento, normal, pero luego desarrolló una complicación que correspondió a una infección sistémica que la llevó a un choque, que fue tratado con antibióticos, reanimación hídrica, intubación con remisión a cuidado intensivo.

²⁹ Archivo digital "AUDIENCIAS"

³⁰ (Archivo digital "AUDIENCIAS")

El cambio súbito del estado de la niña puede explicarse por la alteración inmunológica del paciente quemado, además de la alteración de la barrera cutánea, que facilita la infección, pero es una situación imprevisible, por lo que se trata cuando se identifica la enfermedad y no deben suministrarse antibióticos profilácticos. Que como la niña presentó una lesión superior al 10% de la superficie corporal, esto podía favorecer la ocurrencia de la infección.

Para la época de los hechos el Hospital Infantil ni Clínica Versalles no tenían servicios de unidad de quemados ni unidad de cuidados intensivos. La niña, de acuerdo con su patología, inicialmente requería ser atendida en una unidad de quemados.

- En la Resolución 073 del 08 de febrero de 2018³¹, expedida por la Dirección Territorial de Salud de Caldas por la cual se ordena el archivo del procedimiento administrativo sancionatorio No. 707-17 iniciado en contra del prestador de servicios de salud denominado Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas, que fue aportada por el testigo Jerónimo Zuluaga Vargas, se señala que:

“(...) De las atenciones evidenciadas en el material probatorio se logra concluir lo siguiente: De acuerdo a la característica de OPORTUNIDAD endilgada, se logra concluir que el equipo de salud consideró necesario solicitar estudios de laboratorio clínico una vez se determinó la existencia de signos francos de SIRS. Se evidenció que la Institución investigada se acogió a las guías de manejo de paciente quemado, procediendo al manejo de la herida, del dolor y programación para desbridamiento (aplazado por no contar con condiciones para el procedimiento), lo que vislumbra que desde el ingreso se brindó un manejo de acuerdo a las condiciones estables de la paciente, sin evidenciarse en primer término criterios claros de SIRS. La institución logró probar que solo hasta el 4 día de ingreso de la paciente se registró fiebre, sin lograrse relacionar con el compromiso, solo hasta el día 23 de febrero se evidenciaron signos de choque séptico descompensado, iniciando medidas de soporte vital avanzado procediendo al manejo respectivo.

En lo referente a la PERTINENCIA, definida como el grado en el cual el usuario, obtiene los servicios que requieren de acuerdo a la evidencia científica, se hace evidente en la historia clínica que la Institución investigada realizó un manejo pertinente de acuerdo a la sintomatología de la paciente y se hizo seguimiento clínico adecuado de la niña

En las probanzas aportadas se establece que en la atención de la usuaria se registraron los signos vitales de la paciente, aportando en los descargos la medición de los signos vitales en las evoluciones de los días 18 al 23 de febrero de 2015 evidenciándose un tratamiento adecuado de acuerdo a la anotado en la historia clínica.

En lo alusivo a la CONTINUIDAD, establecido como el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada

³¹ archivo digital “03DocumentosAportadosAudiencia”

en el conocimiento científica, vemos que en la valoración de cirugía pediátrica del 21 de febrero de 2015 se conceptúa: 'sin SIRS clínico, continua con manejo inmunomodulador y analgésicos'. Al día siguiente cirugía pediátrica encontró a las 7:10 que la madre de la pequeña comentó episodio febril de 38.5 grados C. Y agrega 'En el momento afebril al tacto, tolerando la vía oral, con adecuada diuresis y sin problemas en las deposiciones, alerta, y sin signos de dificultad respiratoria, mucosas húmedas, rosadas. Solicito vigilar curva térmica'. El día 23 de febrero de 2015 a las 6:25 cirugía pediátrica valoró de nuevo, así: 'La madre _de la paciente niega nuevos picos febriles. Temperatura actual 36.5 grados C. Pasó buena noche, con adecuada diuresis y sin problemas en las deposiciones. En el momento alerta, sin signos de dificultad respiratoria, mucosas húmedas, tórax simétrico y cubierto con vendaje, cardiopulmonar satisfactoria, abdomen también cubierto por vendaje, sin signos de irritación peritoneal, extremidades con adecuada perfusión distal. Neuro sin déficit aparente. Análisis: En el momento sin SIRS, continúa manejo establecido. A las 9:00 revaloró cirugía pediátrica, encontrando la pequeña decaída, y con coloración moteada en todo el cuerpo, hipotérmica, por qué decidido comentar con UCI y solicitó paraclínicos.

Lo anterior demuestra la continuidad en el servicio a la niña ARBEL MARIANA MONTOYA CIFUENTES par parte de la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CALDAS.

(...) La institución Prestadora de Servicios de Salud denominada CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CALDAS de Manizales, Caldas, logró demostrar que con las actuaciones desplegadas observó la normativa que rige el sistema obligatorio de garantía de la calidad, puntualmente las características de OPORTUNIDAD, PERTINENCIA y CONTINUIDAD, las cuales dieron origen al procedimiento administrativo sancionatorio...".

- En el auto de archivo proferido en el expediente 170016106799201580747 seguido por la Fiscalía General de la Nación por la muerte de la niña AMMC, se indica:

"(...) esta Agencia Fiscal, no encuentra fundamento alguno para determinar una imprudencia, negligencia o impericia en la atención de la menor, pues se pudo establecer que los cuidados recibidos, estuvo acorde a los protocolos y se siguieron los pasos para el manejo de quemados, además es claro como lo manifestó el Doctor especializado, que se hicieron todos los esfuerzos posibles por tratar de remitirla, pero no se pudo realizar dicha remisión por dificultades tales como ausencia de la especialidad requerida. Además, se pudo establecer que la causa de la muerte de la menor la cual es asociada a quemadura con líquido caliente.

*Ante la ausencia de responsables, es un hecho netamente accidental por causas ajenas a la voluntad de una tercera persona, quizás atribuibles a la fatalidad pues se trató de una muerte producida por causas originadas manera accidental, decantándose como fortuito o fuerza mayor, que se presenta sin la intervención de terceros o como resultado de una desatención médica y hospitalaria, ésta agencia fiscal no encuentra mérito suficiente para continuar la investigación (...)"*³²

³² fls. 246-252 archivo digital "01Folio1-892

2.3. Fundamento jurídico

2.3.1. La pérdida de oportunidad

En diferentes oportunidades, el Consejo de Estado se ha referido a la *perdida de oportunidad* como un daño en sí mismo considerado³³ y en otras, como un elemento para establecer la relación causal³⁴, para esta Sala, de acuerdo a la reciente y reiterada jurisprudencia es claro que, se trata de una categoría autónoma de daño.

En efecto, el Consejo de Estado ha precisado que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual, debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Así, el alto Tribunal señaló:

“La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales 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 sujeto, acontecer o conducta éste 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 —material o inmaterial— para 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. (...)”

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, expediente. 11.878.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15772.

indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto (...)”³⁵

Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar .

Así las cosas, la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que:

“(...) la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea.

Por lo anterior, la Sala considera que el fundamento de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, cuenta con dos componentes, uno de certeza y otro de incertidumbre: el primero, se predica respecto de la existencia de la expectativa, toda vez que esta debe ser cierta y razonable, al igual que respecto a la privación de la misma, pues en caso de no haber intervenido el hecho dañino infligido por el tercero, la víctima habría conservado incólume la esperanza de obtener

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38.267, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

en el futuro una ganancia o de evitar un menoscabo; y, el segundo, respecto a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, pues no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Y es frente al primer componente que la pérdida de oportunidad cimienta no solo el carácter cierto y actual del daño sino que es el eje sobre el que rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a una expectativa legítima.

Por todo lo anterior, la Sala le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; ii) lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o el perjuicio que se pretendía evitar; iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final; iv) no existe pérdida de oportunidad cuando desaparece la posibilidad de la ganancia esperada, esto es, cuando se comprueba que esta se encuentra condicionada todavía a la ocurrencia de situaciones futuras, lo que se traduciría en un perjuicio hipotético, ajeno al daño autónomo de pérdida de oportunidad; si el beneficio final o el perjuicio eludido aún puede ser logrado o evitado, la oportunidad no estaría perdida y, por tanto, se trataría de pretensiones resarcitorias diferentes de la pérdida de oportunidad”.

2.3.2. La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico “*venite ad factum, iura novit curia*”, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales³⁶.

³⁶ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)”³⁷.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

*su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación”.*³⁸

2.4. Análisis del caso concreto

2.4.1. En cuanto a la pérdida de oportunidad

Caprecom se opone a la declaratoria de existencia del daño consistente en la pérdida de oportunidad, por cuanto considera que no existe prueba científica que indique cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida.

Al respecto la Sala, de acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso, encuentra acreditado que la niña AMMC sufrió un accidente casero al derramarse en su humanidad un líquido caliente, razón por la que fue llevada al servicio de urgencias del Hospital San Antonio de Villamaría (Caldas), donde determinaron que tenía quemaduras en el 18% de su cuerpo.

Según lo señalado por los especialistas Leonardo Fabio Gil Montoya, Isabel Alejandra Melo Sierra y Jerónimo Zuluaga Vargas³⁹ que rindieron dictamen pericial y sustentación ante el Juzgado de primera instancia, la paciente requería atención inicial en una unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos.

Incluso el doctor Gil Montoya, declaró que:

*“(...) con los pacientes quemados existen 3 factores, la edad, la extensión en la superficie corporal y la profundidad (grado 1, 2, 3 y 4), por lo que la clasificación de la menor en el Índice de Garcés arroja alrededor de 95, y en tal razón debía ser tratada en **una institución con unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos**, por el riesgo vital que representaba su condición, de tal forma que su situación de estabilidad podía cambiar en cualquier momento dados los factores de riesgo asociados. En las unidades de quemados trabaja un grupo interdisciplinario (cirugía plástica, cirugía pediátrica, fisioterapia, trabajo social, terapia respiratoria), provee aislamiento a los pacientes y dispone de insumos especiales para el tratamiento. Por su parte, las unidades de cuidado intensivo tienen equipamiento para proporcionar respiración mecánica y soporte cardíaco. Ambos servicios son necesarios para el tratamiento de niños quemados moderados con riesgo vital”.*

En similar sentido declaró la doctora Melo Sierra⁴⁰ quien indicó que: *“(...) De acuerdo con el estado de la menor, debía ser atendida en una institución con habilitación con hospitalización pediátrica, **con una unidad de quemados y que cuente con una unidad de cuidado intensivo**, esto es, nivel 3 o 4 (...)”*

³⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

³⁹ Archivo digital “AUDIENCIAS”

⁴⁰ Archivo digital “AUDIENCIAS”

Se observa en la historia clínica que, la niña AMMC, nunca fue remitida a una Unidad de Quemados, ello se desprende de las anotaciones de la historia clínica del Hospital San Antonio de Villamaría, donde se observan los intentos del personal médico de ubicar a la paciente en el servicio requerido, allí se registró que:

“(…) NOS COMUNICAMOS NUEVAMENTE CON EL CRUE, SE HABLA CON DANIELA QUIEN REFIERE QUE EN EL DIA (sic) LLAMARON EN REPETIDAS OCASIONES A MEDINTEGRAL Y NO CONTESTARON, EN EL SAN JORGE DE PEREIRA EN EL DIA (sic) NO HABIA (sic) CAMAS U EN LA NOCHE NO HAY REFERENCIA, EN UCIKIDS NO TIENE CONTRATO CON CAPRECOM, EXIGEN QUE SEA CAPRECOM DIRECTAMENTE QUIN (sic) LA COMENTE (...) (...) SE LLAMA AL CRUE TOLIMA EN LA CUAL LA FUNCIONARIA MICHEL ALDANA REFIERE QUE COMENTEMOS LA PACIENTE AL HOSPITAL REGIONAL DE LIBANO (sic) (...) SE LLAMA AL HOSPITAL DEL LIBANO (sic) EN LA CUAL LA ENCARGADA DE REFERENCIA REFIERE QUE ELLOS NO TIENEN DISPONIBILIDAD DE CIRUGIA (sic) PEDIATRICA (...) (...) SE LLAMA AL HOSPITAL DEL LIBANO TOLIMA EN LA CUAL LA DOCTORA PATRICIA RUBIODE (sic) PEDIATRIA (sic), REFIERE QUE ELLOS NO MANEJAN PACIENTES QUEMADOS, REFIERE ADEMAS (sic) QUE SE COMENTE A LA UNIDAD DE QUEMADOS EN EL HOSPITAL SIMON (sic) BOLIVAR (sic)

(...) SE VA A CAPRECOM VILLAMARIA (sic) EN EL CUAL REFIERENQUE (sic) EL TRAMITE (sic) SE ESTA (sic) REALIZANDO POR LA CENTRAL DE REFERENCIA (sic), EN EL CUAL SE COMUNICAN PARA SABER COMO VA EL CASO E INFORMA QUE POR MANIZALES NO HAY DONDE LE HAGAN EL TRATAMIENTO A LA PACIENTE (...)

(...)

SE LLAMA A CAPRECOM Y SE COMUNICA CON LA FUNCIONARIA CATALINA LA CUAL INFORMA QUE LA QUE ESTA (sic) MANEJANDO EL CASO ES MARTA LUCERO, Y QUE EN EL MOMENTO SE ENCUENTRA EN UNA REUNION (sic), ENTONCES QUE NOS COMUNIQUEMOS MAÑANA 18/02/2015 A LOS (sic) 08:00 DE MAÑANA PARA MIRAR COMO VA EL TRAMITE”⁴¹. (Se destaca)

Ya en el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” al cual fue remitida la paciente en virtud de una medida cautelar decretada en el trámite de una acción de tutela, y que no contaba con unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos, el 23 de febrero de 2015, la paciente presenta deterioro en su estado de salud, por lo que, se registra en la historia clínica:

23/02/2015

09+00 Paciente que se encuentra decaída, coloración morada en todo el cuerpo, hipotérmico, por lo cual decide comentar a UCI, se inicia tramitología para que Caprecom autorice...

⁴¹ fls. 33-62 archivo digital “01Folio1-892

(...) 10:00 a.m. Soy notificado aprox. a las 9:00 a.m. por parte de residente de Pediatría del mal estado de la paciente.

(...) Con lo realizado hasta ahora, sin la óptima respuesta esperada, el paso a seguir es brindar soporte respiratorio, por lo que **se insiste en remisión a UCI pediátrica sin obtener respuesta.**

Caprecom no tiene convenios en la ciudad. SITUACIÓN MUY DIFÍCIL con cada minuto sin atención en UCI, se aumenta su riesgo de muerte.

Por lo pronto se brindará en nuestra institución todas las medidas según lineamientos actuales en estos casos, hasta tanto sea aceptada en UCI.

(...) 11:20 a.m. Nota Pediatría. Niña que continúa en malas condiciones aún hipoperfundida, con discreta mejoría en pulsos periféricos y ya con registro de tensión arterial.

(...) La mamá está enterada de la crítica situación de su hija y del alto riesgo de muerte.

Nos informan desde calidad que su EPS indica trasladarla a Meintegral como urgencia vital.

(...) Sale a las 11:30 a.m. en ambulancia medicalizada (...).⁴²

De acuerdo a lo anterior es claro que la paciente no pudo ser atendida en una institución que contara con unidad de quemados y solo hasta el 23 de febrero fue posible su remisión a una institución que contaba con la unidad de cuidados intensivos requerida.

Ahora bien, de acuerdo con el “Informe de Microbiología” del 23 de febrero de 2015⁴³, se logró establecer que la niña AMMC presentó una bacteria denominada “*Staphylococcus aureus*”, frente a lo anterior, el perito adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, doctor José Fernando Marín Arias⁴⁴ explicó en la sustentación de su dictamen que:

“(...) las costras amarillas y olor fétido encontrados en la quemadura, una vez se retiró el apósito, indican un proceso infeccioso en la piel que es común ante una lesión como la presentada. El manejo de un paciente quemado debe estar a cargo de cirugía pediátrica en una unidad de quemados. Los hallazgos de necropsia de daño multiorgánico (hepático, renal, pulmonar) que se correlacionan con el estudio histopatológico, para concluir que la causa de muerte de la menor es una neumonía secundaria a proceso infeccioso por quemadura.”

Por su parte la médico cirujana y uróloga pediatra doctora Isabel Alejandra Melo Sierra⁴⁵ señaló que:

“La menor falleció a causa de una sepsis y una falla multiorgánica asociada. La sepsis es una infección muy severa, que en la paciente era provocada por un **estafilococo aureus**, que es una bacteria muy agresiva, produce el shock séptico fulminante originado en una infección generalizada que pudo haberse dado en una colonización anterior –lo que no es necesariamente aparente–, y que pudo haberse exacerbado por el estado inmunológico suprimido de la menor en razón del accidente que sufrió”; además de lo anterior, aclaró la profesional que: “(…)

⁴² fls. 365-405 archivo digital “01Folio1-892

⁴³ fl. 378 archivo digital “01Folio1-892

⁴⁴ Archivo digital “AUDIENCIAS”

⁴⁵ Archivo digital “AUDIENCIAS”

De acuerdo con el estado de la menor, debía ser atendida en una institución con habilitación con hospitalización pediátrica, con una unidad de quemados y que cuente con una unidad de cuidado intensivo, esto es, nivel 3 o 4, para la época de los hechos en la ciudad no existía una entidad con esas características. Afirmó que un manejo oportuno y adecuado del paciente quemado minimiza la posibilidad de ocurrencia de complicaciones. El desbridamiento debe realizarse si es factible en los primeros instantes del acaecimiento de la lesión, teniendo en cuenta que si es bajo anestesia, el paciente debe tener ayuno. Si es llevado a cabo en las primeras 6 horas disminuye el riesgo de infección; en el caso de la paciente pasaron varios días antes de realizar el procedimiento”

Explicó además la importancia de que la paciente fuera atendida a una unidad de quemados al señalar que: “(...) Las unidades de quemados, solo tienen hospitalización para pacientes en estas condiciones, con aislamiento protector, que tiene unas particularidades para evitar la infecciones, cuentan con cirugía plástica y en caso de menores, con pediatría, cirugía pediátrica, trabajo social, nutrición, fisioterapia.”

Así se encuentra acreditado que, la niña por su edad, y las condiciones de la quemadura, era propensa a sufrir una infección, situación que no podía descartarse, pues en días anteriores había presentado una infección en la piel, por lo que resultaba necesaria la atención en la unidad de quemados para evitar la complicación en el estado de salud; así, la infección no podía calificarse como inesperada, sino como un riesgo asociado a la condición que presentaba la paciente.

Por lo anterior, en cuanto a los elementos requeridos para que se configure el daño consistente en la pérdida de oportunidad, el Tribunal encuentra acreditada:

i) La existencia de la oportunidad que se perdió, la cual se concretó en que los médicos tratantes desde el 16 de febrero de 2015 consideraron que la niña debía ser atendida en una Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos con el fin de recibir la atención médica especializada requerida para restablecer su salud

ii) La niña no pudo ser remitida y por tanto no pudo acceder a esos servicios especializados que requería;

iii) La niña AMMC, se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, pues desde el ingreso al Hospital San Antonio de Villamaría, fue diagnosticada con quemaduras de más del 10% de su cuerpo y, habida cuenta que el personal médico de esa institución, determinó que debía ser remitida a una Unidad de Quemados y Cuidados Intensivos, se tiene que la víctima se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, ello a pesar de la edad y lo súbito de la bacteria que produjo la falla multiorgánica.

Ahora, si bien como lo señala la apelante, no existe prueba científica que indique cuál era la posibilidad real de recuperación de la paciente, como se analizó, las pruebas obrantes en el proceso sí permiten afirmar que la niña de haber recibido la atención especializada que

requería, tenía la oportunidad de recuperar su salud. Además, la existencia de una prueba que establezca el grado de probabilidad de pérdida de la oportunidad, no es un elemento para declarar la configuración del daño, sino para su tasación. Al respecto, el Consejo de Estado⁴⁶ señaló:

“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, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

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, 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 prohiarse 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.

26.1. De acuerdo con los anteriores parámetros, en el caso concreto no hay fundamentos científicos y técnicos que permitan cuantificar el porcentaje de probabilidad que tenía la paciente de escapar del evento fatal, es decir, hay certeza sobre la pérdida de oportunidad de sobrevivida -comprobación de los elementos de la pérdida de oportunidad-, pero no acerca de la cuantía del perjuicio -falta de certeza cuantitativa-; no obstante, la Sala considera que sería inequitativo e injusto que no se profiriera condena a favor de los demandantes a sabiendas que está probado el daño”.

Por lo anterior se concluye que, se encuentra acreditada la existencia del daño consistente en la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico requerido para restablecer la salud de la niña AMMC.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 13 de julio de 2017. Rad: 05001-23-31-000-1998-03753-01(39317)

2.4.2. En cuanto a la imputación del daño

Conforme el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, numeral 3º, las Entidades Promotoras de Salud - EPS tienen entre otras, la función de: *“Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley”*. Además de conformidad con el numeral 4º ibidem, están facultadas para: *“Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia”*.

Por su parte, el Decreto 2757 de 1991 que organiza y establece el régimen de referencia y contrarreferencia, esto es, el conjunto de normas técnicas y administrativas que permiten prestar adecuadamente al usuario el servicio de salud, según el nivel de atención y grado de complejidad de los organismos de salud con la debida oportunidad y eficacia, en el parágrafo segundo de artículo 2 establece:

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

“Se entiende por Contrarreferencia, la respuesta que las unidades prestatarias de servicios de salud receptoras de la referencia, dan al organismo o a la unidad familiar. La respuesta puede ser la contrarremisión del usuario con las debidas indicaciones a seguir o simplemente la información sobre la atención recibida por el usuario en la institución receptora, o el resultado de las solicitudes de ayuda diagnóstica”.

Ahora bien, el objetivo de este régimen es facilitar la atención oportuna e integral de los usuarios, estableciendo para ello entre otras modalidades de solicitud de servicios la siguiente: *“1.- Remisión. Procedimiento por el cual se transfiere la atención en salud de un usuario, a otro profesional o institución, con la consiguiente transferencia de responsabilidad sobre el cuidado del mismo.”*

En el mismo sentido, la Resolución 5261 de 1994, estableció:

“ARTICULO 2. DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO Y ACCESO A LOS NIVELES DE COMPLEJIDAD. En todo caso los servicios de salud que se presten en cada municipio estarán sujetos al nivel de complejidad y al desarrollo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud autorizadas para ello. Cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada E.P.S”. (Se resalta)

En el presente caso, se encuentra acreditado que, la niña AMMC para la época de los hechos,

estaba afiliada a esa EPS⁴⁷ en el régimen subsidiado, ello según se desprende del certificado de datos de información de afiliados; que además, desde la atención inicial, la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud determinó que: “(...) De acuerdo con el estado de la menor, debía ser atendida en una institución con habilitación con hospitalización pediátrica, **con una unidad de quemados y que cuente con una unidad de cuidado intensivo, esto es, nivel 3 o 4** (...)”⁴⁸

A pesar de la gestiones realizadas por el Hospital San Antonio de Villamaría, para lograr la remisión, ello no fue posible porque en Manizales no había donde le realizaran el tratamiento, así se hizo constar en la historia clínica:

(...) SE VA A CAPRECOM VILLAMARIA (sic) EN EL CUAL REFIEREN QUE (sic) EL TRAMITE (sic) SE ESTA (sic) REALIZANDO POR LA CENTRAL DE REFERENCIA (sic), EN EL CUAL SE COMUNICAN PARA SABER COMO VA EL CASO E INFORMA QUE POR MANIZALES NO HAY DONDE LE HAGAN EL TRATAMIENTO A LA PACIENTE (...)

(...)

SE LLAMA A CAPRECOM Y SE COMUNICA CON LA FUNCIONARIA CATALINA LA CUAL INFORMA QUE LA QUE ESTA (sic) MANEJANDO EL CASO ES MARTA LUCERO, Y QUE EN EL MOMENTO SE ENCUENTRA EN UNA REUNION (sic), ENTONCES QUE NOS COMUNIQUEMOS MAÑANA 18/02/2015 A LOS (sic) 08:00 DE MAÑANA PARA MIRAR COMO VA EL TRAMITE”⁴⁹. (Se destaca)

En virtud de una medida cautelar decretada en el trámite de una acción de tutela, la paciente es remitida al Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” y el 23 de febrero de 2015, la paciente presenta deterioro en su estado de salud, por lo que, se registra en la historia clínica:

23/02/2015

09+00 Paciente que se encuentra decaída, coloración morada en todo el cuerpo, hipotérmico, por lo cual decide comentar a UCI, se inicia tramitología para que Caprecom autorice... (...) 10:00 a.m. Soy notificado aprox. a las 9:00 a.m. por parte de residente de Pediatría del mal estado de la paciente.

(...) Con lo realizado hasta ahora, sin la óptima respuesta esperada, el paso a seguir es brindar soporte respiratorio, por lo que se insiste en remisión a UCI pediátrica sin obtener respuesta.

Caprecom no tiene convenios en la ciudad. SITUACIÓN MUY DIFÍCIL con cada minuto sin atención en UCI, se aumenta su riesgo de muerte. (...)”⁵⁰. (Se destaca)

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que, a Caprecom EPS le asistía la obligación

⁴⁷ Ver página 154 del archivo digital “01Folio1-892”)

⁴⁸ Archivo digital “AUDIENCIAS”

⁴⁹ fls. 33-62 archivo digital “01Folio1-892

⁵⁰ fls. 365-405 archivo digital “01Folio1-892

de garantizar la atención en la red de prestadores de servicio médicos, con las características y especialidades que requería la paciente; que la niña AMMC requería los servicios de atención en Unidad de Quedamos y Unidad de Cuidados Intensivos, sin embargo, pese a las gestiones realizadas por el personal médico tratante, no fue posible la remisión a una institución que contara con estos servicios, por cuanto la EPS Caprecom no contaba con una red de prestadores que tuviera esos servicios.

Caprecom argumenta que *“la madre y su hija se encontraban afiliadas a Caprecom – Tolima, pero que se estableció que hacía poco se habían trasladado al municipio de Villamaría (Caldas), sin que realizaran las gestiones para ajustar la cobertura que tenían en el municipio de Ibagué (Tolima)”*; al respecto encuentra la Sala que, si bien en el certificado de datos de información de afiliados⁵¹, se indica que el municipio de la afilada es Casabianca (Tolima), ello, no es suficiente para desligar la obligación que tenía la EPS según el numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993 de: *“Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan **acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional**”*⁵².

De tal suerte que, el argumento expuesto por la apelante no es de recibo, porque se trató de una urgencia y además, la entidad tenía la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud en todo el territorio nacional.

Por lo anterior, el daño es imputable a Caprecom toda vez que, incurrió en una falla en el servicio, al omitir la obligación legal respecto a la remisión de la niña a una institución donde prestaran los servicios médicos por ella requeridos y no tenía dentro de su red de prestadores de servicios, una institución con las características que demandaba el estado de salud de la paciente.

2.5. Conclusión

Se encuentra configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico requerido para restablecer la salud de la niña AMMC, por cuanto existe certeza de: i) La existencia de la oportunidad que se perdió, la cual se concretó en que los médicos tratantes desde el 16 de febrero de 2015 consideraron que la niña debía ser atendida en una Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos con el fin de recibir la atención médica especializada requerida para restablecer su salud; ii) La niña no pudo ser remitida y por tanto no pudo acceder a esos servicios especializados que requería; iii) La niña se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Además, dicho daño es imputable a Caprecom toda vez que, incurrió en una falla del servicio, por cuanto: i) omitió la obligación legal respecto a la remisión de la niña a una institución donde prestaran los servicios médicos por ella requeridos y ii) no tenía dentro de su red de prestadores de servicios, una institución con las características que demandaba

⁵¹ Ver página 154 del archivo digital “01Folio1-892”)

⁵² Destaca la Sala

el estado de salud de la paciente.

Así las cosas, no prosperan los argumentos expuesto por la apelante, y en consecuencia, en este aspecto se confirmará la sentencia apelada.

3. Segundo problema jurídico *¿El daño es imputable a la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas- Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”; a la Caja de Compensación Familiar de Caldas – Clínica San Marcel; a la Clínica Versalles?*

3.1. Tesis del tribunal

El daño no es imputable a la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas- Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”, por cuanto: i) la niña requería atención de Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos; ii) el Hospital Infantil no contaba para febrero del 2015 con los servicios médicos antes mencionados; iii) a pesar de lo anterior, brindó la atención médica disponible, sin que se evidencie que esta fuera carente de idoneidad, calidad o con desapego de los protocolos de asepsia y aislamiento que se requería.

El daño tampoco es imputable a la Caja de Compensación Familiar de Caldas – Clínica San Marcel y a la Clínica Versalles, toda vez que dichas instituciones, según se demostró, para el momento de los hechos no contaban con habilitación de servicios de Unidad de Cuidados Intensivos, Unidad de Quemados y cirugía pediátrica, por tanto no puede afirmarse que incurrieron en una negativa injustificada en la prestación de los servicios de salud.

Para fundamentar lo anterior, la Sala analizará conforme a los argumentos de apelación, las obligaciones y la prestación del servicio por las entidades demandadas.

3.2. Análisis del caso concreto

3.2.1. La imputación a la Cruz Roja-Hospital Infantil “Rafael Henao Toro”

Adujo el extremo demandante que, el Hospital Infantil inicialmente se negó a aceptar a la niña “(...) porque no paso el caso por gerencia y luego argumento que porque no se aceptaban pacientes de CAPRECOM (...)” (sic); razón por la cual considera que, tenía la obligación de recibir a la niña, para disminuir el riesgo vital de infección que afrontaba, asegurando que dicha entidad contaba con servicio de cuidados intensivos.

Al respecto, la Sala evidencia que, la niña ingresó al servicio de urgencia del Hospital San Antonio de Villamaría (Caldas) el 16 de febrero de 2015, debido a que: “(...) SE QUEMO (sic) PACIENTE TRAIDA (sic) POR LA MADRE QUIEN REFIERE QUE HABÍA ACABADO DE PODER UN POSILLO (sic) EN LA MESA CON AGUAPANELA Y SE LO ECHO (sic) ENCIMA (...) PRESENTA QUEMADURAS DE 18% DE SUPERFICIE CORPORAL DE ESPESOR DE SEGUNDO GRADO, PRESENTA ERITEMA Y FLICTENAS”⁵³; teniendo en

⁵³ fl. 33 archivo digital “01Folio1-892

cuenta el diagnóstico inicial, se consignó en la historia clínica lo siguiente:

“(...) Paciente de 22 de meses de edad quien ingresó a la institución por presentar quemadura de segundo grado que compromete el 15% SCT en región anterior del dorso, por líquidos calientes, luego de que le cayera una agua panela caliente. Debido al compromiso de las quemaduras la paciente requiere debridamiento (sic) quirúrgico y atención en un tercer nivel de complejidad, se ha tratado de remitir en múltiples ocasiones lo que no ha sido posible. Se ha realizado hidratación según parkland (...)”

Posteriormente, siendo las 7:33 pm del 16 de febrero de 2015, se consignó lo siguiente: (...) *se llama a hospital (sic) infantil (sic), contesta tatiana (sic) gonzalez (sic) y comenta que paciente no fue aceptada porque no paso (sic) su caso por gerencia. (...) se envía (sic) remision (sic) a crue (...) 11:58:19p.m. (...) SE LLAMA CENTRO DE REFERENCIAS CRUE, COMENTAN QUE HAN LLAMADO AL HOSPITAL INFANTIL PERO QUE NO HANR (sic) RECIBIDO RESPUESTA FAVORABLE ACERCA DE ACEPTACION (sic) DE PACIENTE”*(fl. 35 archivo digital “01Folio1-892)

El 18 de febrero de 2015 y, luego de la interposición de acción de tutela⁵⁴ por parte de la madre de la niña AMMC, siendo las 16:59 horas, el Hospital San Antonio de Villamaría, remitió a la paciente al Hospital Infantil Rafael Henao Toro, a la cual ingresó siendo las 19:11⁵⁵, momento en el cual se registró en la historia clínica: *“(...) Extremidades bien perfundidas, móviles, sin edema, con adecuado tono, se observa quemadura en región anterior brazo izq grado I, Neurológico sin déficit o signos de focalización. Resto de piel sin lesiones. Superficie corporal comprometida del 13% aprox. Impresión diagnóstica: Quemadura en tronco, Plan: 1 Hospitalizar. 2 Programar para desbridamiento de quemadura”*.

El 19 de febrero de 2015, siendo las 10:05 se registró la siguiente nota de evolución de enfermería: *“(...) Ingresa paciente al servicio de recuperación programada para procedimiento terapéutico lavado + desbridamiento quemadura con ayuno (...) 10+35 Se pasa paciente a sala de cirugía No. 1 para lavado desbridamiento de quemadura (...) se termina procedimiento sin complicación. Se traslada paciente a recuperación (...)”*.

El 20 de febrero de 2015, siendo las 7:00 am se registró en la historia clínica⁵⁶: *“(...) Recibo paciente en cama, tranquila, afebril, hidratada, sin signos de dificultad respiratoria, soporte de oxígeno, con acceso venoso en miembro superior derecho, sin signos de flebitis (...) área queda en tórax cubierta con aquacel”*.

El 21 de febrero de 2015, siendo las 19:00 horas se registró la siguiente nota: *“(...) recibo paciente en cuna dormida, tranquila con catéter venoso en MSD. Quemadura en tórax cubierto una parte por apósito con aquacel (...) 20+30 paciente despierta, refiere la madre que la niña está febril, se*

⁵⁴ Auto del 18 de febrero de 2015 proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales (fls. 229-231 archivo digital “01Folio1-892)

⁵⁵ fl. 365 fte y vto, archivo digital “01Folio1-892

⁵⁶ fl. 373 archivo digital “01Folio1-892

*dio acetaminofén con buen efecto, aceptó tetero y continuó durmiendo tranquila (...)*⁵⁷

El 22 de febrero de 2015, siendo la 1:30 am se registró⁵⁸: *“(...) se dio acetaminofén aumentando dosis, la madre refiere que la pte tiene nueva/ fiebre. Se tomó T° 37.5 (...) 14+30 paciente que presenta pico febril de 39.5 se realizan medios físicos y se da acetaminofén vigilar y avisar cambios (...)”*.

El 23 de febrero de 2015, siendo las 9 am se registró. (fl. 375 archivo digital “01Folio1-892): *“(...) paciente en cuna somnolienta, pálida, refiere la madre que estaba desayunando y que de pronto la paciente se quedó dormida (...) 9+15 valorada por Cx Dra Consuelo Cárdenas en ronda (...) la paciente se observa piel morada con hipotermia. Por orden médica se canaliza vena (...) Valorado por pediatras de turno y se realizan IC a UCI, siendo aceptada en San Marcel Meintegral (...) a las 11+30 la ambulancia llega por ella, se entrega paciente con soporte ventilatorio, con dos accesos venosos permeables(...)”*.

Según el informe pericial de Necropsia del 25 de febrero de 2015⁵⁹ realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en cuanto a la causa del fallecimiento de la niña AMMC, se indicó *“(...) CONCLUSIÓN PERICIAL: Con base en la información aportada y los hallazgos de necropsia se determina que la muerte se debe a una falla multiorganica (sic) muy posiblemente asociado a la quemadura (...)”*. Experticio que fue complementado, a través del informe de necropsia No. 063-2015 NUNC 1700016106799201580747⁶⁰, en el cual, con el análisis de la historia clínica, aclaró: *“(...) Con base en la información aportada y los hallazgos de la necropsia del 25 de febrero de 2015 se puede determinar que la muerte de la lactante, se debe a falla multiorgánica secundaria a sepsis de origen dérmico por esfilococo (sic) dorado, asociado a quemadura toracoabdominal (...)”*.

Ahora bien, según el doctor José Fernando Marín Arias, médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la niña AMMC presentó un proceso infeccioso en la piel; cuyo manejo debía estar a cargo de la especialidad de cirugía pediátrica en una unidad de quemados.

Por su parte el cirujano Pediátrico Leonardo Fabio Gil Montoya⁶¹, quien rindió informe pericial señaló que, en la atención de quemaduras de acuerdo con los protocolos nacionales e internacionales, se debe dar un manejo en el que:

“[Al] paciente se le debe hacer una reposición de líquidos perdidos de acuerdo a la formula (sic) de Parkland, analgésicos, dieta rica en proteínas, desbridamiento de los tejidos quemados, uso de medicamentos epitelizantes (promotores de la formación de nueva piel) y en algunos casos injertos de piel, además de otras intervenciones como apoyo psicológico y acompañamiento al grupo familiar; no hace parte inicial del manejo del quemado el uso de antibióticos a menos que durante la estancia médica del paciente se identifiquen signos de infección asociada a la

⁵⁷ fl. 373 vto archivo digital “01Folio1-892

⁵⁸ fl. 373 vto archivo digital “01Folio1-892

⁵⁹ fls. 222-226, archivo digital “01Folio1-892

⁶⁰ fls. 235-237 archivo digital “01Folio1-892

⁶¹ fls. 244-245 archivo digital “01Folio1-892

quemadura (...)”.

Incluso dicho profesional afirmó que, la atención brindada a la niña en todas las instituciones fue de acuerdo con los protocolos previstos para ese tipo de casos. En la sustentación su dictamen, señaló que:

“(...) la clasificación de la menor en el Índice de Garcés arroja alrededor de 95, y en tal razón debía ser tratada en una institución con unidad de quemados y unidad de cuidados intensivos, por el riesgo vital que representaba su condición. En las unidades de quemados trabaja un grupo interdisciplinario (cirugía plástica, cirugía pediátrica, fisioterapia, trabajo social, terapia respiratoria), provee aislamiento a los pacientes y dispone de insumos especiales para el tratamiento. Por su parte, las unidades de cuidado intensivo tienen equipamiento para proporcionar respiración mecánica y soporte cardíaco. Ambos servicios son necesarios para el tratamiento de niños quemados moderados con riesgo vital. En el caso concreto, era necesario que estuvieran disponibles para la niña las dos unidades, por los riesgos inherentes a la condición de salud que presentaba (...)”. (Se destaca)

La médica Isabel Alejandra Melo Sierra, quien brindó atención a la niña AMMC, declaró que, una vez remitida la paciente del Hospital de Villamaría aplicó el ABC del quemado y, como había ingerido alimentos, no fue posible realizar inmediatamente el desbridamiento; procedimiento éste que fue realizado al día siguiente en horas de la mañana, consistente en lavar y desbridar el tejido necrótico para luego cubrir con un apósito denominado Aquacell. Dicha profesional fue enfática en señalar que, a pesar de que en el Hospital Infantil no contaban con unidad de quemados, trataron con todas las medidas pertinentes la condición de la paciente, esto es, aislamiento protector en la habitación unipersonal con la respectiva asepsia, atención en fisioterapia y nutrición.

La médica Inés Bibiana Bustamante Gañan, quien brindó atención a la niña el 23 de febrero de 2015, sostuvo que debido al choque séptico, presentó un rápido deterioro, razón por la cual debió ser trasladada a UCI. Aseguró que las causas del deterioro se debieron a que tenía una bacteria de progresión rápida y de alta mortalidad.

El médico cirujano pediatra Oscar Salazar Gómez, quien atendió la niña AMMC en el servicio de hospitalización del Hospital Infantil, señaló que, observó a la paciente sin signos de infección en la quemadura, que traía un adecuado tratamiento de nutrición hiperproteica, fisioterapia e inmunomodulación para evitar úlceras gástricas. Así mismo, dicho galeno coincidió con los demás, en tanto afirman que el Hospital Infantil no contaba con unidad de cuidado intensivo, por lo que, al momento del deterioro, debió ser trasladada a una institución con el equipamiento adecuado.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es claro que, la atención brindada en el Hospital Infantil Rafael Henao Toro fue la adecuada para la patología que presentaba la niña AMMC; que además en dicha institución se brindaron todos los servicios médicos y dispusieron del personal médico especializado con el que se contaba.

Cabe destacar que tanto el perito Leonardo Fabio Gil Montoya, como los médicos Samuel Zuleta Gómez e Inés Bibiana Bustamante, coincidieron en señalar que para el 23 de febrero de 2015 el Hospital Infantil Rafael Henao Toro, no contaba con servicios Unidad de Quemados, como tampoco Unidad de Cuidados Intensivos. Así mismo, obra formulario de novedades de prestadores de servicios de salud, en el que consta que el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro” cerró su servicio de unidad de cuidado intensivo pediátrico a partir del 02 de noviembre de 2011⁶²; además, obra el Registro de Referencia URG_B317456, en el que advierte que la niña no es recibida en el Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”, toda vez que la entidad no tenía habilitada hospitalización pediátrica ni unidad de quemados⁶³.

Así las cosas, si bien es cierto, tal y como lo sostiene la parte demandante, el Hospital Infantil se negó en un principio a atender a la paciente, ello encuentra justificación en que no contaba con una Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos, servicios que eran necesarios para atender la quemadura que presentaba la niña AMMC; brindando posteriormente la atención por disposición judicial, sin que se evidencie que esta fuera carente de idoneidad, calidad o con desapego de los protocolos de asepsia que se requería.

Por otro lado, en cuanto al argumento esbozado por la parte demandante, referente a que, en el Hospital Infantil no se cumplieron los protocolos de aislamiento, por cuanto la niña fue hospitalizada en la cama No. 213 A, habitación donde había otra cama No. 213 B y, donde además asegura que estuvo en compañía de otro paciente; la sala no encuentra respaldo probatorio alguno que soporte dicha afirmación, por el contrario, según se desprende de la factura de venta HIU00007655607 del 26 de febrero de 2015, en la que se efectúa cobro a Caprecom por la estancia de la paciente, se indica que estuvo en habitación unipersonal⁶⁴; así mismo, los médicos Isabel Alejandra Melo Sierra, Inés Bibiana Bustamante Gañan y Oscar Salazar Gómez, son contestes en afirmar que a la niña se le aplicó el protocolo debido para los quemados, dentro del cual estaba el aislamiento y la asepsia para minimizar el riesgo de infección.

Corolario de lo expuesto, encuentra la Sala que, el daño no es imputable a la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas- Hospital Infantil Universitario “*Rafael Henao Toro*”, por cuanto: i) la niña requería atención de Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos; ii) el Hospital Infantil no contaba para febrero del 2015 con los servicios médicos antes mencionados; iii) a pesar de lo anterior, brindó la atención médica disponible, sin que se evidencie que esta fuera carente de idoneidad, calidad o con desapego de los protocolos de asepsia y aislamiento que se requería.

3.2.2. De la atención brindada por la Clínica San Marcel – Confa y Clínica Versalles

⁶² fls. 420-422, archivo digital “01Folio1-892

⁶³ f. 406 archivo digital “01Folio1-892

⁶⁴ fls. 476-479 archivo digital “01Folio1-892

Sostiene la parte demandante frente a la Clínica San Marcel y la Clínica Versalles que, dichas instituciones no aceptaron a la niña por no existir servicio de pediatría, ni unidad de quemados, a pesar de que tenía la obligación de atenderla, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006.

En el fallo de primera instancia se indicó que, tanto la Clínica Versalles como Confa a través de la Clínica San Marcel no incumplieron ninguna de sus obligaciones como instituciones prestadoras de salud, ya que jurídica y fácticamente no era viable recibir a la niña AMMC, en la medida que la atención que la misma necesitaba no podía ser proporcionada por ninguna de estas dos entidades.

Al respecto, considera la Sala acertada la decisión del *a quo* toda vez que, según se demostró e indicó en el acápite anterior, debido a que la niña AMMC presentaba quemaduras en el 18% de su cuerpo, requería atención especializada por Unidad de Quemados y por Unidad de Cuidados Intensivos, servicios con los cuales no contaba ninguna de las instituciones.

Según se desprende del Triage de la Clínica San Marcel⁶⁵, la niña AMMC consultó en esa institución y se consignó en ese documento lo siguiente:

*“TRAIDA (sic) COMO URGENCIA VITAL DE ASABASALUD POR QUEMADURA DE HOMBRO Y TORAX (sic)
(...) SE EXPLICA QUE NUESTRA INSTITUCION (sic) NO TIENE HABILITADA HOSPITALIZACION (sic) PEDIATRICA (sic), NI UNIADAD (sic) DE QUEMADOS SE INDICA CONSULTAR A ENTIDAD CON DISPONIBILIDAD DE ESTOS (...)”.*

Lo anterior, encuentra respaldo en la constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud de la Caja de Compensación Familiar de Caldas Confa Salud Sede Clínica San Marcel del 04 de agosto de 2017⁶⁶, de la que se desprende que la institución no tenía servicio de unidad de cuidado intensivo pediátrico ni unidad de quemados, tenía habilitado el servicio de cirugía pediátrica de forma ambulatoria.

Por su parte, según se desprende la constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud de la Clínica Versalles del 16 de diciembre de 2014⁶⁷, se evidencia que la institución tampoco tenía el servicio de cirugía pediátrica, unidad de cuidado intensivo pediátrico ni unidad de quemados.

Lo anterior concuerda con la declaración rendida por la doctora Sandra Marcela Aguirre, líder de calidad de la Clínica Versalles, quien afirmó que la paciente no fue atendida en la institución, que solo hubo una solicitud para su remisión por parte del Hospital San Antonio de Villamaría, toda vez que requería cirugía pediátrica, especialidad que no estaba habilitada ante la Dirección Territorial de Salud de Caldas, pues no se contaba con los

⁶⁵ fls. 227 archivo digital “01Folio1-892

⁶⁶ fls. 672-674, archivo digital “01Folio1-892

⁶⁷ fls. 653-656, archivo digital “01Folio1-892

profesionales competentes y superaba la capacidad técnico-científica instalada.

Así mismo, como lo explicó el fallo primigenio, según lo establecen los artículos 6 y 7 del Decreto 1011 de 2006, solo una vez se verifique el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica, científica, financiera, técnico administrativa es que se obtiene la autorización para la prestación de los servicios de salud, condiciones que tal y como se indicó no contaban ambas instituciones.

3.3.3. Conclusión

El daño no es imputable a la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas - Hospital Infantil Universitario “Rafael Henao Toro”, por cuanto: i) la niña requería atención de Unidad de Quemados y Unidad de Cuidados Intensivos; ii) el Hospital Infantil no contaba para febrero del 2015 con los servicios médicos antes mencionados; iii) a pesar de lo anterior, brindó la atención médica disponible, sin que se evidencie que esta fuera carente de idoneidad, calidad o con desapego de los protocolos de asepsia y aislamiento que se requería.

El daño tampoco es imputable a la Caja de Compensación Familiar de Caldas – Clínica San Marcel y a la Clínica Versailles, toda vez que dichas instituciones, no contaban con habilitación de servicios de unidad de cuidados intensivos o unidad de quemados por tanto no puede afirmarse que incurrieron en una negativa injustificada en la prestación de los servicios de salud.

Por lo tanto, al no prosperar los argumentos de la apelación, se confirmará el fallo de primera instancia.

4. Costas en segunda instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditadas, además que no prosperó el recurso de apelación de la parte demandante. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020, por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Luz Elí Cifuentes Murillo y otros contra PAR Caprecom Liquidado y otros.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

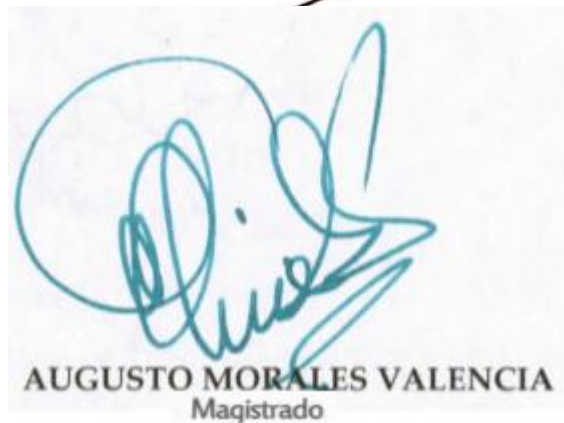
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 032

Asunto:	Resuelve reposición y concede apelación contra auto de pruebas
Medio de control:	Reparación de perjuicios causados a un grupo
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00303-00
Demandante:	Miguel Ángel Bedoya Marín y otros
Demandada:	Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corpocaldas y Central Hidroeléctrica El Edén
Vinculada:	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Procede este Despacho del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la procedencia de los recursos de reposición y de apelación interpuestos por la Central Hidroeléctrica El Edén contra el auto del 13 de enero de 2022 aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año, que decretó pruebas en el presente asunto.

RECURSOS DE REPOSICIÓN Y DE APELACIÓN

En memorial visible en el documento nº 66 del expediente digital, la Central Hidroeléctrica El Edén interpuso, en primer lugar, recurso de reposición contra los numerales 1.1.1., 1.2.1., 1.2.3 y 1.2.4, y en segundo lugar, el de reposición y subsidiariamente el recurso de apelación contra los numerales 2.3.1.4. a 2.3.1.13, 2.3.4. y 2.3.5. del auto del 13 de enero de 2022 aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año a través del cual el Despacho se pronunció sobre las pruebas pedidas por las partes.

Posteriormente, el 8 de febrero de 2022, el apoderado de la Hidroeléctrica El Edén radicó ante este Tribunal memorial en el que manifestó su intención de *“adicionar el recurso en el primer punto y en consecuencia interpongo Recurso de Reposición también contra los numerales 1.1.2, 1.1.4, 1.1.5 y 1.1.6 del auto A.I. 001 del 13 de enero de 2022.”*.

En seguida se reseñan por separado los argumentos de uno y otro recurso.

Sobre los argumentos del recurso de reposición

El apoderado de la Central Hidroeléctrica El Edén expuso que el primer numeral recurrido es el 1.1.1. en el cual se están decretando como pruebas los documentos obrantes a folios 1269 1288 (hoja de vida de Lobo Guerrero), los cuales fueron aportados después de la primera reforma de la demanda, la cual ocurrió el 2 de mayo del 2017, cuando fueron adicionadas unas pruebas por parte de la demandante, lo que equivale a una reforma de demanda y solo puede realizarse por una sola vez, de conformidad con el artículo 93 del Código General del Proceso.

Indicó que al haberse aportado los documentos señalados, se está haciendo una reforma de la demanda por segunda vez, lo cual está prohibido expresamente por el artículo mencionado, lo que tiene como consecuencia que no se puedan apreciar dichas pruebas en armonía con el artículo 173 del CGP.

Refirió que el segundo numeral recurrido es el 1.2.1. ESTUDIO HIDROGEOLÓGICO DEL TUNEL DE LA HIDROELECTRICA EL EDEN, elaborado por ALBERTO LOBO GUERRERO USCÁTEGUI, GEOLÓGO, dado que el documento no cumple con los requisitos exigidos en los numerales 3, 4, 8 y 10 del artículo 326 del Código General del Proceso, pues una vez examinados los documentos entregados con la notificación de la demanda no aparece hoja de vida alguna de quien elaboró el dictamen lo que impide determinar si esta persona es un profesional que tenga la formación profesional y conocimientos sobre la materia.

Señaló que el tercer numeral recurrido es el 1.2.3 relacionado con DICTAMEN SOBRE LA DESVALORIZACION COMERCIAL DE LOS PREDIOS, elaborado por el Auxiliar de la Justicia JOSE NORBEY QUINTERO CORREDOR, teniendo en cuenta que no tiene registro abierto de avaluadores, por lo que puede estar incurso en un ejercicio ilegal de la actividad de avaluador, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 4, 5, 6 y 9 de la Ley 1673 de 2013.

Afirmó que el cuarto numeral recurrido es el 1.2.4. DICTAMEN SOBRE LAS AFECTACIONES E IMPACTOS GENERADOS, A PARTIR DE LA CONSTRUCCIÓN DEL TUNEL EL EDÉN EN EL CORREGIMIENTO BOLIVIA MUNICIPIO DE PENSILVANIA CALDAS, elaborado por la sociedad BIOOS S A. S. representada por el Ingeniero Agrónomo JAMES ARIAS GÓMEZ, dado que este documento no cumple los requisitos exigidos en los numerales 3, 6, 7, 8 y 9 del artículo 326 del Código General del Proceso,

tal como lo cita, por lo cual no es posible determinar si esta persona es un profesional que tenga la formación profesional y conocimientos sobre la materia, si ya ha obrado como perito en otros procesos para el apoderado o para la parte demandante, no podemos conocer si está inmerso en alguna causal de recusación o para que se declare impedido para rendir el dictamen, no se conoce si la metodología utilizada es la misma de dictámenes anteriores o si es la que utiliza en ejecución de su profesión u oficio.

Agregó que la prueba decretada en el numeral el 1.2.4. tiene las mismas falencias del numeral 1.2.3 en lo que tiene que ver con la Ley 1673 de 2013 y el Decreto 1074 de 2015, ya que no posee registro abierto de evaluadores.

Finalmente, en el escrito que denominó adición del recurso de reposición, adujo que respecto de la prueba documental decretada en los numerales 1.1.2, 1.1.4, 1.1.5 y 1.1.6 del auto A.I. 001 del 13 de enero de 2022 no se cumplió lo previsto en el inciso segundo del artículo 173 del CGP, dado que no aparece en el expediente acreditado sumariamente que esa información haya sido solicitada por la parte demandante de forma directa o a través de derecho de petición.

Sobre el fundamento de la reposición y apelación

Relató que al negarse la prueba documental señalada en los numerales 2.3.1.4. a 2.3.1.13. el Despacho se equivocó al señalar que lo que se pretende probar es inocuo y para ello expresa que el Despacho no tuvo en cuenta la descripción contenida en el objeto de la prueba ni los argumentos de la contestación de la demanda referidos a las características del daño para que sea resarcible.

Consideró que tampoco tiene razón el tribunal al indicar como otro de los argumentos, que no se identifican los demandantes o los predios, puesto que se señaló a todos los accionantes y por supuesto a los predios que hacen parte del litigio, y todos ellos están plenamente determinados en la demanda y en su reforma, por lo que solo bastaría con enviar el listado de los accionantes para que las entidades conozcan de quien se trata.

En relación con la negativa de los interrogatorios de parte, adujo que lo pretendido es un pronunciamiento individual de los accionantes frente a los diversos aspectos de la demanda y las contestaciones, por lo que la prueba es conducente, pertinente y útil.

Expresó que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76, 77 y 78 de la Ley 472 de 1998 que consagran la declaración de parte como medio de prueba

dentro del capítulo común a las acciones populares y de grupo, se debió acceder a la petición de prueba en la forma indicada en la contestación de la demanda.

Finalmente, respecto del numeral 2.3.5. que negó la ratificación de testimonios extraprocesales rendidos por terceros, acotó que se observa el exceso de rigurosidad de un formalismo que no está en ninguna parte de las leyes procesales que rigen las acciones de grupo; puesto que solicitarse la prueba dirigida contra todos los testimonios extraprocesales aportados por el accionante, está claro que es muy fácil su identificación y sólo basta revisar la demanda en la que se aportaron dos declaraciones extrajuicio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de reposición interpuesto

De conformidad con el artículo 318 del CGP, aplicable por remisión del artículo 68 de la Ley 472 de 1998, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el Magistrado sustanciador no susceptibles de súplica, para que se reformen o revoquen.

Por lo anterior, es procedente la reposición interpuesta por la Central Hidroeléctrica el Edén contra el auto del 13 de enero de 2022 aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año.

Adicionalmente, el recurso fue presentado en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 318 del CGP.

Resolución del recurso de reposición y de la adición a dicho memorial

Con el propósito de analizar por vía de reposición el auto de pruebas proferido en el presente trámite, el Despacho se referirá a cada uno de los numerales objeto de recurso y a los argumentos de la Hidroeléctrica el Edén expuestos en el memorial objeto del presente pronunciamiento.

1.- En el numeral 1.1.1. del auto de pruebas se dispuso:

1.1.1. Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los documentos aportados con el escrito de demanda visibles de folios 3 a 444 del cuaderno 1, 606 a 648 del cuaderno 1A, 662 a 1140 del cuaderno 1B, 1141 a 1261 del cuaderno 1C, 1263, 1269 a 1288 del cuaderno 1C, 1347 a 1373 del cuaderno 1C, y 2670 a 2691 del cuaderno 1G del expediente.

Al respecto, considera este Despacho que no le asiste razón a la entidad recurrente al manifestar que los documentos mencionados fueron aportados después de la primera reforma de la demanda la cual ocurrió el 2 de mayo del 2017 cuando fueron adicionadas unas pruebas por parte de la parte demandante, lo que equivale a una reforma de demanda y solo puede realizarse por una sola vez, de conformidad con el artículo 93 del Código General del Proceso.

Sobre este tema el Despacho se pronunció en la providencia del 28 de octubre de 2021 que rechazó de plano una solicitud de nulidad y resumió las actuaciones previas a la contestación de la demanda de la Hidroeléctrica accionada, sin que se advierta por parte de este funcionario la entrega de pruebas por parte de los accionantes por fuera de las oportunidades probatorias establecidas en el artículo 173 del CGP.

De acuerdo con lo anterior, en relación con la solicitud de la Hidroeléctrica el Edén en el recurso interpuesto, no se accederá a la misma y se confirmará lo dispuesto en el numeral 1.1.1. del auto de pruebas.

2.- El numeral 1.2.1. del auto de pruebas refirió:

*Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los **dictámenes periciales** aportados con el escrito de demanda, así:*

1.2.1. ESTUDIO HIDROGEOLÓGICO DEL TUNEL DE LA HIDROELECTRICA EL EDEN, elaborado por ALBERTO LOBO GUERRERO USCÁTEGUI, GEOLÓGO, M SC.

El fundamento del recurso consiste en que el documento no cumple los requisitos exigidos en los numerales 3, 4, 8 y 10 del artículo 326 del Código General del Proceso, tal como lo cita el recurrente, pues una vez examinados los documentos entregados con la notificación de la demanda no aparece hoja de vida alguna de quien elaboró el dictamen, lo que impide determinar si esta persona es un profesional que tenga la formación profesional y conocimientos sobre la materia.

Para resolver, el Despacho debe señalar que la hoja de vida del Geólogo ALBERTO LOBO GUERRERO USCÁTEGUI fue aportada a través de memorial radicado por la parte actora antes de la admisión de la demanda (fl.1268 C.1C) y obra en documento que se puede observar de folios 1269 a 1288 del cuaderno 1C; razón por la cual no hay lugar a modificar el decreto de pruebas en los términos indicados en el recurso de la hidroeléctrica El

Edén.

3.- Sobre el numeral 1.2.3 del auto a través del cual se decretaron pruebas en este asunto, debe recordar el Despacho su contenido:

*Hasta donde la ley lo permita, TÉNGANSE como pruebas los **dictámenes periciales** aportados con el escrito de demanda, así:*

1.2.3. DICTAMEN SOBRE LA DESVALORIZACION COMERCIAL DE LOS PREDIOS elaborado por el Auxiliar de la Justicia JOSE NORBEY QUINTERO CORREDOR.

Señaló la hidroeléctrica recurrente que dicho documento no tiene registro abierto de evaluadores, por lo que puede estar incurso en un ejercicio ilegal de la actividad de evaluador, de conformidad con lo establecido en los artículos 2, 4, 5, 6 y 9 de la Ley 1673 de 2013.

Al respecto manifiesta este Despacho que el artículo 226 del Código General del Proceso en relación con la procedencia de la prueba pericial previó:

ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA. *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.*

(...)

El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones:

(...)

3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.

(...)

8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones

efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.

(...)

10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Al comparar la anterior disposición con los documentos aportados por la parte actora en los folios 1202 a 1261 del Cuaderno 1C, en criterio de este Despacho se cumplen los requisitos exigidos en la norma y en tal sentido no hay lugar a reponer la decisión contenida en el auto de pruebas en el sentido de tener como prueba pericial, hasta donde la ley lo permita, el dictamen sobre la desvalorización comercial de los predios elaborado por el Auxiliar de la Justicia José Norbey Quintero Corredor.

Por último, la presunta incursión del perito en conductas contrarias a lo establecido en la Ley 1673 de 2013, *“Por la cual se reglamenta la actividad del evaluador y se dictan otras disposiciones”*, en criterio del Despacho, escapa a la competencia del Juez de la acción de grupo y en tal sentido tampoco sirven de fundamento para lograr la modificación de la prueba decretada.

4.- El numeral 1.2.4. del auto recurrido dispuso tener como prueba pericial:

1.2.4. DICTAMEN SOBRE LAS AFECTACIONES E IMPACTOS GENERADOS, A PARTIR DE LA CONSTRUCCIÓN DEL TUNEL EL EDÉN EN EL CORREGIMIENTO BOLIVIA MUNICIPIO DE PENSILVANIA CALDAS elaborado por la sociedad BIOOS S A. S. representada por el Ingeniero Agrónomo JAMES ARIAS GÓMEZ.

En criterio del recurrente, dicho documento no cumple los requisitos de los numerales 3, 6, 7, 8 y 9 del artículo 326 del Código General del Proceso.

Al respecto, debe indicar este Despacho que la norma aplicable a este tema no es el artículo 326 sino el 226 del estatuto procesal, disposición que se cumple en el presente asunto teniendo en cuenta el contenido de los documentos obrantes de folios 843 a 1140 C1B y folios 1141 a 1200 del cuaderno 1C, relativos a la profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen, los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

En el mismo sentido, se advierten las manifestaciones relacionadas con haber sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte; expresión sobre si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias o respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio.

Por último, se refiere el Despacho a la adición del recurso de reposición, memorial en el que se expresó que la prueba documental decretada en los numerales 1.1.2, 1.1.4, 1.1.5 y 1.1.6 del auto A.I. 001 del 13 de enero de 2022 no cumplió lo previsto en el inciso segundo del artículo 173 del CGP¹ dado que no aparece en el expediente acreditado sumariamente que esa información haya sido solicitada por la parte demandante de forma directa o a través de derecho de petición.

Al respecto, en criterio de este Despacho dicho argumento no es suficiente para modificar la providencia objeto de recurso teniendo en cuenta, al amparo de una interpretación sistemática, que el artículo 169 del CGP prevé que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes como en el presente asunto.

Adicionalmente, debe precisarse que de conformidad el artículo 168 ibidem, el juez debe rechazar *“las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*, hipótesis en las que no se enmarca la prueba documental decretada a solicitud de la parte actora según análisis realizado por este Despacho al momento del decreto de pruebas.

Se destaca que el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

En este sentido, no hay lugar a modificar el decreto de pruebas por vía de reposición.

Solución del recurso de reposición para efectos de la concesión de la apelación²

¹ El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

² Sobre los numerales 2.3.1.4. a 2.3.1.13, 2.3.4. y 2.3.5. del auto del 13 de enero de 2022

1.- A la misma conclusión descrita en los numerales anteriores, se arriba después de analizar los argumentos del recurso de reposición, y en subsidio apelación, respecto de la negativa de la prueba documental señalada en los numerales 2.3.1.5., 2.3.1.6, 2.3.1.7., 2.3.1.11, 2.3.1.12 y 2.3.1.13. toda vez que la petición se torna impertinente al margen de lo expuesto en el objeto de prueba en el texto de la contestación de la demanda.

En efecto, lo que se demanda en este caso es la reparación de los perjuicios morales y materiales presuntamente generados a los habitantes del corregimiento de Bolivia, Municipio de Pensilvania, Caldas, a causa de la grave afectación del recurso hídrico para consumo humano y para el desarrollo de actividades agropecuarias ocasionada con la construcción del túnel de conducción de la Hidroeléctrica El Edén, razón por la cual no se advierte la pertinencia requerida entre el objeto de la litis y la prueba documental solicitada por la entidad demandada y relacionada con:

2.3.1.5. Oficiar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Dian para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Si los accionantes tienen RUT, para que actividades y desde que año y a que régimen pertenecen.

-Si los accionantes son declarantes de renta, desde que año y por cual actividad.

-Si los accionantes son declarantes por qué valores y por cual actividad declararon.

2.3.1.6. Oficiar a la Dirección de Regulación de la operación del Aseguramiento en Salud, Riesgos Laborales y Pensiones del Ministerio de Salud y Protección para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación los accionantes.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

2.3.1.7. Oficiar a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL -UGPP para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Los valores pagados por seguridad social integral como cotizantes empleados o cotizantes independientes, desde el año 2013.

-Para el caso de cotizantes empleados, se señale las empresas empleadoras.

-Quiénes aparecen como empleadores y de qué actividad, desde el año 2013.

2.3.1.11. *Oficiar al Ministerio de Salud y Protección para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:*

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

-Los valores pagados por seguridad social integral como cotizantes empleados o cotizantes independientes, desde el año 2013.

-Para el caso de cotizantes empleados, se señale las empresas empleadoras.

-Quiénes aparecen como empleadores y de qué actividad, desde el año 2013.

2.3.1.12. *Oficiar a FIDUPREVISORA S.A para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:*

-Certifique para cada uno de los accionantes de este proceso que no aparecen en el BDUA.

-Fechas de afiliación al sistema de salud, régimen al que pertenece, grupo familiar que lo compone y ciudad donde reporta su última afiliación.

-Si es beneficiario, indicar de quién es beneficiario.

-Cambios que haya tenido desde el 2010 en la información anterior.

2.3.1.13. *Oficiar a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información:*

-Certificación de las fechas de entrada y salida del país del señor LUIS ALFONSO HOYOS ARISTIZABAL, con cedula de ciudadanía No. 9.855.249, durante los años 2010 al 2017.

-Si el Señor Hoyos tiene restricciones legales para salir del país y en qué consisten.

No obstante lo anterior, una nueva lectura de la solicitud de prueba a la que se hizo referencia en los numerales 2.3.1.4, 2.3.1.8, 2.3.1.9 y 2.3.1.10 del auto recurrido, permite concluir al Despacho que lo pedido al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, a la Cooperativa de Caficultores de Manizales, a la Cooperativa de Caficultores del Oriente de Caldas y al Instituto Colombiano Agropecuario –ICA sí se relaciona con el objeto del litigio y en tal dirección se torna pertinente decretar por vía de reposición las pruebas identificadas en dichos numerales.

Como en la petición de prueba documental no se identificaron los demandantes o los predios respectos de los cuales se reclama la información, lo que en principio impide establecer de manera precisa el alcance de la prueba, este Despacho requerirá a la Hidroeléctrica El Edén como solicitante de la prueba para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue con destino a este proceso el listado de demandantes con especificación de los predios respecto de los cuales se solicitará la información.

Una vez aportada esta información por parte de la Hidroeléctrica El Edén, por la Secretaría de esta Corporación se oficiará al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, a la Cooperativa de Caficultores de Manizales, a la Cooperativa de Caficultores del Oriente de Caldas y al Instituto Colombiano Agropecuario–ICA en los términos indicados en los numerales 2.3.1.4, 2.3.1.8, 2.3.1.9 y 2.3.1.10. del auto de pruebas.

2.- Sobre la solicitud de decreto de prueba del interrogatorio de parte de los accionantes tampoco encuentra este Despacho una razón que justifique modificar la negativa de la petición de prueba. Ello al margen que lo pretendido sea un pronunciamiento individual de los accionantes frente a los diversos aspectos de la demanda y las contestaciones, lo que en criterio de este Magistrado permite concluir con apoyo en lo establecido por el H. Consejo de Estado³, a lo cual se hizo referencia en la providencia recurrida,

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. veinticinco (25) de octubre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00502- 02(AG). Referencia: ACCION DE GRUPO - APELACION AUTO QUE NEGÓ PRUEBAS-.

que dicha petición de prueba es impertinente, inconducente e inútil para demostrar los hechos expuestos en la contestación de la demanda.

3.- Finalmente, respecto del numeral 2.3.5. del auto de pruebas que negó la ratificación de testimonios extraprocesales rendidos por terceros, advierte el Despacho que en la contestación de la demanda no se precisan las declaraciones cuya ratificación se pretende y no se identifican las personas que en caso de decretarse la prueba deben asistir a la ratificación, omisión que se pretende subsanar con lo manifestado en el recurso de reposición al afirmar que únicamente se trata de dos declaraciones extraprocesales identificadas como las n°132 y 133 del 25 de junio de 2016, referidas a lo expuesto por los señores Bibiana Grajales Ceballos, Mauricio Hernández González, German Augusto Hernández González y Gloria Esmeralda Hernández González.

Quiere indicar lo anterior que la precisión relativa a los declarantes que se echó de menos en el auto de pruebas, y que dio lugar a la negativa de la prueba correspondiente, se realizó en el recurso que se decide y no en la contestación de la demanda al momento de hacer la solicitud de prueba.

No se cumple entonces lo dispuesto en los artículos 222 y 212 del Código General del Proceso, normas que se refieren de un parte, a la ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso, y de otra, a la petición de la prueba testimonial, ya que como se indicó en la providencia objeto del presente pronunciamiento, la entidad demandada solicitó que *“todos los testimonios extraprocesales rendidos por terceros y aportados por la parte accionante sean ratificados por los mismos”*, sin precisar las declaraciones cuya ratificación se pretende ni identificar las personas que en caso de decretarse la prueba deben asistir a la ratificación.

Sobre el recurso de apelación

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 68 de la Ley 472 de 1998 y 321 numeral 3 y 322 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, es pertinente conceder en el efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto por la Central Hidroeléctrica El Edén (archivo 66, cuaderno 1 exp. digital), contra los numerales 2.3.1.5., 2.3.1.6, 2.3.1.7, 2.3.1.11, 2.3.1.12, 2.3.1.13, 2.3.4 y 2.3.5 del auto proferido por este Despacho el 13 de enero de 2022, aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año, a través de los cuales se decretó pruebas en este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. NIÉGASE la reposición de los numerales 1.1.1., 1.1.2., 1.1.4., 1.1.5., 1.1.6., 1.2.1., 1.2.3, 1.2.4, 2.3.1.5., 2.3.1.6, 2.3.1.7, 2.3.1.11, 2.3.1.12, 2.3.1.13, 2.3.4 y 2.3.5 del auto proferido por este Despacho el 13 de enero de 2022, aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año, a través de los cuales se decretó pruebas en este asunto.

Segundo. ACCÉDESE por vía de reposición al decreto de las pruebas contenidas en los numerales 2.3.1.4., 2.3.1.8., 2.3.1.9. y 2.3.1.10. del auto de pruebas objeto del presente pronunciamiento.

REQUIÉRESE a la Hidroeléctrica El Edén como solicitante de la prueba para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación por estado de la presente providencia, allegue con destino a este proceso el listado de demandantes con especificación de los predios respecto de los cuales se solicitará la información.

Una vez aportada esta información por parte de la Hidroeléctrica El Edén, por la Secretaría de esta Corporación se oficiará al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, a la Cooperativa de Caficultores de Manizales, a la Cooperativa de Caficultores del Oriente de Caldas y al Instituto Colombiano Agropecuario –ICA en los términos indicados en los numerales 2.3.1.4, 2.3.1.8, 2.3.1.9 y 2.3.1.10. del auto de pruebas, así:

2.3.1.4 Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Comité Departamental de Cafeteros de Caldas para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir información de los accionantes de los últimos 10 años relacionada con el Sistema de Información Cafetera -SICA para cada uno de los predios y caficultores demandantes.

2.3.1.8. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Cooperativa de Caficultores de Manizales para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

- Se remita la información de los últimos 10 años de las compras de café realizada para cada uno de los predios y caficultores cuyo listado se debe anexar.

2.3.1.9. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE a la Cooperativa de Caficultores del Oriente de Caldas para que en un plazo que no podrá exceder

diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Se remita la información de los últimos 10 años de las compras de café realizada para cada uno de los predios y caficultores de los accionantes cuyo listado se debe anexar.

2.3.1.10. Por la Secretaría del Tribunal OFÍCIESE al Instituto Colombiano Agropecuario -ICA para que en un plazo que no podrá exceder diez (10) días hábiles, se sirva remitir la siguiente información sobre los accionantes:

-Si los accionantes se encuentran inscritos ante esa entidad.

-Verificar inventarios actualizados de los bovinos con la última vacunación contra fiebre aftosa y de los porcinos con el soporte de compra de chapetas de control de la peste porcina clásica 'IPPC'

-Certificación de las guías de movilización solicitadas desde el año 2010.

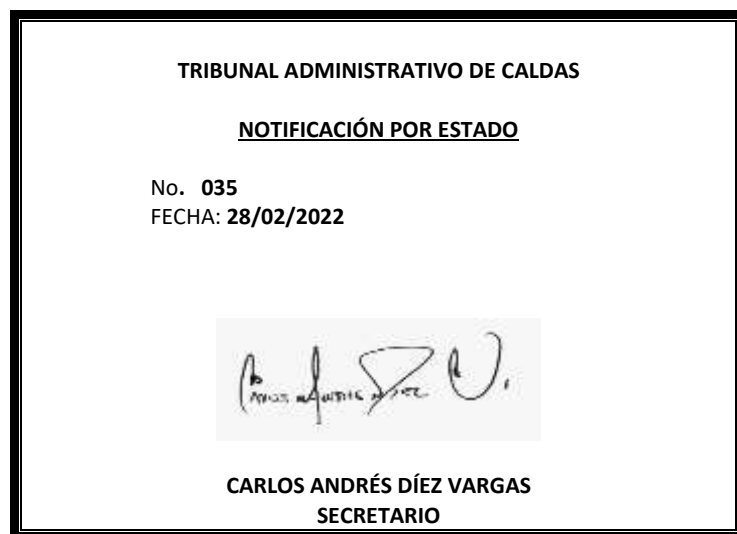
Tercero. CONCÉDESE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Central Hidroeléctrica El Edén contra los numerales 2.3.1.5., 2.3.1.6, 2.3.1.7, 2.3.1.11, 2.3.1.12, 2.3.1.13, 2.3.4 y 2.3.5 del auto proferido por este Despacho el 13 de enero de 2022, aclarado en providencia del 2 de febrero del mismo año, a través de los cuales se decretó pruebas en este asunto.

Cuarto. En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, de acuerdo con el artículo 324 del CGP, para efectos de la apelación del auto de pruebas (parcial), **REMÍTANSE** en medio digital al H. Consejo de Estado los siguientes documentos:

- La demanda integrada
- La contestación de la Hidroeléctrica El Edén
- El Auto de pruebas del 13 de enero de 2022 con la providencia que decidió respecto de su aclaración.
- La presente providencia.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación:

8392c5fe332de76d5f01c3eeee18deb7a26e8be42db239a95ef5ca4a3c9effaf

Documento generado en 25/02/2022 01:59:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación	17001-23-33-000-2017-00384-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	María Amparo Bedoya Peláez en calidad de curadora de la señora Luz Aldy Bedoya Peláez
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 26

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, procede a dictar sentencia de **primera instancia**, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora María Amparo Bedoya Peláez en calidad de curadora de la señora Luz Aldy Bedoya Peláez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

*“Declarar la **NULIDAD parcial** de la resolución Nro. 5117 del 15 de julio de 2015 expedida por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, en cuanto reconocieron mi mandante interdicto la sustitución pensional desde el 25 de febrero de 2011, dejando de lado la aplicación del artículo 2530 del código civil que determina que la prescripción se suspende frente a los incapaces.*

*Declarar la **NULIDAD parcial** de la resolución Nro. 6886 de 25 de septiembre de 2015 expedida por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, en cuanto confirmó en todas sus partes la resolución Nro. 5117 de 2015, dejando de lado la aplicación del artículo 2530 del código civil que determina que la prescripción se suspende frente a los incapaces y además se*

manifestó sobre la imposibilidad de reconocer el retroactivo solicitado desde el 4 de noviembre de 1980.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR, entidad competente actualmente conforme a lo ordenado por el gobierno nacional, a reconocer a LUZ ALDY BEDOYA PELÁEZ el 50% de la sustitución pensional por la muerte de su padre, de las mesadas causadas desde el 4 de noviembre de 1980 hasta el 23 de noviembre de 1999, porcentaje que corresponde a mi mandante relativo a la masa sucesora, de los bienes del extinto agente retirado, por cuanto la prescripción se suspende en favor de los incapaces.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR, entidad competente actualmente conforme a lo ordenado por el gobierno nacional, a reconocer a LUZ ALDY BEDOYA PELÁEZ el 100% de la sustitución pensional por la muerte de su padre, desde el 23 de noviembre de 1999, fecha de fallecimiento de su padre, hasta el 25 de febrero de 2011, fecha desde la cual le fue reconocido su derecho, por cuanto la prescripción se suspende a favor de los incapaces.

CONDENAR a la demandada a cancelar la indexación de los valores reconocidos, conforme al índice de precios al consumidor.

Condenar a la demandada a cancelar al demandante las costas procesales.

ORDENAR que se cumpla la sentencia en los términos de los art. 190 a 195 del C.P.A.C.A.”

2. Hechos.

El señor José Miguel Bedoya Castaño nació el 8 de julio de 1925 y falleció el 23 de noviembre de 1999. Contrajo matrimonio con la señora Rosa Amelia Peláez Benjumea y de dicha unión nacieron dos hijas: María Amparo y Luz Aldy.

Luz Aldy Bedoya Peláez nació el 9 de octubre de 1957; presenta discapacidad mental y fue calificada por el Departamento de Medicina Laboral de la Policía Nacional con una pérdida de capacidad laboral del 71.45% y fecha de estructuración el 9 de octubre de 1961, es decir, desde los cuatro años de edad conforme se encuentra consignado en el dictamen Nro. 020 del 18 de diciembre de 2014.

La señora Luz Aldy tiene como guardadora a su hermana María Amparo Bedoya Peláez, designada como tal por el Juzgado Sexto de Familia de la ciudad de Manizales por medio de la sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el número 2014-00487-00, dada el 26 de febrero de 2015.

El señor José Miguel Bedoya Castaño prestó sus servicios al Ministerio de Defensa por espacio de más de 15 años, desde el 1 de diciembre de 1945 hasta el 1 de septiembre de 1962, según certificados CLEBP Nro. 1 anexos.

El señor Bedoya Peláez realizó una tarea infructuosa para lograr la asignación de retiro ante la Policía Nacional desde la fecha de su retiro el 1 de septiembre de 1962. Indica que Casur tiene en el expediente administrativo del referido señor, reportes desde el mes de enero del año 1976 de solicitudes del tiempo de servicios, sin respuesta. Así mismo, se observa poder conferido a apoderado judicial el 28 de mayo de 1980 para solicitar sus derechos a la Policía Nacional. El referido ciudadano falleció sin alcanzar a recibir su asignación de retiro.

La señora Rosa Amelia Peláez de Bedoya, en calidad de cónyuge supérstite, reclamó a Casur el derecho a la asignación de retiro de su esposo y también su derecho a la sustitución pensional según certificados del 14 de diciembre de 1999 y del 1 de octubre de 2008 que reposan en el expediente administrativo, sin decisión favorable por parte de la entidad demandada.

Finalmente, por vía de tutela revisada por el Consejo de Estado y mediante la Resolución Nro. 3403 del 22 de mayo de 2014, le fue reconocido su derecho a la sustitución pensional por la muerte de su esposo, desde el 23 de noviembre de 1999 pero con efectos fiscales a partir del 25 de febrero de 2011 en aplicación de la prescripción trienal.

La señora Rosa Amelia falleció el 3 de diciembre de 2013 y por lo tanto no alcanzó a disfrutar su derecho por cuanto el mismo fue reconocido por medio de la Resolución Nro. 3403 de 2014. Como consecuencia de ello, la señora María Amparo Bedoya Peláez, en calidad de curadora, solicitó en favor de su hermana discapacitada la sustitución pensional.

Por medio de la Resolución Nro. 5117 del 15 de julio de 2015, Casur reconoció a la señora Luz Aldy la sustitución pensional en un 100% desde el 23 de noviembre de 1999, pero efectiva a partir del 1 de agosto de 2014, fecha en la cual su madre fue excluida de nómina.

A la señora Luz Aldy le fue consignado un retroactivo por concepto de las mesadas causadas desde el 1 de agosto de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015, fecha en que ingresó a nómina.

La curadora presentó recurso de reposición contra la Resolución Nro. 5117 de 2015, solicitando el retroactivo de la pensión desde el 23 de noviembre de 1999 alegando en favor de su hermana incapaz, la suspensión del término de prescripción. Así mismo, reclamó el reconocimiento del retroactivo generado desde el 4 de noviembre de 1980,

fecha en que la entidad emitió la hoja de servicios, por cuanto ese capital hace parte de masa sucesoral.

Por medio de la Resolución Nro. 6886 del 25 de septiembre de 2015, se confirmó en todas sus partes la Resolución Nro. 5117 de 2015.

Por medio de Oficio 20808 del 21 de septiembre de 2016, Casur informó que a la señora Luz Aldy Bedoya Peláez, en el mes de mayo de 2016, le fue cancelado el retroactivo adeudado desde el 25 de febrero de 2011 hasta el 1 de agosto de 2014 y por lo tanto no adeuda valor alguno por concepto de retroactivo en favor de la parte beneficiaria de la prestación.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Constitución Política: Artículos 13 y 47.

Ley 57 de 1988.

Ley 74 de 1945: artículo 2.

Código Civil: artículo 2530.

Itera que la señora Luz Aldy Bedoya Peláez, representada por su hermana María Amparo Bedoya Peláez, solicitó a la demandada el reconocimiento del 50% de la asignación de retiro que hubiese podido devengar su padre desde el día 4 de noviembre de 1980 hasta el 23 de noviembre de 1999 y la indexación correspondiente, pues al haber fallecido su padre y su madre, y siendo la única heredera junto con su hermana María Amparo, le corresponde ese porcentaje en la masa sucesoral, libre de términos prescriptivos por cuanto se trata de una persona con discapacidad mental en favor de quien se suspenden por así disponerlo el artículo 2530 del Código Civil.

4. Contestación de la demandada.

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante. Se remite a los actos administrativos por ella expedidos a fin de defender su legalidad e insiste en que no le adeuda suma alguna a la demandante por concepto de retroactivo pensional. Aduce que ha actuado de conformidad con la ley de buena fe, motivo por el cual no se le debe condenar en costas al momento de proferir sentencia.

Planteó las excepciones de “Inexistencia del derecho” en tanto canceló todos los valores adeudados a la demandante como se desprende de los antecedentes administrativos. Por lo anterior, solicita que se nieguen las súplicas de la parte actora. (fls. 74 – 82, C. 1)

5. Audiencia inicial.

Se prescindió de la audiencia inicial en aplicación del artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020. (fl. 100, C. 1)

7. Alegatos de conclusión.

7.1 Parte Demandante

Guardó silencio.

7.2 Parte demandada.

Reitera la posición plantada al contestar la demanda.

8. Ministerio Público

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó el reconocimiento y pago en favor de la señora Luz Aldy Bedoya Peláez, del retroactivo de la asignación de retiro causada desde el 4 de noviembre de 1980 hasta el 23 de noviembre de 1999, fecha de fallecimiento del señor José Miguel Bedoya Castaño. Y el reconocimiento y pago de la sustitución pensional desde el 29 de noviembre de 1999 hasta el 25 de febrero de 2011 -fecha desde la cual fue reconocido su derecho-; todo lo anterior, sin aplicar la prescripción trienal por tratarse de persona con incapacidad mental.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿La prescripción trienal de los derechos laborales se suspende cuando el titular es una persona incapaz; ¿ello, en aplicación del artículo 2530 del Código Civil?
- 1.2. ¿La sustitución pensional, tal y como fue reconocida a la demandante en los actos enjuiciados, desconoce los parámetros legales que orientan la materia?
- 1.3. ¿Es procedente la solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo por concepto de las mesadas pensionales no recibidas en vida por el señor José Miguel Bedoya Peláez, esto es, las causadas entre el 1 de septiembre de 1962 y el 23 de noviembre de 1999?

2. Marco normativo y jurisprudencia aplicable en relación con la pensión de sobrevivientes.

La pensión de sobrevivientes, ha sido instituida por el legislador a fin de brindar protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, pues con esta se pretende evitar *“que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección¹”* y, por tanto, busca que *“las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido².”*

Respecto de la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-111 de febrero 22 de 2006, indicó que en desarrollo de los principios de justicia retributiva y de equidad, *“la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”*.

Ahora bien, el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990³ establece como beneficiarios de la asignación de retiro por muerte del titular, según el siguiente orden:

ARTICULO 132.Orden de beneficiarios. *Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

¹ sentencia T-701 de 22 de agosto de 2006

² sentencia C-1094 de noviembre 19 de 2003

³ Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional.

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos.

A su turno, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece en el literal c. como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: *“Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”.*

Aunque es norma posterior al hecho generador de la pensión de sobrevivientes en este caso, el Decreto 4433 de 2004⁴ también reconoce el derecho a la sustitución de la asignación de retiro en favor de los hijos inválidos si dependían económicamente del causante. (artículo 11 en concordancia con el artículo 40 ibídem)

3. Aplicación del término de prescripción a la asignación de retiro.

En lo que tiene que ver con la consagración legal de la prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos, se observa que el Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968⁵, en su artículo 41, determinó lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Conforme a la normativa citada, se estableció el plazo de tres años para que prescriban las acciones que emanan de los derechos que el decreto consagró, dicho término se cuenta a partir de la fecha en que la obligación respectiva se hace exigible. Además, la misma disposición señala que la simple reclamación que se presente por escrito por parte del trabajador o empleado a la autoridad que tenga la competencia para reconocer el derecho o la prestación interrumpe la prescripción, pero por un lapso igual, esto es, por 3 años.

⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁵ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales

Ahora bien, precisa la Sala que el artículo mencionado fue reglamentado a través del Decreto 1848⁶ de 1969, y en el artículo 102, se dispone lo siguiente:

*“Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, **pero solo por un lapso igual**”.*

La disposición anterior, al igual que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, fijó el término de prescripción de las acciones que emanen de los derechos allí contemplados en tres años, los cuales se cuentan a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hace exigible. La norma reiteró que el simple reclamo escrito del empleado oficial que se presente a la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. Así las cosas, las normas mencionadas en precedencia, señalaron un término para reclamar los derechos ante las autoridades competentes, el cual no puede ser superior a tres años, que se cuentan a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y se interrumpe con la reclamación presentada ante la autoridad con competencia para reconocer el derecho.

Igualmente, el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, también regula el término de la prescripción, así:

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

A su vez, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004⁷, dispone que “Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.”

Como consecuencia de lo anterior, considera esta Sala que los preceptos legales en cita son concordantes en cuanto al término que tiene el empleado o trabajador para

⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968

⁷ -vigente para la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro en el sub iudice-

acudir a la autoridad competente para reclamar un derecho, lo cual se hace a través de las respectivas acciones contempladas en el ordenamiento legal correspondiente.

La Corte Constitucional en sentencia C-072 de 1994, al estudiar la legalidad de la norma que determina la prescripción de la acción laboral, señaló que:

“Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que, al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial. (...)”

La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible. No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo (...)”.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, ha definido la prescripción extintiva, como: *“el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial que está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados”*⁹.

⁸ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, Sentencia 10 de mayo de 2018, Radicación número: 76001-23-33-000-2014-00260-01(1032-16) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, demandante: Luis Fernando Atehortúa Calvo

⁹ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, Sentencia de 8 de mayo de 2014, radicado N° 080012331000201202445 01 (2725-2012), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se reiteró los siguientes pronunciamientos de 26 de enero de 2012, Expediente N° 1608 de 2011, demandante Carlos Dussan Pulecio C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y de 23 de septiembre de 2010, expediente N° 1201 de 2008, actores: Marco Fidel Ramírez Yépez y Otros. C.P.: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En efecto, la prescripción hace alusión directa a la pretensión, esto es, al derecho, y constituye el término particular para adquirirlo o extinguirlo.¹⁰ Es decir, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el sólo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las disposiciones que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva¹¹.

4. Suspensión de la prescripción de mesadas pensionales en favor de los incapaces.

Ahora, en lo que tiene que ver con la suspensión de la prescripción, la Sala observa que esta figura no está consagrada en el régimen que gobierna las prestaciones de los servidores públicos. Ese evento está establecido en la legislación que regula las relaciones privadas, expresamente en el artículo 2530 del Código Civil. La referida norma hace parte del Libro Segundo de esa codificación, titulado: “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, que regula en su Título XLI el fenómeno de la prescripción, específicamente en su Capítulo III, denominado de la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales, regla que indica que la prescripción se suspende en favor de los incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría.

La norma establece lo siguiente:

“ARTICULO 2530.- La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo. La prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Se suspende la prescripción entre el heredero beneficiario y la herencia. Igualmente se suspende entre quienes administran patrimonios ajenos como tutores, curadores, albaceas o representantes de personas jurídicas, y los titulares de aquellos. No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De otra parte, el artículo 2541 del mismo Código Civil, establece la suspensión de la prescripción extintiva de la siguiente manera:

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Consuelo Sarrio Olcos. Bogotá D.C., diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicación número: Radicación número: 7934.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12). Actor: Luz Stella Trujillo Cortés. Demandado: Procuraduría General de La Nación

“ARTICULO 2541. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en el número 1o. del artículo 2530.

Inciso modificado por el art. 10, Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: Transcurrido diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas, en el inciso precedente”.

Conforme a las normas transcritas se tiene que el tiempo de prescripción, adquisitiva o extintiva, no se cuenta en contra de quien se encuentren en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista. Además, se observa que transcurrido un término de 10 años no es posible tomar en cuenta la suspensión de la prescripción extintiva.

No obstante lo anterior, sobre el marco normativo que regula el fenómeno de la prescripción y su interrupción para asuntos laborales, es pertinente traer a colación lo que ha señalado el Consejo de Estado¹² sobre la aplicación de la suspensión de la prescripción en mesadas pensionales, del cual se destacan los siguientes apartes:

“De la improcedencia de aplicar al caso concreto el artículo 2530 del Código Civil que establece la suspensión de la prescripción.

El apoderado de la parte actora afirma que teniendo en cuenta la situación de interdicción judicial del señor Rodrigo de Jesús Zapata Vélez, es aplicable en este caso el artículo 2530 del Código Civil que consagra la suspensión de la prescripción ordinaria a favor de los incapaces.

Al respecto, dirá la Sala que la referida disposición, por medio de la cual se establece la suspensión de la prescripción a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, es aplicable en materia civil en donde se encuentra regulada la prescripción ordinaria de los bienes como “modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos”, por la posesión de las mismas o por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo. Tal disposición, obedece al principio general -‘contra non valentem agere non currit praescriptio’- según el cual, no corre la prescripción contra quien se encuentra imposibilitado para obrar en defensa de su derecho, esto, con el fin de proteger a aquellas personas que por su condición física, mental o social, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta que les impide defender sus derechos reales, es claro entonces, que se trata de una regla de garantía del derecho a la propiedad de los sujetos de especial protección, y por lo tanto, no se extiende a los asuntos relacionados con la seguridad social.

En cambio, en el ámbito de la Seguridad Social, la mesada pensional no constituye un derecho real, sino un derecho de carácter alimentario, es decir, no se concibe como el derecho que se tiene sobre una cosa, como se predica del “dominio”, el “usufructo”, la “prenda”, entre otros, sino que constituye una prestación económica de carácter alimentario cuya finalidad

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”.
Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, 11 de noviembre de 2015, número interno 0400-2013

es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. Cabe precisar que en materia de seguridad social, la principal regla jurídica sobre la prescripción de las pensiones señala que toda pensión constituye un derecho imprescriptible, toda vez que por regulación expresa del artículo 48 de la C.P., el derecho a la seguridad social es irrenunciable y esa garantía debe ser otorgada en todo momento por el Estado. (...)

Bajo tal contexto, la Sala] ha indicado que si bien es cierto que la pensión es una prestación imprescriptible y que su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales las cuales no se encuentran amparadas por esta excepción.

En el caso bajo estudio, existe norma expresa que consagra la prescripción de las mesadas pensionales, como lo es el artículo 43 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, disposición vigente para la fecha de expedición del acto de reconocimiento pensional, que establece un término de prescripción de tres (3) años para las mesadas pensionales, situación por la cual no es procedente lo solicitado por el apoderado de la parte actora en cuanto a la suspensión de la prescripción de las mesadas pensionales a partir de noviembre de 1966, y en tal sentido, como se indicó en párrafos anteriores, la retroactividad de las mesadas pensionales por invalidez se ordenará desde el 7 de diciembre de 1997 por efectos de la prescripción trienal tantas veces aludida” (Negrilla y subrayado fuera del Texto Original)

La anterior posición del Consejo de Estado, tuvo en cuenta el análisis previo efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia C-230 de 1998 respecto del derecho a una pensión y del cual se extraen los siguientes apartes:

“Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones. Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, "...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas." Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que

hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada "pensión gracia" de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar. Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho. Este criterio, ha sido igualmente sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (...)"

En providencia reciente el órgano de cierre de esta jurisdicción¹³, nuevamente se precisó respecto de la suspensión de la prescripción a favor de personas incapaces, lo siguiente:

"(...) Ese evento está establecido en la legislación que regula las relaciones privadas, expresamente en el artículo 2530 del Código Civil. La referida norma indica que la prescripción se suspende a favor de los incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría. Conforme a las normas transcritas se tiene que el tiempo de prescripción, adquisitiva o extintiva, no se cuenta en contra de quien se encuentren en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista. (...)"

Si bien es cierto que la pensión es una prestación imprescriptible y que su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales las cuales no se encuentran amparadas por esta excepción. (...)"

65. En efecto, la regla que indica que la prescripción se suspende a favor de los incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría fue establecida para los casos en que se discute por parte de sujetos de especial protección la adquisición de derechos reales, atributo que no comparte la pensión de sobrevivientes, en cuanto ella posee el carácter de prestación social (...)"

78. Así las cosas, revisada la actuación demandada, la Sala considera que no se configura alguna vulneración a los derechos que le asisten a la demandante porque, conforme se estableció, en este caso no es posible tener como suspendida la prescripción y, en gracia de discusión, si se aceptara la tesis expuesta en la demanda, según la cual procede la suspensión establecida a favor de los incapaces de acuerdo a las reglas contenidas en el Código Civil, se tiene que en el artículo 2541 de esa norma determina que no es posible tomar en cuenta la referida suspensión de la prescripción extintiva cuando transcurran diez años, término que como se indicó, se encuentra ampliamente superado en el sub lite. (...)"

De lo expuesto, se tiene que, según la jurisprudencia no solo constitucional, sino del Consejo de Estado, antes transcritas, las normas del Código Civil que regulan la suspensión de la prescripción extintiva, no pueden ser aplicadas en los casos de

¹³ SECCION SEGUNDA--SUBSECCION "B"--Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ--veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018)-Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01674-01(4117-17)

reconocimiento y pago de mesadas pensionales a personas incapaces porque ellas reglamentan una materia diferente a la de seguridad social.

Para esta instancia es clara la regla que indica que la prescripción se suspende a favor de los incapaces y en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría cuando se discute por parte de sujetos de especial protección la adquisición de derechos reales, atributo que no comparte la pensión de sobrevivientes, en cuanto ella posee el carácter de prestación social¹⁴.

5. Análisis del caso concreto.

Sea lo primero indicar que, del acervo probatorio allegado al proceso se desprende lo siguiente:

El señor José Miguel Bedoya Castaño prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional hasta el 1 de septiembre de 1962, fecha en la cual se retiró del servicio estando en el cargo de agente de la Policía Nacional. Los cargos y fechas se encuentran debidamente discriminados en la historia laboral que obra entre folios 35 a 38 del cuaderno 1; y en la Hoja de Servicios del 4 de noviembre de 1980, visible de folios 42 a 43 ibídem.

Del Registro Civil de Nacimiento de la señora Luz Aldy Bedoya Peláez se deriva que es hija del señor José Miguel Bedoya Castaño y de la señora Rosa Amelia Peláez Benjumea. (fl. 12)

De igual forma se tiene establecido que el señor Bedoya Castaño falleció el día 23 de noviembre de 1999 (fl. 19) y su cónyuge, la señora Peláez Benjumea el día 3 de diciembre de 2013 (fl. 20)

El 18 de diciembre de 2014, la Junta de Calificación de la Policía Nacional le dictaminó a la señora Luz Aldy Bedoya Peláez una pérdida de capacidad laboral del 71.45% con fecha de estructuración desde los 4 años de edad. (fls. 26-27, C. 1)

Dado lo anterior, el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 26 de febrero de 2015, declaró la interdicción judicial indefinida por discapacidad mental a la señora Luz Aldy Bedoya Peláez, privándola en consecuencia de la administración de sus bienes y patrimonio. Por lo tanto, nombró como guardadora

¹⁴ Sobre la naturaleza de la pensión consultar la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-009-2018, SUJ-009-S2, proferida por esta sección de 1° de marzo de 2018 y la T-045 de 2016.

general de la discapacitada mental, a su hermana María Amparo Bedoya Peláez. (fls. 28-34, C. 1)

Mediante Resolución Nro. 3403 del 22 de mayo de 2014, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur: i) reconoció al señor Agente ® Bedoya Castaño José Miguel, una asignación mensual de retiro a partir del **01-09-1962**, en cuantía equivalente al 50% del sueldo básico de actividad, para el grado y partidas legalmente computables, incluido el 30% del subsidio familiar; sin lugar al pago de valores por aplicación de la prescripción; y ii) reconoció sustitución de asignación mensual de retiro, a partir del **23-11-1999**, a la señora Rosa Amelia Peláez de Bedoya, en calidad de cónyuge superviviente y por haber acreditado la convivencia con el causante hasta la fecha del fallecimiento, en cuantía equivalente al total de la prestación que devengaba el extinto Agente ® Bedoya Castaño José Miguel y ordenó el pago por nómina a partir del **25-02-2011** en aplicación de la prescripción contemplada en el Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta la fecha de la reclamación administrativa radicada bajo el número 012477 del **25-02-2014**. (fls. 46 a 48, C. 1)

Por medio de la Resolución Nro. 5117 del 15 de julio de 2015, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur, resolvió: i) Reconocer a partir del 23-11-1999, cuota de sustitución de asignación mensual de retiro a la señora Luz Aldy Bedoya Peláez, en calidad de hija inválida, en cuantía equivalente al 50% de la prestación que devengaba el Agente ® Bedoya Castaño; ii) Redistribuir la prestación de la siguiente manera: a partir del 23/11/1999, el 50% para la señora Rosa Amelia Peláez de Bedoya y el restante 50% para Luz Aldy Bedoya Peláez en calidad de hija inválida, siendo procedente el pago del reconocimiento a partir del 01/08/2014 por cuanto la entidad canceló el total de la prestación a nombre de la progenitora de la beneficiaria; iii) Extinguir a partir del 03/12/2013, la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro de la señora Rosa Amelia Peláez de Bedoya, en cuantía equivalente al 50% de la prestación y acrecer la porción que por el mismo concepto corresponde a la señora Luz Aldy, quien a partir de la citada fecha queda con el total de la prestación, siendo procedente el pago del acrecimiento a partir del 01-08-2014, fecha en la cual la señora Rosa Amelia fue excluida de nómina. (fls. 49-50, C. 1)

El 24 de julio de 2015, la parte demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución Nro. 5117 de 2015, al estimar que la entidad debió reconocer el retroactivo generado desde el 4 de noviembre de 1980, fecha en que Casur expidió la Hoja de Servicios del Agente ®, por cuanto aquel hace parte de una masa sucesoral. Así mismo, buscando el pago del retroactivo de la sustitución pensional de la demandante en un

50% desde el 23-11-1999 hasta el 2 de diciembre de 2013 y en un 100% desde el 3 de diciembre de 2013. (fls. 51-52, C. 1)

Con Resolución Nro. 6886 del 25 de septiembre de 2015, Casur confirmó en todas sus partes la Resolución 5117 de 2015, al considerar que la reclamación de pago del retroactivo generado desde el 04-11-1980, lo mismo que el pago de intereses, debe hacerla ante la Policía Nacional, entidad encargada de elaborar la hoja de servicios. (fls. 53-54, C. 1)

Obra igualmente en el expediente las hojas de liquidación retrospectiva No. 6279 y No. 15867, en las cuales se observa que Casur liquidó los retroactivos por concepto de sustitución pensional a partir del 25 de febrero de 2011. (fls. 58-59, C.1)

Pues bien, de conformidad con el fundamento fáctico y jurídico expuesto en precedencia, la Sala concluye que los actos administrativos cuya nulidad se solicita, se encuentran ajustados al ordenamiento legal y no conllevan la vulneración de los derechos a la seguridad social de la aquí demandante. A dicha conclusión se arriba teniendo en cuenta lo siguiente:

La asignación de retiro del señor José Miguel Bedoya Castaño se causó el 01-09-1962, fecha en que éste se retiró del servicio. A partir de esa fecha comenzó a correr el término de prescripción trienal sobre las mesadas pensionales, de modo que, el titular del derecho debió hacer la respectiva reclamación de la prestación ante su empleador a fin de interrumpirla, aunque sólo por un lapso igual. Ahora bien, en el expediente obra una solicitud de certificado de tiempo de servicio presentada por el Agente ya Retirado ante la Policía Nacional, con fecha del 26 de enero de 1976 (fl. 39); sin embargo, no se trata de un escrito mediante el cual se reclame el pago de la asignación de retiro y por lo tanto, esa petición y otras de igual naturaleza que hubiese presentado el interesado ante la entidad empleadora, no generan en efecto establecido en la norma; efecto que tampoco se logra con la existencia del poder otorgado en el año 1980 con el fin de que se reclamara en favor del agente retirado el reconocimiento y pago de las prestaciones a que hubiere lugar en razón a su retiro (fl. 40). No se observa que entre la fecha de causación del derecho y la muerte del señor Bedoya Peláez, éste hubiese presentado una petición formal de reconocimiento y pago de la asignación de retiro a fin de interrumpir el término trienal de prescripción; ni siquiera después del 4 de noviembre de 1980, cuando finalmente le fue expedida la Hoja de Servicios con la certificación completa del tiempo servido al Ministerio de Defensa.

Significa lo anterior que, las mesadas causadas entre el 01-09-1962 y el 23 de noviembre de 1999 se extinguieron por efecto de la prescripción trienal y por lo tanto, no ingresaron al patrimonio del causante; luego entonces, tampoco existe crédito por ese concepto en favor de la sucesión.

Así las cosas, tenía razón la entidad demandada cuando al expedir la Resolución No. 3403 de 2014 declaró que, pese al reconocimiento de la asignación de retiro en favor del señor José Miguel, no había lugar al pago de valores como consecuencia de la prescripción de las mesadas. Por esta misma razón, tampoco se encuentra vicio de ilegalidad en los actos aquí enjuiciados, por medio de los cuales se negó ese retroactivo a la demandante.

De otro lado, queda claro igualmente que la señora Luz Aldy Bedoya Peláez tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en un 50% desde la fecha del fallecimiento de su padre, registrada en el año 1999; sin embargo, dicha prestación sólo tiene efectos fiscales a partir del 25 de febrero de 2011, pues aunque ella fue declarada interdicta por discapacidad mental, esa condición no la exonera de la aplicación del término trienal de prescripción previsto en materia laboral, conforme quedó visto en líneas precedentes; término que como bien se señaló en la Resolución No. 3403 de 2014, fue interrumpido con petición 012477 del 25 de febrero de 2014.

Entre tanto, se tiene acreditado el pago del retroactivo entre el 25 de febrero de 2011 y el 31 de agosto de 2015, fecha en la cual la parte demandante quedó incluida en nómina. (fls. 58-59)

En **conclusión**, la presunción de legalidad de los actos administrativos enjuiciados no fue desvirtuada en el curso de esta instancia. En ese orden de ideas, se declarará probada la excepción de “inexistencia de derecho” propuesta por Casur y se negaran las pretensiones de la demandante.

5. Costas y agencias en derecho.

Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 3% de las pretensiones de la demanda a cargo de la parte demandante, teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 2ª. DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Se declara fundada la excepción de “**inexistencia de derecho**” propuesta por Casur. En consecuencia,

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 3% de las pretensiones de la demanda y a cargo de la parte demandante.

Cuarto: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al abogado Jhon Jairo Quintero Giraldo, con Tarjeta Profesional No. 251.747, de conformidad y en los términos del poder a él conferido, visible a folio 84 del cuaderno 1.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

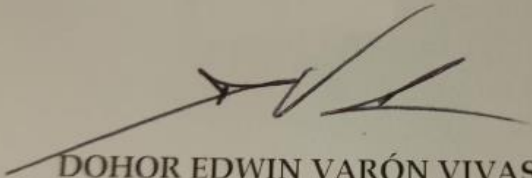
Sexto: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese

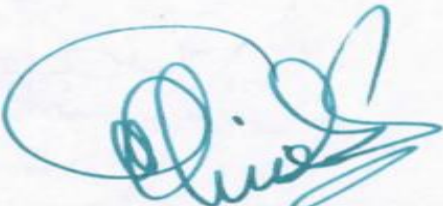
Proyecto discutido y aprobado en la Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA 2ª DE DECISIÓN ORAL
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001 23 33 000 2018 00055 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Libia Bedoya Castaño
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 25

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, procede a dictar sentencia de **primera instancia**, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Libia Bedoya Castaño contra Colpensiones.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

“PRIMERA: Que se declare nula la Resolución GNR 44814 de Febrero 10 de 2.017, expedida por el Doctor LUIS FERNANDO UCROS VELÁSQUEZ, Gerente Nacional de Reconocimiento COLPENSIONES, a través de la cual negó a la señora LIBIA BEDOYA CASTAÑO la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes conforme lo establece el Artículo 7 de la Ley 71 de 1.988.

***SEGUNDA:** Que se declare nula la Resolución DIR 5974 de Mayo 18 de 2.017, expedida por la Doctora MALKY KATRINA FERRO AHCAR, Directora de Prestaciones Económicas (AD HOC) OLPENSIONES, a través de la cual resuelve el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes la Resolución Número 44814 del 10 de Febrero de 2.017.*

***TERCERO:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la entidad demandada a proferir un nuevo acto administrativo por medio del cual reliquide a partir del 1 de Enero de 2.016, la pensión de jubilación por aportes de la señora LIBIA BEDOYA CASTAÑO, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de salarios a través de los cuales realizó aportes al Sistema General de Pensiones durante el último año, el cual se encuentra comprendido entre el 1 de Enero de 2.015 y el 31 de Diciembre de 2.015.*

***CUARTA:** A título de Restablecimiento del Derecho, también solicito que sobre las sumas que resulte adeudar a favor de LIBIA BEDOYA CASTAÑO el ente*

demandado, dé cumplimiento a la sentencia conforme lo establece el Artículo 176 del Código de Procedimiento Administrativo, y que si no da cumplimiento al fallo dentro del término legal reconozca los intereses moratorios de que trata el Artículo 177 del CPACA.

QUINTA: *Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el Artículo 176 y con los ajustes contemplados en el 178 del CPACA.*

2. Hechos.

La demandante nació el 20 de febrero de 1.956 y para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, haciéndose beneficiaria del régimen de transición.

Laboró al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF durante el periodo comprendido entre el 12 de septiembre de 1.985 y el 21 de noviembre de 2006, para un total de 20 años, 3 meses y 3 días de servicio. La demandante también cotizó como trabajadora independiente entre el 1° de diciembre de 2.011 y el 30 de Diciembre de 2.015.

Mediante la Resolución No. GNR 89331 de marzo 29 de 2.016, Colpensiones negó la pensión de jubilación a la demandante bajo el argumento de no serle aplicable ningún régimen anterior a la Ley 100 de 1993. Dicho acto administrativo fue apelado por la actora y por medio de la Resolución No. VPN 36772 de septiembre 21 de 2.016, Colpensiones revocó en todas sus partes la Resolución GNR 89331 de 2.016, concediendo la pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1.988 a partir del 1° de enero de 2.016, aplicando para efectos de obtener el IBL, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual ordena tener en cuenta el promedio de salarios cotizados durante los últimos 10 años, esto es, no aplicó el artículo 7 de la Ley 71 de 1.988 que ordena tomar en cuenta el promedio de salarios base de aportes durante el último año.

A través de la Resolución No. GNR 44814 de febrero 17 de 2.017, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de jubilación por aportes; y para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la misma, la entidad profirió la Resolución DIR 5974 del 18 de mayo de 2.017, confirmando totalmente la decisión inicialmente adoptada.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 7 de la Ley 71 de 1.988, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 2709 de 1.994; artículo 25 de la Ley 71 de 1.988; artículo 8 del 1 Decreto 2709 de 1.994 y artículo 53 de la Constitución Política.

Se arguye en la demanda que la parte actora es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto está amparada por el régimen anterior contemplado en la Ley 71 de 1.988 en atención a los tiempos cotizados en Colpensiones y en otras Cajas de Previsión Social. Indica que si bien es cierto le es aplicable la Ley 33 de 1.985 en razón a los 20 años de servicio como empleada pública, le resulta más favorable la Ley 71 de 1.988 por cuanto el salario con base en el cual hizo los aportes en el último año de servicio fue muy superior al que devengó en el último año como empleada pública en el ICBF.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó:

“Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, “Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”, “Buena fe” y “declarables de oficio”. Concluye que no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante comoquiera que la postura jurisprudencial imperante fija las reglas a determinar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de modo que no es lo devengado en el último año de servicio sino el promedio de los últimos diez años lo que sirve de base para la liquidación, aunado a lo factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 únicamente. (fls. 89 – 101, C. 1)

5. Audiencia Inicial.

Se prescindió de la audiencia inicial en aplicación del artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-230 de 2015, C-395 de 2017) y del Consejo de Estado (SU 52001-23-33-000-2012-00143-01 del 28 de agosto de 2018); indica que el derecho pensional se adquiere con los requisitos de edad, tiempo de servicios/semanas cotizadas y monto, contemplados en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados, sin remisión a norma anterior para la aplicación del IBL, ya que este aspecto no fue sometido a tránsito legislativo.

Indica que la pensión de la parte demandante fue liquidada con el promedio de los últimos diez años y los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994. (fls. 128-131, C. 1)

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con el artículo 7 de la Ley 71 de 1.988, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, acudiendo al régimen anterior en punto a la edad, semanas cotizadas o tiempo de servicio y tasa de reemplazo; y al régimen general de la ley 100 de 1993 para determinar el Ingreso Base de Liquidación y factores computables.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?

- 1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez de la parte actora con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que **“Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...”** /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

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

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...” /Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Libia Bedoya Castaño, al primero de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 20 de febrero de 1955 /Exp. Administrativo/, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º señala:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia

¹ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” /Resalta la Sala/

Así mismo, es norma anterior al régimen general, la Ley 71 de 1.988, en virtud de la cual, *“Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años de edad o más si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”* (artículo 7)

En el expediente administrativo allegado al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF como empleada pública entre el 12 de septiembre de 1985 y el 31 de agosto de 2.006; y como trabajadora independiente entre el 1 de diciembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2.015. (fls. 65 a 66, C. 1; y 71 a 74)

Como puede verse, la demandante acumula tiempos de servicio como empleada pública y como trabajadora del sector privado, razón por la cual le fue concedida la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1.988.

Al amparo de dicha norma, las cotizaciones realizadas al ISS se pueden acumular con otras cotizaciones realizadas a otras cajas, fondos o entidades del sector público o privado, incluso, se pueden acumular tiempos servidos a entidades públicas, aunque éstas no hubieren efectuado en su momento aportes a una Caja o Fondo – como era dado que ocurriera antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.²:

“Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada tanto por el régimen pensional de la Ley 71 de 1.988 que le permite acumular

² Durante el tiempo laborado al servicio del Hospital San Vicente de Paul y la Dirección Territorial de Caldas, a la actora no se le descontaron aportes para el sistema de seguridad social, tal y como se indica en los certificados de información laboral visibles entre folios 113 y 143 del cuaderno No. 1.

tiempos cotizados al ISS con otros no cotizados a dicho instituto, en cualquier tiempo, tanto en el sector público como privado.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar el Ingreso Base de Liquidación y los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el sub lite, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 71 de 1988. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal ha venido interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”* serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también ha sostenido que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto³, y que se complementa con la definición de salario trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como “*lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den*”⁴.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁵ en lo pregonado en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁶, por cuyo ministerio:

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

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁷, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁸, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato

³ Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luis Mario Velandia.

⁷ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

⁸ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderseles sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisonal de la jurisdicción ordinaria.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio

interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁹, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

*“(…) 10.2.2.1. **Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985- inició proceso** de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (…)*

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

*(…) **Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación.** Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.*

*En la medida en que **si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.***

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: “Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y

⁹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión "monto de la pensión" incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, "impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, **y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo.** Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones".

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso" /Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018¹⁰, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.** La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.*

(...)

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

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

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

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte

¹⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucren la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales del régimen anterior respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

*“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
g) La bonificación por servicios prestados”.*

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 71 de 1988 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985 o de la Ley 71 de 1988, no lo será con todos los factores devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo

devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante – 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios – la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, los actos administrativos de reconocimiento se encuentran ajustados al ordenamiento legal que rige la materia.

En conclusión, no se accederá a las pretensiones de la demanda y en su lugar, se declararán probadas las excepciones de “ausencia del derecho reclamado”, “improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados” e “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, propuestas por Colpensiones.

5. Condena en costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

Con fundamento en lo anterior, **LA SALA 2ª ORAL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran probadas las excepciones denominadas “*ausencia del derecho reclamado*”, “*improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados*” e “*improcedencia de reliquidar la prestación pensional*” propuesta por Colpensiones.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la demanda.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

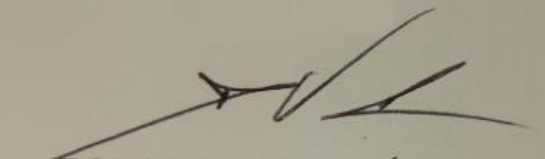
Quinto: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

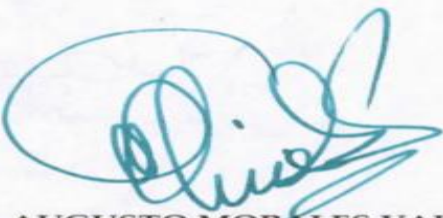
Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en la Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Patricia Valencia

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelta del H. Consejo de Estado, revocando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno.

Manizales, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)



CARLOS ANRÉS DÍEZ VARGAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00217-00

Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María Melba Quiceno

Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Departamento de Caldas

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 031

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Toda vez que el H. Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por este Tribunal el día 18 de diciembre de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO****No. 035****FECHA: 28/02/2022**A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS', is centered within a light gray rectangular box.**CARLOS ANDRÉS DÍEZ VARGAS**
SECRETARIO

Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

**25de189d2aee19e60a798c1e716a084d77b21d7a3cad9
71f1a4354f98eb9a948**

Documento generado en 25/02/2022 09:03:50 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-33-003-2019-00002-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Elvia Rosa Henao Zapata
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 24

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 13 de febrero de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

- Se declare la nulidad de la No. 9299-6 del 28 de noviembre de 2017.
- 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%.
- 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.

- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- 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 del 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.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- 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.
- El 2 de noviembre de 2017 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.
- A través de la Resolución No. 9299-6 del 28 de noviembre de 2017, se negó la petición realizada por el demandante.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

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 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. 137.

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.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Departamento de Caldas.

Contestó la demanda con el escrito de folios 57 a 60 del mismo cuaderno. 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; *'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.

4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aceptó algunos hechos y negó otros. Se opuso a las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989 en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por lo docentes afiliados al FNPSM corresponderá a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM.

Propuso como excepciones las que denominó: “Cobro de lo no debido”, pues los descuentos con destino al sistema de salud se efectuó de conformidad a la normatividad legal vigente aplicable a la docente; “Inexistencia de la obligación”, considerando que no es viable la pretensión del libelo, comoquiera que la retención de aportes se efectuó acorde a lo estipulado por la Ley; “Prescripción”, frente a aquellas reclamaciones económicas que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación, hasta que se radicó la demanda.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

Adujo que, sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización en salud, los pensionados afiliados al FNPSM se gobiernan por lo consagrado en la Ley 100 de 1993, más su régimen

prestacional continúa siendo exceptuado y especial conforme a las normas anteriores a la Ley 812 de 2003. Por lo tanto, en aplicación del régimen especial, el descuento también opera frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, en tanto este aspecto no se entiende derogado por el régimen general, el cual, repite, sólo se aplica en torno al porcentaje que se descuenta para los referidos aportes.

En cuanto al incremento anual de las pensiones con fundamento en el salario mínimo señaló que éste está dado únicamente para las pensiones que se otorgan con ese rango constitucional. Con apoyo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-435 del 1994 expuso que, con el reajuste de la pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) no se vulneran los postulados del Estado Social de Derecho ni el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. Expuso que para el caso bajo examine, se debe incrementar la pensión conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo

aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. La parte demandante guardó silencio.

7.2. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM. Indicó que lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a todos los regímenes de pensionados sin importar que se encuentren excluidos del SGSSS por el artículo 279 ibidem. Así mismo, señaló que la Ley 812 de 2003 únicamente alteró respecto del personal docente, lo correspondiente al porcentaje destinado a aportes de salud, más no modificó su régimen pensional – Ley 91 de 1989 – que en relación a los aportes dispone que se descontarán de las mesadas adicionales.

7.3. Departamento de Caldas. Itera que no hay lugar a que prosperen las pretensiones de la parte actora en contra de dicha entidad territorial, la cual es una mera tramitadora dentro del reconocimiento de prestaciones y no tiene incidencia alguna en el pago.

II. Consideraciones

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 demandante 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?*

1. 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 1976¹ disponía:

“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.*

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

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. *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 1994², 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

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

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 Consejo de Estado³ 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 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/.

³ 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).

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 2017⁴ 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 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 norma⁵, 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

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ “(...) 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/.

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.

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.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Elvia Rosa Henao Zapata supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /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.

2. 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 Corte Constitucional⁶ 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 sentencias 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,

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

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. *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 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 Consejo de Estado⁷, 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

<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

⁷ 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)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

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 Consejo de Estado⁹ 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 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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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.

3. 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. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada por partes iguales y a cargo de la parte demandante, por valor equivalente al 3% de las pretensiones, toda vez que las entidades accionadas debieron concurrir al proceso a través de apoderados que actuaron en esta instancia.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 13 de febrero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Elvia Rosa Henao Zapata contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, por valor equivalente a 3% de las pretensiones.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, al bogado Cristian Andrés Pineda Pamplona, con

Tarjeta Profesional No. 326.402, de conformidad y en los términos del poder visible en el archivo 11 del cuaderno 2.

Cuarto: 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

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-23-00-000-2021-00325-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

A.I. 058

Con fundamento en el artículo 26 de la Ley 393/97, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo la impugnación interpuesta por la parte demandada, contra la sentencia dictada dentro de la acción de **CUMPLIMIENTO** promovida por la señora **MARIA MERCEDES MÁRQUEZ BOTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

17001-23-33-000-2022-00016-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

A.I. 054

Por reunir los requisitos legales, **ADMÍTESE** la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por el señor **CARLOS ALBERTO BETANCUR GONZÁLEZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FNPSM**.

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto al representante legal de la entidad demandada, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 48 de la Ley 2080 de 2021.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora.
3. **NOTIFÍQUESE** este proveído al **Ministerio Público** (art. 171 numeral 2 del C/CA).
4. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, al mensaje de datos se anexará copia digital de este proveído, y en el caso del Ministerio Público, además de lo anterior, contendrá el archivo virtual de la demanda y sus anexos. El término de 30 días previsto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 comenzará a correr 2 días después del envío del mensaje de datos de notificación, al tenor de lo dispuesto en el inciso 4° del citado texto legal.
5. **PREVÉNGASE** a la parte demandada para que según el Parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda,

allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del mismo precepto, en dicho lapso deberá allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

6. **ADVIÉRTASE** a la parte accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 num. 2 de la Ley 1437/11.

RECONCÓCESE personería a los abogados YOBANNY LÓPEZ QUINTERO (C.C. N° 89'009.237 y T.P. N° 112.907) y LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO (C.C. N° 41'960.717 y T.P. N° 165.395), como apoderados principal y sustituta, respectivamente, de la parte actora, de conformidad con el poder que obra en el documento digital N° 1.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tomada en cuenta.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17-001-23-33-000-2022-00030-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA UNITARIA

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de febrero dos mil veintidós (2022)

A.I. 055

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión de la solicitud de PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VALIDEZ formulada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, respecto del Acuerdo Municipal N° 015 de 9 de diciembre de 2021, “POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO DE RENTAS Y PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE VICTORIA” emanado del Concejo Municipal de esa municipalidad.

Como quiera que la Ley 136 de 1994 no derogó expresamente el procedimiento para el efecto contenido en el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), en aras de garantizar los derechos al debido proceso y de defensa, habrá de dársele aplicación al precepto 121 del mencionado Código, por cuyo ministerio:

“Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.”

Es por ello que,

RESUELVE:

ADMÍTESE la SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VALIDEZ formulada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, respecto del Acuerdo Municipal N° 015 de 9 de diciembre de 2021, “POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO DE RENTAS Y PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE VICTORIA” emanado del Concejo Municipal de esa municipalidad.

FÍJESE en la página web de la Rama Judicial (link Tribunal Administrativo de Caldas) el negocio en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 1 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986.

NOTIFÍQUESE personalmente este auto al MINISTERIO PÚBLICO conforme lo disponen los artículos 612 del Código General del Proceso (C.G.P) y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado a su vez por el canon 48 de la Ley 2080 de 2021.

COMUNÍQUESE este auto al señor Presidente del Concejo Municipal de Victoria (Caldas), y al señor Alcalde de la misma municipalidad.

COMUNÍQUESE este auto a la Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas.

RECONÓCESE personería al abogado JOSÉ RICARDO VALENCIA MARTÍNEZ identificado con la C.C. N° 16'054.083 y T.P. N° 122.387 para actuar en representación del DEPARTAMENTO DE CALDAS en los términos del poder a él conferido.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-23-33-000-2022-00031-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

A.I. 056

Por reunir los requisitos legales, **ADMÍTESE** la demanda de **CONTROVERSIA CONTRACTUAL** que promueven los señores **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** (Procurador 28 Judicial II Administrativo), **CATALINA GÓMEZ DUQUE** (Procuradora 181 Judicial I Administrativa) y **ANDRÉS FELIPE HENAO HERRERA** (Procurador Judicial 70 Judicial I Administrativo) contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y la sociedad **INFOTIC S.A.**

En consecuencia, para su tramitación se dispone (artículo 171 del C/CA):

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente este auto a los representantes legales de las entidades demandadas, conforme lo dispone el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 48 de la Ley 2080 de 2021.
2. **NOTIFÍQUESE** este proveído por estado a la parte actora.
3. **NOTIFÍQUESE** este proveído al **Ministerio Público** (art. 171 numeral 2 del C/CA).
4. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, al mensaje de datos se anexará copia digital de este proveído, y en el caso del Ministerio Público, además de lo anterior, contendrá el archivo virtual de la demanda y sus anexos. El término de 30 días previsto en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 comenzará a correr 2 días después del envío del mensaje de datos de notificación, al tenor de lo dispuesto en el inciso 4° del citado texto legal.

5. **PREVÉNGASE** a la parte demandada para que según el Parágrafo 1 del artículo 175 de la Ley 1437/11 y dentro del término de traslado de la demanda, allegue el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del mismo precepto, en dicho lapso deberá allegar todas las pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

6. **ADVIÉRTASE** a la parte accionada que al momento de contestar la demanda deberá efectuar un pronunciamiento expreso y puntual sobre cada uno de los hechos y las pretensiones del libelo demandador, al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 num. 2 de la Ley 1437/11.

SE PREVIENE a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que aporten todos sus memoriales a través de mensaje de datos, que deberá ser enviado al correo electrónico “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” único medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenida en cuenta.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-2333000-2022-00031-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

A.I. 057

De conformidad con el precepto 233 del Código Contencioso Administrativo, **CÓRRASE** traslado al **MUNICIPIO DE MANIZALES** y a **INFOTIC S.A.** de la solicitud de suspensión provisional que formulan los señores **ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL** (Procurador 28 Judicial II Administrativo), **CATALINA GÓMEZ DUQUE** (Procuradora 181 Judicial I Administrativa) y **ANDRÉS FELIPE HENAO HERRERA** (Procurador Judicial 70 Judicial I Administrativo), respecto de la Convenio Interadministrativo N° 070517385 del 17 de mayo de 2007.

Las demandadas disponen de **CINCO (5) DÍAS**, contados desde la notificación personal de la presente providencia, para que se pronuncien sobre la medida cautelar en mención, advirtiéndosele en todo caso que dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del antedicho término, se adoptará decisión sobre el particular.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente



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

Medio de Control: Ejecutivo

Demandante: Francisco Joel Ángel Gómez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Radicado: 1700123330002017-432-00

Acto judicial: Fija fecha de audiencia inicial

A.S. 54

Manizales, febrero veinticinco (25) de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Procede el Despacho a fijar audiencia inicial, teniendo que por auto del 9 de diciembre de 2021, se ordenó el traslado de excepciones propuestas por la parte ejecutada.

Conforme a la constancia secretarial arribada al expediente digital¹, se observa que dentro del término de traslado la parte ejecutante se pronunció sobre las excepciones.

CONSIDERACIONES

En el proceso de la referencia se encuentra vencido el término de traslado las excepciones formuladas, por lo que se dará aplicación al artículo 443 del C.G.P., el cual reza:

“Artículo 443. Trámite de las excepciones. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. Surtido el traslado de las excepciones el juez citará a la audiencia prevista en el artículo 392, cuando se trate de procesos ejecutivos de mínima cuantía, o para audiencia inicial y, de ser necesario, para la de instrucción y juzgamiento, como lo disponen los artículos 372 y 373, cuando se trate de procesos ejecutivos de menor y mayor cuantía.

Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas

¹ Expediente digital archivo 68

en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373.

En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373.

Así las cosas, en atención a la preceptiva citada, por ser necesario y conveniente la práctica de pruebas en la audiencia inicial para efectos de resolver las excepciones de mérito planteadas, se decretarán las pruebas solicitadas y aportadas por las partes. Si es del caso, el Despacho, decretará las que de oficio considere necesarias para verificar los hechos alegados por las partes (art. 169 del CGP).

En consecuencia, el Despacho Sexto del Tribunal Administrativo

Resuelve

PRIMERO: Fijar fecha de 28 de abril de dos mil veintidós (2022), a las nueve de la mañana (9:00 am.), como fecha y hora para para la realización de la audiencia inicial prevista en el artículo 392 del CGP, en la que se practicarán las actividades previstas en los artículos 372 y 373 del CGP, en lo pertinente y, en esa única audiencia se proferirá sentencia.

La audiencia se llevará a cabo de manera virtual, por el aplicativo LIFESIZE, sin embargo, si algunas de las partes lo requieren se hará de manera presencial, y debe justificar su necesidad.

De la misma manera se les requiere a los apoderados de las entidades allegar correos electrónicos previamente a la celebración de la audiencia, para efectos de enviarles la invitación y las instrucciones para conectarse y participar.

SEGUNDO: Se advierte a las partes y sus apoderados que de conformidad con el artículo 372 del Código General del Proceso, deben concurrir obligatoriamente so pena de las consecuencias pecuniarias y procesales allí contempladas. La audiencia se realizará, aunque no concurra alguna de las partes o sus apoderados.

Si los apoderados no comparecen, la audiencia se celebrará con las partes. Si alguna de las partes no comparece, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado. La inasistencia injustificada de alguna de las partes, hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas o los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda, respectivamente.

TERCERO: Décrete las siguientes pruebas:

PARTE DEMANDANTE

Ténganse en cuenta los documentos aportados con la demanda, aportadas en el expediente digital² concernientes a: copia de sentencia, solicitudes ante la entidad, certificado de salarios entre otros.

PARTE DEMANDADA.

Téngase como pruebas los documentos obrantes aportadas al expediente digital³ concernientes a concepto de la Procuraduría General de la Nación, Concepto de Colpensiones entre otros.

CUARTO: Notificar la presente decisión a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado mediante estados electrónicos, en los términos de los artículos 201 de la Ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS NOTIFICACIÓN POR ESTADO No. FECHA: 28/02/2022 SECRETARIO

² Expediente digital archivos 02poder. 03.cedula. 05.oficioscolpensi

³ Expediente digital archivos 36 excepciones colpensiones